

A. I. N° - 092268.0101/23-1
AUTUADO - EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A.
AUTUANTE - IVA BRANDÃO OLIVEIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/09/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0203-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. É devido o pagamento, na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado. Contribuinte descredenciado para efetuar o pagamento do ICMS no dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias no Estado da Bahia, previsto no art. 332, § 2º, cuja exigência do imposto ocorre na entrada da mercadoria no território deste Estado. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/08/2023, constitui crédito tributário no valor de R\$ 336.512,05, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, da Lei nº 7.014/96, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 054.005.010: Falta de recolhimento do imposto (ICMS) referente à antecipação total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 24 a 26v, onde após falar sobre a tempestividade da apresentação da defesa faz uma síntese dos fatos dizendo que a Impugnante foi notificada para recolher a quantia registrada no Auto de Infração em epígrafe, referente a crédito tributário lançado por meio dele, em decorrência de ter supostamente deixado de recolher de forma antecipada o ICMS-ST por ocasião da entrada de mercadorias no território baiano. Na hipótese concreta, o pagamento do ICMS-ST de forma antecipada seria devido em decorrência de descredenciamento do Contribuinte junto à SEFAZ/BA, dada a existência de crédito tributário de sua responsabilidade em situação de inscrição de dívida ativa.

Ocorre que, segundo o autuado, o Auto de Infração em questão está eivado de nulidades, a saber:

- a) O descredenciamento do contribuinte junto à SEFAZ/BA, que acabou gerando a exigência do recolhimento antecipado do ICMS-ST, ocorreu sem que lhe fosse oportunizado o exercício da ampla defesa e contraditório, só vindo a tomar conhecimento de tal fato no momento da autuação;
- b) É indevido o descredenciamento com fundamento na existência de inscrição em dívida, por se tratar de evidente método de sanção política;

Em relação ao primeiro tópico denominado “*Descredenciamento levado a efeito sem a devida instauração de processo administrativo - Ausência de contraditório - Cerceamento de defesa – Nulidade*”, diz que, conforme já antecipado linhas acima, o Contribuinte, ora Impugnante, é

detentor de credenciamento junto à SEFAZ/BA, o que o permitia pagar o ICMS-ST relativo à aquisição de mercadorias provenientes de outros Estados de forma diferida e não no exato momento da entrada das mercadorias em território baiano.

Ocorre que tal credenciamento foi unilateralmente revogado pela SEFAZ/BA, sem qualquer espécie de comunicação prévia, muito menos a instauração de competente processo administrativo, o que inevitavelmente afeta a legalidade de tal procedimento, já que não foram assegurados ao Contribuinte o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, consagrados constitucionalmente, vilipendiando, assim, a norma insculpida no art. 5º, LV da CR/88, cujo teor transcreveu.

Afirma que atitude semelhante do Fisco baiano já foi por diversas vezes rechaçada pelo TJ/BA, como comprovam as ementas de julgados que reproduziu, arrematando que a notificação prévia ao contribuinte é um passo fundamental para que este possa exercer o seu direito de defesa e manifestação diante de quaisquer atitudes da administração, especialmente as unilaterais, como ocorre quanto ao ato de descredenciamento.

Como o não pagamento da antecipação do ICMS-ST apontado como causa para a presente autuação só ocorreu porque o Contribuinte se encontrava com o credenciamento suspenso, obviamente que, em sendo reconhecida a ilegalidade do ato que levou a tal situação, cai também por terra o motivo que gerou este lançamento, pois o contribuinte teria o direito de diferir o pagamento do ICMS-ST após a entrada da mercadoria em território baiano.

Em vista do exposto, é imperativo que este Conselho Fazendário aja prontamente para corrigir os efeitos prejudiciais do procedimento inadequado descrito acima e, reconhecimento que o descredenciamento do Contribuinte se deu de forma ilegal, seja cancelada a autuação ora Impugnada, dada a sua evidente nulidade, considerando os fundamentos acima apresentados.

No tópico ***“B) Da indevida prática de realizar descredenciamento de Contribuinte como meio coercitivo ao pagamento de tributos - Matéria sumulada no STF”*** destaca que o Fisco já tem arraigado o hábito de utilizar expedientes ilegais e abusivos para forçar o contribuinte a adotar determinado comportamento, subtraindo com tal conduta o inderrogável direito de defesa assegurado no patamar constitucional. É o que, em linhas gerais, o eminente tributarista Hugo de Brito Machado denomina de sanções políticas, conforme trecho de lições que copiou.

Entende que uma das mais reiteradas espécies de sanção política consiste na criação de restrições de ordem cadastral com o declarado propósito de constranger o contribuinte a efetuar o recolhimento de tributo e/ou multa. Contudo, os Tribunais Superiores têm rechaçado aquela nefasta prática fiscal.

Assim, sob o pretexto de regular o credenciamento para diferimento do pagamento do ICMS-ST perante o Fisco Estadual, este acabou editando norma que documenta e oficializa mais uma prática de sanção política contra os contribuintes, na medida em que prevê que a existência de débitos em dívida ativa é motivo para o descredenciamento peremptório e automático dos contribuintes previamente credenciados.

Acrescenta que a Justiça Estadual, em situações semelhantes vem dando acolhida a idênticos pleitos dos contribuintes, determinando a incontinenti liberação de mercadorias apreendidas. Nesta direção, transcreve Ementas de julgados da lavra do Egrégio Tribunal de Justiça do Tocantins.

A seguir diz que examinando a situação fática com que se deparou a Requerente, percebe-se, sem esforço algum, que o Estado da Bahia, criou sanções políticas para o fim de compelir o contribuinte a pagar tributo, independentemente de sua regularidade, situação esta que não pode voltar a acontecer.

Diante disto, o Contribuinte confia na atuação deste Conselho Fazendário para, reconhecendo a ilegalidade do ato que promoveu o descredenciamento do Contribuinte apenas com base na

simples existência de uma inscrição em dívida ativa, declarar que tal ato reveste-se de ilegalidade e, assim, reconhecer que, no momento da entrada das mercadorias objeto desta autuação no território baiano, o contribuinte fazia jus ao diferimento do ICMS-ST, o que, por consequência, leva ao reconhecimento da inexistência de justa causa para a presente autuação.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- a) Que o presente Auto de Infração seja declarado nulo de pleno direito, de acordo com o exposto nos itens III.A e III.B;
- b) Que o Contribuinte possa provar as suas alegações ao longo do andamento deste processo, inclusive mediante a juntada de outros documentos e/ou informações ainda não apresentados/elaborados, assim como garantindo a sua intimação por ocasião do julgamento do presente feito, para fins de sustentação oral de suas razões;
- c) Que todas as intimações e/ou notificações relativas ao presente feito sejam enviadas aos advogados constantes do instrumento procuratório em anexo, no endereço ali indicado, sob pena de nulidade.

A autuante apresentou Informação Fiscal fl. 137, onde faz um resumo dos argumentos defensivos, e em seguida apresenta as suas análises conforme a seguir:

- a) A inscrição em dívida ativa é uma sanção tributária prevista na legislação estadual, não sendo considerada sanção política.
- b) O contribuinte em momento algum de sua defesa se opôs ao fato de haver cometido a infração prevista no art. 332 do RICMS.
- c) Conforme previsto no RICMS, o contribuinte inscrito em dívida ativa deve realizar o recolhimento do ICMS antes da entrada da mercadoria no território do estado, fato que não aconteceu.
- d) O contribuinte não pode simplesmente deixar de cumprir uma obrigação por não concordar com ela, existem outros meios para se discutir sua legalidade.
- e) Não há que se declarar nula de pleno direito a infração cometida pelo contribuinte, pelo simples fato de sua não concordância, tendo em vista, que todos os ditames legais foram observados no momento da lavratura.

Conclui recomendando que o processo seja enviado ao Conseq para a adoção das providências de praxes.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação tributária total em aquisições interestaduais, por estar descredenciado.

De início destaco, que no presente caso, restou caracterizado que a ação fiscal foi desenvolvida no trânsito de mercadorias, pois os documentos e mercadorias foram apreendidos pela fiscalização conforme atesta o Termo de Ocorrência Fiscal, emitido em 22/08/2023, fls. 05 a 06, data em que foi constatada a irregularidade, tendo em vista que naquele momento o contribuinte encontrava-se descredenciado, não gozando do benefício previsto no § 2º do inciso II do art. 332 do RICMS/12.

Observo ainda, que no corpo do Auto de Infração (fl. 01), bem como, no Termo de Ocorrência Fiscal (fls. 05/06) constam: os nºs dos DANFES (62.723, 62724, 62921, 62922, 62923), e no demonstrativo de débito (fl. 04) além destas informações, encontra-se a base de cálculo do tributo, composta do valor total da operação acrescido da MVA de 63,84%, que foi reduzida em 28,53%. Sobre dito valor foi aplicada a alíquota de 19% apurando-se o valor do imposto, e foram deduzidos os créditos constantes nos DANFES, resultando no imposto a pagar. Todos os termos,

levantamentos e demonstrativos que constituíram a base à lavratura do Auto de Infração foram lavrados e encaminhados ao contribuinte, via Mensagem DT-e, com data de leitura em 26/09/2023, conforme se verifica à fl. 21.

Sobre a suposta alegada ilegalidade do ato que promoveu o descredenciamento do Contribuinte com base na existência de débitos inscritos em dívida ativa, sem qualquer espécie de comunicação prévia, nem instauração de processo administrativo, cerceando o seu direito de defesa, ressalto de que este CONSEF não pode se pronunciar em obediência ao disposto no art. 167, I e III, do RPAF/BA, cujo teor transcrevo:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

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

Quanto as decisões judiciais trazidas pelo contribuinte na peça defensiva também são incapazes de alterar o entendimento aqui apresentado, posto que não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia.

Em suma, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos) e em conformidade com os arts. 38 a 41 e 44, do RPAF/BA. O método de fiscalização encontra-se perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papéis de trabalho que o autuado recebeu já que neles está respaldado, não havendo que se falar em cerceamento do exercício do direito de plena defesa.

Assim, não vislumbrando inobservâncias formais, nem mesmo materiais, que conduzam à nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, razão pela qual rejeito o pedido formulado pelo impugnante.

No mérito, como esclarecido nas preliminares de nulidade ficou comprovado que ação fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias, conforme relatado no Termo de Ocorrência Fiscal nº 2321881137/23-8 lavrado em 22/08/2023, data em que foi constatada a irregularidade tendo em vista que naquele momento o contribuinte encontrava-se descredenciado, com restrição de crédito por inscrição em dívida ativa (fl. 12), o que lhe obrigava, na condição de farmácia/drogaria, a realizar o pagamento do ICMS, antes da entrada da mercadoria no território deste Estado conforme prevê o art. 332, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

“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:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes”

Ademais, observo que a infração foi embasada nos levantamentos fiscais acostados aos autos, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos elaborados na auditoria, tendo o prazo de 60 dias para apresentar sua impugnação, que lhe é assegurado pelo art. 123, do RPAF/99, porém, não houve questionamento do imposto reclamado ou de qualquer cálculo constante da autuação.

Por fim observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade dos atos processuais, ao teor do artigo 108 do RPAF/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 092268.0101/23-1**, lavrado contra **EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher o imposto no valor de **R\$ 336.512,05**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR