

PROCESSO - A. I. Nº 099883.0194/13-2
RECORRENTE - PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0100-03/14
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 20.11.2014

2ª CÂMARA JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0341-12/14

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Destaca-se que o Termo de Ocorrência Fiscal lavrado pela fiscalização de trânsito, extraindo-se da documentação que o primeiro Termo de Ocorrência está parcialmente apócrifo, sem a assinatura do sujeito passivo. Em respeito à verdade material, no sistema da SEFAZ-BA constatou que o autuado encontrava-se apto com situação ATIVA. A documentação comprobatória referente ao Termo de Acordo celebrado entre o Recorrente e o Estado da Bahia concede o tratamento tributário previsto no Decreto nº 11.872/09, destinado ao distribuidor de medicamentos localizado nesta unidade federativa. Por força desse regime especial de tributação o remetente é dispensado de reter o ICMS. Esta ilação se alcança após exame das peças processuais em cotejo com a legislação regente. Assim, o sujeito passivo não cometeu qualquer ato transgressor, por conseguinte, esta imputação é insubsistente. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta dos autos Recurso Voluntário em face do acórdão em referência que, por unanimidade, julgou Procedente o lançamento de ofício que exige ICMS no valor de R\$43.339,48, acrescido da multa de 60%, por imputar a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou de percurso, sobre mercadorias adquiridas procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte cominscrição estadual na condição de inapta.

Na descrição fática reportar-se à irregularidade no cadastro de ICMS no estado da Bahia, e nessa situação adquiriu mercadorias em outra unidade da Federação, sem o recolhimento da antecipação tributária, conforme DANFe 121218, 121798 e 121799 e DACTe nº 42566 e 42640 emitidos pela Fedex Brasil Logística de Transportes S.A., sendo lavrado Termo de Ocorrência nº 099883.0029/13-1 fls.6/7.

O sujeito passivo defendeu-se às fls. 40/44. O autuante prestou informação fiscal às fls.192/194 prosseguindo o PAF para julgamento proferido nestes termos :

“Consta da acusação fiscal que se trata de lançamento tributário referente a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária – mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – antes da entrada no território deste Estado, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme DANFe fls.15/18 nº 121798/ 121799 / 121218 e DACTE fls. 19/21.

O autuado nas razões defensivas aduziu que detém um regime especial no Estado da Bahia, em razão de acordo

celebrado entre ele e a Secretaria da Fazenda Estadual, o qual dispensa o remetente da mercadoria, da retenção do imposto nas operações realizadas com o Impugnante, portanto, inexistia a obrigação do recolhimento do tributo no momento da entrada dos produtos neste Estado. Mencionou que mesmo sem o recolhimento do imposto naquele momento, as mercadorias foram liberadas e remetidas para o Impugnante, que então, procedeu ao recolhimento do tributo, conforme pode ser conferido na planilha e comprovante de pagamento do período, onde as notas fiscais mencionadas na autuação foram levadas em consideração para o cálculo do ICMS.

Compulsando os autos, vejo que de fato, as notas fiscais em análise, constam do demonstrativo elaborado pelo autuado fls.149/150, cujo ICMS foi recolhido conforme se constata dos documentos de arrecadação – DAE anexado fl.189.

Observe, no entanto, que no momento da ação fiscal, o contribuinte não gozava do benefício do Regime Especial para postergar o pagamento do imposto devido. O defendente, em função de sua condição de inapto conforme extrato da SEFAZ – fl.24 e fls.34/35, se encontravadescredenciado, tendo a obrigação de realizar o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do estado da Bahia.

Saliento que o recolhimento do imposto após a apreensão das mercadorias, excluiu a espontaneidade do sujeito passivo, sujeitando-o a sanções, como juros, multa e acréscimos moratórios.

Considerando o acima exposto, deixo de acolher o pleito do autuado, dado que encontrava-se em ação fiscal quando do recolhimento do imposto, portanto o Auto de Infração é procedente, devendo ser homologados os valores recolhidos.

O defendente alegou ainda, que a multa aplicada pela fiscalização estadual estaria a merecer relevação, porquanto, no seu entendimento seriam confiscatórias, sendo contrárias a disposições da Constituição Federal, da doutrina e jurisprudência. Afirmou que, como após a liberação das mercadorias apreendidas realizou o recolhimento do imposto devido não teria ocorrido, de fato, qualquer prejuízo para o erário estadual.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observe que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista em dispositivo legal, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução da multa aplicada, o pleito defensivo não pode ser acatado por falta de previsão legal, uma vez que a dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal – como é o caso em apreciação – é da competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.”

Resistindo ao teor do julgado, o sujeito passivo recorre a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF dirigindo o seguinte arrazoado que, em suma, passo a relatar.

Inicia o apelo elucidando se tratar de uma tradicional e conceituada rede atacadista de medicamentos e drogas de uso humano com atuação em diversos estados da Federação, sendo adimplente para com todos os tributos - federal, estadual e municipal.

Diz que o Fisco incorreu em erro ao lhe imputar conduta tributária tipificada nos 5º, 8º, § 4º, inciso I, alínea ‘b’, e 32 da Lei nº 7.014/1996 cumulado com o art. 32 do RICMS/BA, e, ainda, ao impor penalidade com caráter confiscatório (art. 42, inciso II, alínea ‘d’, da Lei nº 7.014/1996).

Faz alusão ao regime especial que lhe concedeu o Estado da Bahia através de sua Secretaria da Fazenda Estadual, com efeito de dispensar o remetente da mercadoria da retenção do imposto nas operações consigo realizadas.

Conclui que a suposta infração não resta configurada já que não havia a obrigação de retenção do tributo, e que mesmo sem o recolhimento do ICMS, que as mercadorias foram liberadas e remetidas, tendo recolhido o tributo incidente. Menciona a juntada de planilha e o comprovante de pagamento respectivo e mais, que as notas fiscais mencionadas na autuação foram levadas em consideração para o cálculo do ICMS sem prejuízo causado ao erário baiano.

Aduz que a normas da legislação tributária constantes do Auto de Infração não lhe são aplicáveis, posto que sua situação era e é regular. Cita e transcreve o art. 5º, 8º, § 4º, I, “b” e 42 II, “d” da Lei 7014/96, bem como o art. 332 do Decreto 13.780/2012.

Assevera que, ao buscar informações nos termos do art. 22 do RICMS-BA, confirmou a

regularidade de sua situação cadastral, habilitada em condições normais desde 29/08/13, juntando o documento de nº 01 neste sentido.

Cita e reproduz ementas deste CONSEF como suporte de sua tese. Menciona o regime especial que dispensa o remetente da mercadoria de reter o ICMS.

Conclui que o autuante equivocou-se vez que além de estar com sua situação cadastral regular, o referido regime especial está vigente e produzindo seus jurídicos efeitos. Requer a improcedência da autuação.

Acauteladamente, expõe pedido sucessivo se reportando às Notas Fiscais nºs 121218, 121798 e 121799 que foram consideradas para o cálculo do ICMS. Diz juntar planilha e comprovante de pagamento nº 3 e 4 .

Invoca o caráter confiscatório da multa que deve ser cancelada ou adequada ao patamar consonante com o direito constitucional de propriedade e do não-confisco.

A PGE/PROFIS não foi instada a proferir Parecer em face do valor controvertido estar abaixo do piso mínimo legal.

VOTO

Veio a esta CJF apelo do contribuinte conforme os fundamentos expostos no seu arrazoadado para reforma da Decisão de base. Compulsados os autos, constato que razão lhe assiste. A acusação é de ter havido aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária por contribuinte descredenciado.

Assim sendo, como premissa da imputação fiscal, o Fisco entendeu que a situação cadastral estava irregular, posto que ao autuar, consignou que houve a aquisição de mercadoria provida de outra unidade federativa, sem a retenção do ICMS em face da antecipação tributária, já que destinada a contribuinte com situação irregular no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia – CAD/ ICMS -, tendo o Auto de Infração sido lastreado nos arts. 5º e 8º, § 4º, I, b da Lei nº 7.014/96, como, também, no art. 332, III, "d", do Decreto nº 13.780/12, cujo cerne é de contribuinte em situação cadastral irregular.

Com efeito, elucidou o sujeito passivo que, ao buscar informações acerca da sua condição cadastral, como autoriza o art. 22 do RICMS/BA, verificou estar em condição normal tendo, inclusive, juntado com o Recurso documento neste sentido que reside à fl. 213, relativo à sua situação cadastral de 29/08/13 e como estando habilitado, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 27/09/13.

Destaque-se que, em 28/08/13 foi lavrado um Termo de Ocorrência Fiscal de nº 099883.0020/13-4 de fls. 13/14, substituído que foi pelo de fls. 6/7 datado de 27/09/13, que derivou no Auto de Infração em tela datado de 27/09/13, lavrado no modelo 4 pela fiscalização de trânsito (Posto Fiscal Honorato Viana), extraindo-se dessa documentação que o primeiro Termo de Ocorrência está parcialmente apócrifo, sem a assinatura do sujeito passivo. Ensejaria a nulidade do Auto de Infração se não fosse a hipótese dos autos de improcedência ante à aplicação do art. 155, parágrafo único do RPAF-BA.

Dentro desse contexto e à vista dos fatos controvertidos, em respeito à verdade material, esta relatora buscou no sistema da SEFAZ-BA em 04/11/14, o Histórico de Atividade Econômica Principal/Condição/Situação, do qual constatou que em 29/08/13 o autuado encontrava-se apto com situação ATIVA e mesmo assim foi lavrada a autuação.

A par disto, devo pontuar, consta das fls. 215/218, documentação comprobatória juntada com o apelo, referente ao Termo de Acordo celebrado entre o Recorrente e o Estado da Bahia através da SEFAZ-BA, datado de 29/12/09, que lhe concede o tratamento tributário previsto no Decreto nº 11.872/09, destinado ao distribuidor de medicamentos localizado nesta unidade federativa.

Logo, por força desse regime especial de tributação aplicável nas aquisições pelo distribuidor de medicamento de produtos farmacêuticos de uso humano, o remetente da mercadoria estava dispensado de reter o ICMS na respectiva operação mercantil. Esta é a ilação que se alcança após exame das peças processuais em cotejo com a legislação regente.

Disto conclui-se, ainda, que equivocou-se o preposto fiscal, já que o sujeito passivo não cometeu qualquer ato transgressor que ensejasse a lavratura do lançamento de ofício, cujo ICMS, como cabe destacar, já foi recolhido (DAE de fl. 274), tributo este que no momento da remessa não era exigível, como desacertadamente entendeu o Fisco.

A Decisão de origem, por conseguinte, está por merecer reforma, pelo que acolho os fundamentos recursais na íntegra e julgo pela improcedência do lançamento de ofício.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **099883.0194/13-2**, lavrado contra **PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS