

A. I. Nº - 210727.0148/17-0
AUTUADO - D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. – EPP
AUTUANTE - MARIA DO SOCORRO FREITAS MARIANO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.05.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-04/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS PARA USO HUMANO). Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não havendo, igualmente, regime especial para postergação do pagamento do imposto, deve ser ele recolhido no posto fiscal de fronteira, cabendo ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Rejeitada a arguição de nulidade apresentada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 26/09/2017, exige ICMS, no valor de R\$97.882,09, acrescido da multa de 60%, tendo a seguinte imputação: *Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso elencadas no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização procedente de outra federação, por contribuinte DESCRENCIADO.*

TAO: 21027.0096/17

DANFE: 43882

MERCADORIAS: Medicamentos

TRANSPORTADORA: Fedex

O autuado, por representante legal, impugna o lançamento fiscal (fls. 20/25). Afirma ter havido na ação fiscal cerceamento do seu direito de defesa, pois houve desobediência às determinações do RPAF/BA e Instrução Normativa da Secretaria da Fazenda, na medida em que não lhe foram apresentados demonstrativos, em formato editável, conforme art. 8º, § 3º, art. 28, VI, § 4º, II e art. 25, do nominado Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (transcritos). Em assim sendo, impossível desconhecer a nulidade da autuação “diante das evidências constatadas”. E, pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, todo processo administrativo ou judicial, para que seja válido e legítimo, deve ensejar ao sujeito passivo a possibilidade de conhecimento de todas as alegações em seu desfavor. E para tanto, necessária a produção de todas as provas à demonstração das infrações cometidas. Em assim sendo, deve ser aplicada o disposto no art. 18, § 1º do RPAF. Neste momento, transcreve as determinações dos artigos 18 a 21, do RPAF/BA e requer a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, após reproduzir a infração em lide e ressaltar a atividade vinculada da fiscalização, afirma: “Na presente ação fiscal, o contribuinte foi autuado por preposto fiscal lotado no Trânsito de Mercadorias, deste modo, o “Demonstrativo de Débito – Trânsito de Mercadorias” e o “Auto de Infração Modelo 4”, não servem para tratar um procedimento concernente a fiscalização de estabelecimento, isto porque, data venia, tais documentos não disponibilizam relatórios e dados necessários para que seja constatada a verdade material dos fatos, e a legalidade da ação fiscal”. Apresenta Ementa de julgado dessa 4ª JJF (Auto de Infração:

213080.1151/16-2 – Auto de Trânsito utilizado para alcançar operações de comércio) para corroborar seu entendimento.

Observa, ainda, que não há no “Termo de Ocorrência Fiscal”, informações necessárias aos procedimentos fiscais, tais como: data real de entrada da mercadoria no estado, alíquota aplicada, dentre outras informações necessárias para que não configure cerceamento do direito de defesa.

Informa, em seguida, que ao ser surpreendido com o seu descredenciamento junto ao CAD-ICMS, malgrado estar em dia com todos os requisitos necessários para estar credenciado de forma a realizar o recolhimento nos moldes do art. 332, § 2º do RICMS/BA, impetrou o Mandado de Segurança nº 0564195-26.2017.8.05.0001, que em decisão interlocutória (apensada aos autos), determinou o seu recredenciamento de forma a lhe possibilitar o recolhimento do ICMS como determina o art. 332, § 2º do RICMS/12.

Requer, ao final, a nulidade do Auto de Infração e o seu consequente arquivamento.

A autuante produz sua informação (fls. 45/46). Observa que a questão principal se resume à exigência do imposto, uma vez que o estabelecimento autuado se encontra descredenciado, fato, inclusive, reconhecido pelo próprio contribuinte, que nada mais questiona a não ser seu inconformismo deste descredenciamento.

Quanto às nulidades aventadas, afirma que o Auto de Infração apresenta os fundamentos legais à sua lavratura, descreve a hipótese de incidência tributária e discrimina o imposto e multa devida, mediante a explicitação da alíquota aplicada e da base de cálculo utilizada. Em assim sendo, não há que se falar em nulidade do lançamento fiscal.

Afirma que o contribuinte é sabedor de que estava em situação irregular perante esta SEFAZ, ou seja, encontrava-se descredenciado para recolher o imposto posteriormente. Em assim sendo, e no momento da autuação, foi aplicada a regra determinada no art. 352-A, do RICMS/12 (transcrita).

A respeito da multa aplica, diz não ter competência para discutir, já que se encontra ela amparada no que dispõe o art. 42, IV, “i” da Lei nº 7.014/96.

E prossegue: *“Outra alegação que não procede é de que o requerente foi “surpreendido por seu descredenciamento (...) e que a justiça “determinou o recredenciamento”. Podemos afirmar que não houve de forma alguma desrespeito a nenhuma a ordem judicial. Pois o crédito foi reclamado visando assegurar a exigibilidade futura do crédito tributário”.*

Pugna pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS por substituição tributária total, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso adquirida para comercialização procedente de outra federação, pelo fato do contribuinte encontrar-se descredenciado para postergação do imposto.

O impugnante apresenta, em preliminar, questão de nulidade à ação fiscal. Em síntese, diz que a ação fiscal foi de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que não lhe foram apresentados demonstrativos, em formato editável, conforme art. 8º, § 3º, art. 28, VI, § 4º, II e art. 25, do RPAF/BA. Em assim sendo, entende que deveria ser aplicado o disposto no art. 18, § 1º do RPAF. Ressalta, ainda, de que como foi autuado por preposto fiscal lotado no Trânsito de Mercadorias, o “Demonstrativo de Débito – Trânsito de Mercadorias” e o “Auto de Infração Modelo 4” não serviriam para tratar um procedimento concernente a fiscalização de estabelecimento, já que tais documentos não disponibilizam relatórios e dados necessários para que seja constatada a verdade material dos fatos e a legalidade da ação fiscal. Afirma não haver no “Termo de Ocorrência Fiscal”, informações necessárias aos procedimentos fiscais, tais como: data real de entrada da mercadoria no estado, alíquota aplicada, dentre outras informações necessárias para que não configure cerceamento do direito de defesa.

A fiscalização estadual, quando nas suas funções de controle das receitas do Erário, encontra-se investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária, buscar recuperar esta receita, espontaneamente ou de ofício, pela lavratura do Auto de Infração. Estas são, em linhas gerais, as determinações do art. 142 do CTN. Neste contexto, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado (Parágrafo único do citado artigo do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc. e de rotinas administrativas. E a instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidas pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

No caso presente, o lançamento fiscal se deu no trânsito de mercadorias, ou seja, no momento do fato ocorrido. Nesta situação, o autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando. E o Auto de Infração é emitido em modelo próprio, às ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, sendo precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento também próprio, conforme determina a legislação tributária de regência, como segue (RPAF/BA):

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

[...]

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;

Art. 31-A. O Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

I - os bens móveis, inclusive semoventes, em trânsito ou existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de cooperativa ou de responsável tributário, que constituam prova material de infração à legislação fiscal;

[...]

§ 1º O Termo de Apreensão de que trata o caput deste artigo conterá, dentre outros elementos, as seguintes indicações:

I - a identificação, o endereço e a qualificação do sujeito passivo;

II - o dia, a hora e o local da ocorrência;

III - a descrição, em síntese, do motivo determinante da apreensão e dos demais elementos esclarecedores, com indicação expressa de que se trata, conforme o caso:

a) de mercadorias ou bens desacompanhados de documentação fiscal;

b) de mercadorias ou bens acompanhados de documento inidôneo, caso em que será explicitada a circunstância caracterizadora da inidoneidade, nos termos do art. 44 da Lei nº 7.014/96;

c) de outros motivos a serem informados;

IV - a discriminação das mercadorias, bens, livros ou documentos apreendidos, com indicação das respectivas quantidades e, conforme o caso, a marca, o tipo, o modelo, a espécie, a qualidade, o prazo de validade, se houver, e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;

V - o nome, o cadastro e a assinatura do funcionário fiscal;

VI - o nome e a assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar.

[...]

§ 3º Na especificação das mercadorias ou bens apreendidos, deverá ser relacionado, também, o documento fiscal que os acompanhe, se houver.

[...]

§ 7º A lavratura do Termo de Apreensão será seguida, quando for cabível, após a fase de averiguação que porventura o caso requeira, da lavratura do Auto de Infração. (grifo não original).

Diante dos fatos acima expostos e da legislação que rege a matéria, resta provado:

No Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 0096/17 (fl. 05) consta as seguintes informações:

1. Nome do autuado com sua completa identificação.
2. O dia, a hora e o local da ocorrência, no caso, 26/09/2017 às 11:33:00 no Porto Fiscal da IFMT Metro.
3. As mercadorias apreendidas, quando tal termo remete as suas identificações ao DANFE 438782 (fl. 07) e CTE 301815 (fl. 06).
4. O motivo determinante à apreensão: “Mercadoria apreendida na Transportadora Fedex por falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território baiano, adquirida em outra Unidade da Federação para comercialização por contribuinte descredenciado”.
5. A identificação do detentor das mercadorias: Sr. Francisco Pedro da Silva com cargo de Auxiliar Administrativo e pelo mesmo assinado.
6. Termo de Depósito quando a transportadora Fedex Brasil Log. e Transp. Ltda., restou como fiel depositário, termo este assinado pelo mesmo detentor das mercadorias.

O Auto de Infração foi lavrado em instrumento próprio – Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias com todos os dados para identificação da infração, do infrator, da data de ocorrência do ato infracional constatado, ou seja, dia em que ocorreu a entrada das mercadorias no território baiano, base de cálculo, imposto devido, seu enquadramento legal, bem como, da multa sugerida. Afora que foi apresentada Memória de Cálculo (fl. 10) do imposto exigido com a respectiva alíquota aplicada (igualmente constante do Auto de Infração), o benefício que possui o estabelecimento autuado e o crédito fiscal constante da NF-e apreendida.

Portanto, todos os dados, demonstrativos e provas para consecução da lavratura da presente ação fiscal foram preenchidos e apresentados para constatação da verdade material dos fatos e a legalidade da ação fiscal, inclusive em obediência ao art. 28, VI, § 4º, II e art. 25, do RPAF/BA.

No mais, sem qualquer pertinência se alegar afronta ao art. 8º, § 3º do referido processo administrativo fiscal já que, como dito, no caso presente a ação fiscal foi instantânea e o nominado artigo diz respeito com as peças que irão compor o processo administrativo fiscal após lavratura do Auto de Infração.

E, por fim, o Acórdão desta 4ª JJF trazido pelo defendente não tem qualquer correlação com o presente, uma vez que a nulidade decretada na ação fiscal daquele processo foi justamente o oposto da presente. Aqui não se está a analisar auditoria de comércio e lavratura de Auto de Infração de trânsito, mas sim, e tão somente, lavratura de um Auto de Infração no trânsito de mercadorias, quando a fiscalização, no momento da ação fiscal, constatou a irregularidade.

Por tudo exposto, o Auto de Infração foi lavrado em estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis à matéria. Rigorosamente, foram atendidas as exigências contidas no art. 39 do RPAF/BA, inexistindo qualquer violação aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa ou de qualquer outro princípio aplicável à constituição do crédito tributário.

Arguição de nulidade rejeitada.

Analisando o mérito da presente lide, as mercadorias constantes da NF-e nº 438782 (fl. 07), emitida em 21/09/2017 pela empresa Hypermarchas SA, são medicamentos da linha humana,

submetidos ao regime de substituição tributária, previsto no artigo 289 (Item 9 do seu Anexo 1) e originários do Estado de Goiás, unidade da Federação não signatária do Convênio ICMS 76/94, sendo de responsabilidade do adquirente o pagamento do imposto devido por antecipação tributária na entrada do território do Estado nos termos do art. 322, III, alínea “a” do RICMS/12. Tal pagamento pode ser efetuado no dia 25 do mês subsequente se o contribuinte estiver credenciado conforme dispõe o § 2º do citado artigo.

Ao examinar os autos, constatei, através do extrato do sistema SEFAZ (fl. 09), que o contribuinte se encontrava descredenciado para postergação do imposto ora em lide por omissão de pagamento da Antecipação Tributária, situação que teve origem desde 08/06/2005, conforme campo “Data Situação Cadastral” do referido extrato. Em assim sendo e com base nas provas existentes nos autos, o descredenciamento do contribuinte, para efeito de pagamento postergado do imposto, foi realizado em conformidade com a legislação de regência.

E é sobre tal descredenciamento que o impugnante se insurge. Como dito, e neste momento, não há como desconsiderar o fato concreto do descredenciamento do estabelecimento autuado existente nas peças processuais, inclusive motivo que o levou a buscar, via judicial, o que entende ser o seu direito, através do Mandado de Segurança nº 0564195-26.2017.8.05.0001.

A segurança provisória de sua pretensão foi atendida pelo Sr. Juiz Titular da 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador (fls. 37/40).

Poderia, neste caso específico, ter tratado esta situação de forma preliminar e obedecendo ao que dispõe o art. 117, do RPAF/BA, ou seja, *a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto* e art. 122, IV do referido Regulamento assim dispõe:

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

IV - com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

Em assim sendo, a análise dos argumentos de defesa restariam prejudicados na esfera administrativa e o processo remetido à PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada, restando a exigibilidade do crédito sobrestada até decisão final em último grau de recurso, em obediência ao art. 151, V, CTN.

Porém, esta situação não impede a constituição do crédito tributário, o que, observo, é dever do fisco em fazê-lo, ou seja, lançar o valor que considera devido, para assegurar, posteriormente, a sua exigibilidade no caso de decisão a ele favorável. Assim, as decisões em grau administrativo podem, e devem, continuar seu curso.

Mas aqui existe um fato que me levou, na presente lide, a não percorrer este caminho.

A apreensão das mercadorias e a consequente lavratura do Auto de Infração foram em 26/09/2017 e a decisão prolatada no nominado Mandado de Segurança em 27/10/2017.

A decisão judicial assim se expressa: “**Por isto**, concedo a segurança liminar para determinar à autoridade coatora, ou quem suas vezes fizer, que promova o recredenciamento da impetrante junto ao CAD-ICMS de forma a possibilitar o recolhimento do ICMS da forma diferida prevista no art. 322, § 2º do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/2012 até ulterior deliberação deste juízo. Notifique-se a autoridade indigitada como coatora, para que preste as informações de praxe, no prazo de 10 (dez) dias. Dê-se ciência ao Estado da Bahia, via Procurador Geral. Abre-se vista ao Ministério Público” (fl. 39).

Ou seja, embora possa existir conexão da matéria judicial discutida e o da presente (descredenciamento do contribuinte para postergação do imposto devido por substituição tributária) ela, além de ser posterior à autuação, não decide por qualquer retroação para açambarcar situações passadas, não havendo qualquer menção nela que se referia a presente

autuação ou mesmo a qualquer outra. Em assim sendo, somente a partir da data desta decisão, e nos prazos estabelecidos, é que o autuado, provisoriamente, deve ser novamente credenciado no CAD-ICMS para postergação do pagamento do imposto na forma estabelecida no art. 322, § 2º do RICMS/12. Ressalto, inclusive, que tal decisão interlocutória se baseou em fatos narrados pelo impetrante antes dos acontecidos na presente autuação (fl. 37), porém a decisão judicial se deu após a presente autuação.

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 **210727.0148/17-0**, lavrado contra **D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$97.882,09**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA