

N. F. N° - 272466.0163/21-0

NOTIFICADO - MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA

NOTIFICANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS

ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/07/2024

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0200-06/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Alegações defensivas não elidem a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Comprovada a entrada de mercadorias no território baiano, com fito de comercialização, sem recolhimento do imposto devido pelo regime da Antecipação Tributária Parcial. Sujeito passivo encontrava-se na condição de DESCREDENCIADO, perante o Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, quando da realização da ação fiscal. Notificante laborou em erro ao efetuar a apuração do imposto exigido. Contribuinte era beneficiado por Termo de Acordo Atacadista, quando da ação fiscal. Refeitos os cálculos de ofício. Rejeitada arguição de nulidade. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 21/10/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 22.723,80, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 13.634,28, perfazendo um total de R\$ 36.358,08, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração – 01: 54.05.08 - Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Enquadramento Legal - Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Tipificação da Multa - Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva com anexos (fls. 20/75), através de advogado, alegando inicialmente a tempestividade da impugnação e reproduzindo o conteúdo do lançamento, para em seguida afirmar que o Impugnante jamais deixou de recolher os tributos devidos pela sua atividade e que as penalidades aplicadas infringem os princípios constitucionais da razoabilidade, do não confisco e da capacidade contributiva.

Assevera que o Estado da Bahia, com a edição da Lei nº 8.967 de 29/12/2003, que introduziu o art. 12-A à Lei Estadual nº 7.014/96, inseriu a cobrança da Antecipação Tributária Parcial, cuja natureza

nada difere do ICMS DIFAL, nos casos de aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Observa que o suposto fato gerador da infração ocorreu em 18/10/2021 e o lançamento, ora impugnado, foi lavrado em 21/10/2021. Ocorre que em 24/02/2021 o STF analisou o Recurso Extraordinário nº 1.287.019 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469, concluindo que os Estados não podem exigir o diferencial de alíquotas do ICMS, até que seja editada Lei Complementar Federal para disciplinar a cobrança.

Afirma que o art. 12-A da Lei Estadual 7.014/1996, bem como a alínea “b” do inciso III do art. 332 do Decreto 13.780/2012 são inconstitucionais, pois ampliam a incidência do recolhimento do DIFAL. A Constituição Federal, no seu inciso VII do § 2º do art. 155 prevê o DIFAL quando as mercadorias e serviços destinam-se a consumidor final. Contudo, o Estado exige, também, para contribuinte do imposto.

Alega que a Lei Estadual nº 8.967 de 29/12/2003, que introduziu o art. 12-A à Lei Estadual nº 7.014/1996 trouxe normas gerais acerca dos elementos do tributo em questão mediante espécie legislativa diversa da exigida pela Constituição, o que entende violar o Princípio da Legalidade Tributária. Assim sendo é inconstitucional a definição de tributos e suas espécies, seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes mediante Lei Ordinária.

Diz ser ilegal e confiscatória a multa aplicada na ordem de 60%, o que contraria princípios constitucionais da razoabilidade/proportionalidade, do não confisco e da capacidade contributiva. Para embasar a alegação, cita o disposto no inciso IV do art. 150 da CF e decisões do Supremo Tribunal Federal, que tratam do assunto. Isto posto, requer a redução da sanção para um percentual máximo de 20%.

Finaliza a peça defensiva, requerendo: 1) Preliminarmente, a nulidade de todo o procedimento fiscal e consequente arquivamento, sem imposição de penalidades a empresa, tendo em vista que o processo de constituição do crédito feriu frontalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa; 2) Ainda nas preliminares, que seja indeferido o lançamento, haja vista a ausência de previsão legal válida para a cobrança da antecipação do ICMS-DIFAL, considerando que as aquisições são para revenda e não para uso, consumo ou ativo imobilizado; 3) No mérito, que seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade das penalidades exigidas, em razão da afronta dos princípios constitucionais da razoabilidade/proportionalidade e do não confisco; 4) Subsidiariamente, entendendo pela legalidade da multa imposta, que esta seja reduzida no percentual máximo de 20%, conforme jurisprudência do STF, e 5) A concessão do prazo de 15 dias para a apresentação de procuração nos termos do art. 104 do CPC; e 6) que todas as publicações e intimações, referentes ao processo sejam realizadas, exclusivamente em nome do advogado BRUNO LADEIRA JUNQUEIRA, OAB/DF 40.301 e na OAB/MG 142.208 e CPF nº 102.087.326-40, e-mail: controladoria@bjunqueira.com, sob pena de nulidade.

No dia **16/11/2022**, data imediatamente anterior à realização da sessão de julgamento na qual foi pautada esta Notificação Fiscal, o Contribuinte apresentou Petição Intercorrente, na qual reproduz os argumentos já expendidos na impugnação, bem como aduzindo que: 1) Não foi notificado no momento da autuação, conforme prova dos autos; 2) Efetuou todos os pagamentos de ICMS Antecipação Parcial, ora exigidos, conforme comprovante de pagamento emitido pelo sistema da SEFAZ/BA em **21/10/2021**, anexando cópias dos DAEs e respectivos comprovantes de transações bancárias; 3) É beneficiária de Termo de Acordo Atacadista previsto no Decreto nº 7.799/2000 e para demonstrar como apurou os valores recolhidos, elaborou tabela de memória de cálculo, lastreada na concessão supracitada.

Considerando as cópias dos documentos de arrecadação apresentados na Petição Intercorrente supramencionada, foi observado que os mesmos descreviam como código de receita o de nº 2175

– ICMS Antecipação Parcial, quando deveria ser o 1755 –ICMS Auto de Infração/Denuncia Espontânea/Notificação Fiscal, além do fato de não indicarem o número da Notificação Fiscal lavrada.

Na sessão de julgamento, realizada no dia 17/11/2022, a 6^a JJF decidiu por unanimidade, converter o processo em diligência, no intuito que o Contribuinte fosse intimado a alterar no Sistema da SEFAZ os dados constantes no campo 01 (Código de Receita) e 04 (Referência) dos DAEs apresentados na Petição, para que os mesmos fossem juntados aos autos, visando uma subsequente análise desta Junta.

No dia 20/06/2023, o processo retornou ao CONSEF/BA, restando concluída a diligência solicitada, conforme documentos de fls. 108/111. Cabe registrar que nos autos não consta Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS valor de R\$ 22.723,80, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 13.634,28, perfazendo um total de R\$ 36.358,08 e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acordão.

A acusação fiscal trata da falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte DESCREDENCIADO, por ter menos de seis meses de atividade (fls. 01 e 11-A). O trânsito das mercadorias foi acobertado pelos DANFEs de nº 509.279 a 509.282, todos emitidos em 15/10/2021 (fls. 08/11).

Inicialmente, cumpre destacar que a defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando problemas de intempestividade. Entendo que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente estão revestidos das formalidades legais e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Na presente Notificação Fiscal, foram indicados de forma comprehensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e não foi constatada violação ao devido processo legal. Isto posto, indefiro o pedido de nulidade formulado pelo Notificado.

Compulsando os documentos constantes nos autos, observo que: 1) Conforme consulta realizada nos Sistemas da SEFAZ/BA (fl. 11-A), quando da realização da ação fiscal, desenvolvida no trânsito de mercadorias, que redundou na lavratura do presente lançamento, o Contribuinte encontrava-se, de fato, na condição de DESCREDENCIADO no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia, por ter menos de seis meses de atividade; 2) O Termo de Ocorrência Fiscal foi lavrado em 18/10/2021 (fls. 04/05) e 3) A lavratura da Notificação ocorreu em 21/10/2021 , 4) Na Petição Intercorrente, apresentada pelo Impugnante, foram anexadas cópias de DAEs, referentes especificamente aos DANFES que acobertaram as aquisições interestaduais flagradas no Posto Fiscal, bem como os respectivos comprovantes de pagamento. Cabendo registrar que todas as quitações ocorreram no dia 21/10/2021 (fls. 96/101).

Cabe destacar que o Notificado se encontrava DESCREDENCIADO, por ter menos de 06 (seis) meses de atividade, quando da realização da ação fiscal. Portanto, uma vez nesta condição, deveria o mesmo ter quitado o respectivo imposto antes da entrada neste Estado das mercadorias adquiridas, consoante determina a alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS/2012 c/c o § 2º do mesmo artigo, a seguir transcritos, **o que não ocorreu**, haja vista que o início da ação fiscal foi efetivado em **18/10/2021**, data da lavratura do Termo de Ocorrência, e as quitações foram efetuadas em **21/10/2021**.

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

(...)

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

(...)"

Pertinente ressaltar que o Notificado não rechaçou o fato de se encontrar descredenciado. Ao contrário reconheceu que essa era sua condição na época da realização da ação fiscal.

Em relação às alegações do Impugnante, que tratam da constitucionalidade de leis e do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, esclareço que este órgão julgador não tem competência para avaliar questões de constitucionalidade, temas sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidido, assim como negar a aplicação de atos normativos originários de autoridades superiores, nos termos do art. 167 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de constitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Quanto ao pleito que trata do endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

"Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

(...)

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

(...)"

Entretanto, cabe registrar que nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Conforme dito anteriormente, o Contribuinte apresentou, por meio de petição intercorrente, DAEs e comprovantes de pagamentos, concernentes às operações de aquisição que praticou. Após o cumprimento da diligência, acordada por unanimidade na sessão de julgamento do dia 17/11/2022, que teve por fito a necessária correção de informações contidas nos documentos de arrecadação supracitados, procedeu-se a análise destes, assim como dos comprovantes de pagamento, concluindo-se que as quitações foram extemporâneas, efetivadas no dia **21/10/2021**, ou seja, **após o início da ação fiscal, ocorrido em 18/10/2021, quando da lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal**.

Imperioso ressaltar que o Notificante laborou em erro ao efetuar os cálculos do ICMS a recolher no seu demonstrativo (fl. 03), por não considerar que o Contribuinte, de fato, era detentor de Termo de Acordo Atacadista, que lhe beneficia apurar imposto com a redução de base de cálculo. Pelo que, foram refeitos os cálculos do ICMS Antecipação Parcial devido, conforme tabela a seguir.

DANFE	BASE DE CÁLCULO	BASE DE CÁLCULO REDUZIDA (41,176%)	ICMS (18%)	CRÉDITO (7%)	IMPOSTO A RECOLHER
509279	R\$ 170.780,71	R\$ 100.460,04	R\$ 18.082,81	R\$ 11.954,65	R\$ 6.466,46
509280	R\$ 20.099,65	R\$ 11.823,42	R\$ 2.128,21	R\$ 1.406,98	R\$ 721,24
509281	R\$ 14.272,50	R\$ 8.395,66	R\$ 1.511,22	R\$ 999,08	R\$ 512,14
509282	R\$ 1.427,25	R\$ 839,57	R\$ 151,12	R\$ 99,91	R\$ 51,21
TOTAL					R\$ 7.751,05

Nos termos expendidos, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal, passando o valor de imposto inicialmente exigido de R\$ 23.723,80 para R\$ 7.751,05, Recomendando a homologação dos valores quitados pelo Contribuinte, referentes ao ICMS Antecipação Tributária Parcial ora exigido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar em instância única **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **272466.0163/21-0**, lavrada contra **MULTICOM ATACADO E VAREJO LTDA**, devendo ser intimado o Notificado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$ 7.751,05**, acrescido da multa de 60%, estabelecida no art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomendando que sejam homologados os valores já quitados pelo Contribuinte.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR