

A. I. Nº - 281071.0036/20-4
AUTUADO - RAIA DROGASIL S/A
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.09.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF Nº 0085-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MEDICAMENTOS E DROGAS PARA USO HUMANO. Devidamente caracterizada a aplicação do artigo 8º, § 4º, inciso I, alínea “a” e art. 23 da Lei 7.014/96, e do art. 289 do RICMS/12, para compelir a empresa autuada ao recolhimento antecipado do ICMS, nas operações de aquisição de mercadorias, em outras Unidades da Federação, destinadas à revenda, submetidas ao regime de pagamento antecipado do imposto. Exigência fiscal sustentada em farta prova documental – notas fiscais eletrônicas emitidas por fornecedores habituais da empresa. O contribuinte não logrou êxito em elidir a autuação, sob o argumento de não ter recebido as mercadorias. Infração caracterizada. Não acolhido o pedido de exclusão ou redução da multa pecuniária, ao argumento do excesso da cobrança. A declaração de inconstitucionalidade do dispositivo de lei que fixa o percentual da multa, é vedada ao órgão de julgamento administrativo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento tributário, formalizado através do presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2020, para exigir ICMS no valor principal de **R\$ 216.257,91**, acrescido com multa de 60%, contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

O descritivo da infração foi completada com as seguintes informações: “Falta de Antecipação do ICMS Substituição Tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas neste regime, apurada a partir das informações contidas nas Notas Fiscais de Entrada, em confronto com os registros na Escrituração Fiscal Digital - EFD - do período auditado, além do batimento com as demais informações constantes nas bases de dados da SEFAZ e outras solicitadas pela fiscalização e fornecidas pelo contribuinte, a exemplo da memória de cálculo dos recolhimentos efetuados no período. O detalhamento das Notas Fiscais objeto de cobrança e dos cálculos efetuados para determinação dos valores devidos encontram-se nos Demonstrativos anexos ao Auto de Infração”.

A apuração fiscal alcançou os meses de julho de 2017 a dezembro de 2018. Enquadramento legal da infração: art. 8º, § 4º, inc. I, alínea “a” e art. 23 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 289 do RICMS (Decreto nº 13.780/2012). Enquadramento legal da multa: art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Documentos anexados na peça acusatória: Ordem de Serviço (doc. fls. 06/07); Termo de Início de Fiscalização enviado eletronicamente ao contribuinte através de Domicílio Tributário Eletrônico – DTE (doc. fl. 11); Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos e

prestação de informações enviado ao contribuinte através do DTE (doc. fls. 12/13); Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST não antecipado (doc. fls. 16/44); mídia digital contendo as informações relativas a apuração do imposto, por nota fiscal de aquisição (doc. fl. 45).

O contribuinte foi notificado do lançamento através dos correios em 12/11/2020 e ingressou com defesa administrativa protocolada em 28/12/2020. Peça defensiva apensada entre as fls. 52/57 subscrita por advogados habilitados a atuar no processo através dos instrumentos de representação juntados entre as fls. 58 a 61verso.

Ao iniciar a peça impugnatória o contribuinte argumentou que o lançamento em lide não pode prosperar pois as notas fiscais arroladas no Auto de Infração e as mercadorias descritas naqueles documentos não foram recebidas pela empresa autuada. Visando demonstrar o quanto afirmado na inicial, a defesa afirmou que apresentaria demonstrativos contendo a indicação de todas as notas fiscais efetivamente recebidas pelo estabelecimento no período alcançado pela autuação e os respectivos comprovantes de recolhimento do ICMS antecipado pelo regime de substituição tributária. Porém, diante do tamanho dos arquivos o envio eletrônico se tornou inviável, razão pela qual a mídia digital contendo os documentos seria encaminhado através dos correios.

Prosseguiu a defesa afirmando que a acusação fiscal foi estruturada sem provas e que não cabe ao contribuinte produzir **PROVA NEGATIVA**, para elidir a autuação.

No tocante a este aspecto transcreveu lições do professor e tributarista Marco Aurélio Greco, extraídas do Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 12, págs. 170/1, segundo o qual o ônus do contribuinte:

“... não é o de produzir prova negativa ou prova impossível, mas sim o de demonstrar que a exigência feita padece de vícios, dentre os quais pode se encontrar o de não ter a Administração realizado prova suficiente da ocorrência do fato gerador do tributo. (...) Não cabe ao contribuinte provar a inoccorrência do fato gerador: incumbe ao fisco, isto sim, demonstrar sua ocorrência.”
(Grifos da Impugnante)

Nessa mesma diretiva o contribuinte reproduziu o entendimento do prof. Hugo de Brito Machado, manifestado em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 34, página 108, “*in verbis*”:

“O desconhecimento da teoria da prova, ou a ideologia autoritária, tem levado alguns a afirmarem que no processo administrativo fiscal o ônus da prova é do contribuinte. Isso não é, nem poderia ser correto em um Estado de Direito democrático. O ônus da prova no processo administrativo fiscal é regulado pelos princípios fundamentais da teoria da prova, expressos, aliás pelo Código de Processo Civil, cujas normas são aplicáveis ao processo administrativo fiscal. No processo administrativo fiscal para apuração e exigência do crédito tributário, ou procedimento administrativo de lançamento tributário, o autor é o Fisco. A ele, portanto, incumbe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador”. (Grifos da Impugnante)

Nessa mesma direção o entendimento da advogada, Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado, no artigo intitulado “A Prova no Processo Administrativo Tributário”, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 34, págs. 107 e 108, cujo trecho mencionado na peça de defesa e aqui literalmente reproduzido:

“Além disso, essa fundamentação envolve a indicação do dado fático, concreto e individualizado, que a motivou. Isso porque, caso fosse possível à Administração simplesmente afirmar que um determinado fato ocorreu, sem individualizar e apontar concretamente esse fato, o administrado muitas vezes ver-se-ia obrigado à produção de uma prova negativa. Essa é a lição de Paulo de Barros Carvalho: ‘Na própria configuração oficial do lançamento, a lei instituiu a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa dizer que o fiscal tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa”. (Grifos da Impugnante)

Em razões subsidiárias a defesa argumentou que caso a exigência fiscal seja mantida estar-se-ia ferindo o princípio do “não confisco”, previsto na Constituição Federal, no art. 150, inc. IV, vez que a multa aplicada no percentual de 60% do valor do tributo lançado contraria os princípios da

razoabilidade e proporcionalidade aplicáveis com maior intensidade aos atos da Administração Pública.

Discorreu acerca destes princípios e procedeu à transcrição de trechos de doutrina relacionados a essa temática. Na sequência, apresentou, para exame deste colegiado, excertos de Decisões originárias do Supremo Tribunal Federal (STF), nas quais são apreciadas questões relacionadas a desproporcionalidade na aplicação de sanções administrativas. Destaque para a ADI 551/RJ, relator Min. Ilmar Galvão, publicado no DJ de 14/02/2003, com menção de fragmentos dos votos dos Ministro Sepúlveda Pertence e do Ministro Marco Aurélio. Referenciado também o Recurso Extraordinário (RE) nº 81.550, publicado no DJ de 11/06/1975, relatado pelo Ministro Xavier de Albuquerque. Mencionou a defendente que a citada jurisprudência foi reafirmada em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello nos autos do RE nº 754.554/GO.

Ainda no tocante aos consectários legais a defesa sustenta que sobre o valor da multa pecuniária não pode incidir juros moratórios, parcela que possuiu também natureza punitiva, pois estaria a Fazenda Pública a sancionar duplamente o contribuinte, incorrendo em enriquecimento sem causa em detrimento da empresa impugnante.

Frente aos argumentos expostos, o contribuinte pede que seja dado provimento à sua defesa com o consequente cancelamento das cobranças a título de ICMS-ST lançadas no Auto de Infração. Não sendo acolhida esta postulação, pede que ao menos seja cancelado parcialmente o lançamento, pelo reconhecimento do caráter confiscatório da multa e pela invalidade da aplicação de juros moratórios sobre as penalidades pecuniárias.

Ao finalizar a peça de defesa o contribuinte protestou pela produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente a juntada de novos documentos, realização de prova pericial e sustentação oral de seu direito. Informou, para fins de intimações, o endereço de seus advogados: Rua do Rócio, nº 423, conjunto 1.808, Vila Olímpia, CEP 04552-000, São Paulo, SP, Fone (11) 2177-2177, e-mails: rodrigo@carreiro.adv.br e claudia.calli@carreim.adv.br.

Documentos juntados em cópia reprográfica na impugnação: Instrumentos de representação dos advogados (doc. fls. 58/61, verso); Atas das Assembleias de Acionistas, Ata reunião extraordinária do Conselho de Administração e Estatuto Social da Empresa (doc. fls. 62/86, verso); Auto de Infração, Termo de Intimação e Demonstrativos de Apuração do ICMS-ST, que correspondem as mesmas peças do procedimento fiscal que foram entregues ao contribuinte no encerramento da fiscalização (doc. fls. 87/104).

INFORMATIVO FISCAL prestado pelo autuante em 05/02/2021, peça processual anexada entre as fls. 107 a 108 dos autos.

Inicialmente foi apresentada na peça informativa uma síntese dos argumentos articulados na peça de defesa. A Impugnante alegou que o presente lançamento seria improcedente, uma vez que as notas fiscais indicadas na autuação não foram recebidas pelo estabelecimento e caberia à fiscalização verificar a suposta incorreção das declarações prestadas pelos fornecedores das mercadorias. Sustentou que os documentos fiscais listados na autuação e consequentemente os produtos nelas relacionados não foram recebidos, portanto não seria devido qualquer valor a título de antecipação tributária - ICMS-ST.

A autuada citou ainda demonstrativos que conteriam a indicação de todas as notas fiscais efetivamente recebidas em seu estabelecimento no período da autuação e os respectivos comprovantes de recolhimento do ICMS-ST devido, intitulados “docs. 5 e 6”.

Em nota de rodapé na sua peça de defesa (fl. 53-verso), afirmou que “*Diante do tamanho dos arquivos o envio de forma eletrônica se mostra inviável, razão pela qual a presente defesa, contendo os documentos 5 e 6 em mídia digital será encaminhada, também, por correios, dado o atual contexto de pandemia*”.

Acrescentou que, na situação em questão, caberia ao agente autuante, antes de promover a cobrança em face da Impugnante, confirmar com seus fornecedores a efetiva realização das

operações por eles declaradas. Não tendo a fiscalização cumprido tal mister, a acusação fiscal careceria de provas que pudessem ampará-la, estando baseada em “presunção pura e simples”, colocando a impugnante na obrigação de produzir “prova negativa”.

Desse modo, considerou inválida a exigência do recolhimento da antecipação tributária via ICMS-ST, visto que as notas fiscais e mercadorias pertinentes não teriam sido recebidas pela empresa.

Ao contestar as alegações defensivas o autuante declarou que o presente Auto de Infração foi lavrado em função de ter sido apurado, através da auditoria, que o contribuinte deixou de recolher o ICMS Substituição Tributária relativo à antecipação nas entradas oriundas de outras Unidades da Federação, obrigação exigida da mesma, na qualidade de detentora de Termo de Acordo, sendo beneficiária de redução de base de cálculo do imposto em tais operações, conforme Decreto nº 11.872/2009.

Salientou, na sequência, que não foram apresentados à fiscalização os “documentos 5 e 6” referidos pela impugnante, à fl. 53-verso, nem foram tais documentos acostados ao presente processo, tornando assim as afirmações da autuada carentes de comprovação.

Por outro lado, o presente lançamento tributário em lide foi constituído em estrita observância às disposições legais pertinentes. Encontram-se acostados ao presente processo as cópias impressas dos Demonstrativos de Apuração do ICMS-ST, relativos aos exercícios de 2017 e 2018, com todas as informações necessárias à evidenciação da infração, identificando-se cada uma das Notas Fiscais Eletrônicas nas quais se registraram as operações objeto das cobranças.

Mais à frente a Auditoria declarou que as Notas Fiscais que embasam o lançamento tributário constam nos bancos de dados desta SEFAZ-BA e estão revestidas dos elementos necessários para lhes conferir idoneidade, conforme a legislação vigente. Sendo assim, não se sustenta o argumento da impugnante acerca de suposta “**presunção**” ou ausência de provas documentais, visto que a autuação teve respaldo em documentação fiscal regular.

Por sua vez a impugnante não apresentou documentos que comprovassem suas alegações, tais como protocolos de recusa de mercadorias, notas fiscais de devolução ou outros equivalentes, que pudessem efetivamente demonstrar que as operações de fato não teriam se concretizado.

Ao finalizar a peça informativa a Auditoria entende que o Auto de Infração deva ser integralmente mantido, formulando, na sequência, pedido pela PROCEDÊNCIA do lançamento fiscal, submetendo este entendimento à análise deste CONSEF.

O contribuinte, através de seus advogados, apresentou memoriais, encaminhados via e-mail à Secretária deste 5ª JJE, peça que será apensada aos autos. Nos referidos memoriais, há uma breve exposição das razões já articuladas na inicial defensiva, ocasião em que foram reiterados os pedidos formulados na impugnação administrativa.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração objeto desta lide, é composto de uma única imputação fiscal relacionada à cobrança de ICMS por substituição tributária (ICMS-ST), em operações de aquisição de mercadorias enquadradas na legislação do Estado da Bahia no regime de pagamento antecipado do imposto.

As operações objeto do lançamento, envolvem em sua grande maioria aquisições de medicamentos da linha humana, originárias de contribuintes localizados em outras Unidades da Federação, acobertadas por documentos fiscais listados nos Demonstrativos que integram o Auto de Infração, peças acostadas entre as fls. 17 a 44 do processo. O conteúdo desses Demonstrativos, foi levado ao conhecimento da empresa autuada para o exercício do contraditório.

As informações das notas fiscais, contendo a descrição das mercadorias e os valores das operações, objeto da cobrança do ICMS-ST, são originárias do banco de dados da Secretaria da Fazenda da Bahia, que contém o repositório das notas fiscais eletrônicas emitidas para

contribuintes localizados no território baiano. A Auditoria, em relação aos documentos arrolados na autuação, não identificou os pagamentos do ICMS-ST em favor da Fazenda Pública Estadual, razão pela qual procedeu ao lançamento de ofício.

O contribuinte, ao contraditar a acusação fiscal, sustenta, no mérito, que o Auto de Infração está baseado em prova frágil, ancorado em mera presunção sem base legal. Afirmou que as notas fiscais listadas no Demonstrativo que serve de base probatória do Auto de Infração não foram recebidas pelo estabelecimento comercial da empresa e que caberia ao fisco fazer prova de que as mercadorias descritas naqueles documentos efetivamente ingressaram no estoque da impugnante.

Em complementação às suas razões, afirmou que não poderia fazer a comprovação do não ingresso das mercadorias no seu estabelecimento, pois estar-se-ia diante da produção de uma prova impossível, na categoria da denominada “prova negativa”, situação que é reiteradamente repelida pelo Direito Brasileiro. Em reforço desses argumentos, transcreveu na peça impugnatória trechos de artigos de doutrina que combatem a indevida inversão do ônus probatório na relação fisco-contribuinte.

Estas são as questões controvertidas e serem enfrentadas na sequência por esta Relatoria.

Não vislumbramos aqui a hipótese defendida pela defesa, de indevida inversão do ônus da prova no processo tributário.

Isto porque, as ocorrências relacionadas com a emissão de notas fiscais eletrônicas (NF-e), denominada “Evento da NF-e”, devem ser objeto de manifestação dos envolvidos nas operações. Ocorrem situações em que a manifestação do evento é exigida do remetente das mercadorias e em outras situações, a obrigação é dirigida aos destinatários das mercadorias.

Essas obrigações, no âmbito do ICMS, são reguladas pelas disposições do Ajuste SINIEF nº 07/2005, e complementadas pelas normas internas de cada unidade federada.

As manifestações ou eventos relacionados à NF-e, envolvem diversas situações. A **cláusula décima quinta-B** do Ajuste SINIEF nº 07/2005, lista alguns desses eventos e as respectivas responsabilidades dos contribuintes no tocante à obrigação de registro, conforme exposto abaixo:

***Cláusula décima quinta-B** Na ocorrência dos eventos abaixo indicados fica obrigado o seu registro pelas seguintes pessoas:*

I - pelo emitente da NF-e:

- a) Carta de Correção Eletrônica de NF-e;*
- b) Cancelamento de NF-e;*
- c) Evento Prévio de Emissão em Contingência;*
- d) Comprovante de Entrega da NF-e;*
- e) Cancelamento do Comprovante de Entrega da NF-e.*

II - pelo destinatário da NF-e, os seguintes eventos relativos à confirmação da operação descrita na NF-e:

- a) Confirmação da Operação;*
- b) Operação não Realizada;*
- c) Desconhecimento da Operação.*

§ 1º O cumprimento do disposto no inciso II do caput deverá observar o cronograma e os prazos constantes no Anexo II.

§ 2º A critério de cada unidade federada, o registro dos eventos previstos no inciso II do caput poderá ser exigido também de outros contribuintes que não estejam relacionados no Anexo II.

O Ajuste SINIEF 07/2005, no seu Anexo II, definiu os prazos para manifestação do destinatário para toda NF-e que:

- I.** Exija o preenchimento do Grupo Detalhamento Específico de Combustíveis, nos casos de circulação de mercadoria destinada a:
 - a)** Estabelecimentos distribuidores de combustíveis, a partir de 1º de março de 2013;

- b) *Postos de combustíveis e transportadores revendedores retalhistas, a partir de 1º de julho de 2013;*
- II. Acoberte operações com álcool para fins não-combustíveis, transportado a granel, a partir de 1º de julho de 2014;
- III. Nos casos em que o destinatário for um estabelecimento distribuidor ou atacadista, que acoberte, a partir de 1º de agosto de 2015, a circulação de:
 - a) Cigarros;
 - b) Bebidas alcoólicas, inclusive cervejas e chopes;
 - c) Refrigerantes e água mineral.

As normas relativas à confirmação das operações com combustíveis, álcool não combustível transportado a granel, cigarros, bebidas alcoólicas (inclusive cervejas e chopes), refrigerantes e água mineral foram reproduzidas no RICMS do Estado da Bahia, e estão inseridas no art. 89, § 14.

Em relação às demais operações de circulação de mercadorias, o Ajuste SINIEF 07/2005, no § 2º, **da cláusula décima quinta-B**, deixou a critério de cada Unidade Federada, a possibilidade exigir a Manifestação dos Destinatários que não estejam relacionados no Anexo II do referido Ajuste.

O Estado da Bahia, em norma inserida no seu Regulamento do ICMS de 2012 – art. 89, § 17, estabeleceu regras específicas quanto ao evento “Desconhecimento da Operação”. Reproduzimos abaixo o inteiro teor do § 17:

*§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado. **Nota: O § 17 foi acrescentado ao art. 89 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 01/01/16.***

No Portal da Nota Fiscal Eletrônica (<https://www.nfe.fazenda.gov.br>), encontra-se disponível a consulta às notas fiscais emitidas contra o CNPJ das empresas. Por sua vez, a consulta da validade, existência e autorização de uma NF-e, é obrigatória por parte do destinatário da NF-e, nos termos da Cláusula Décima, Parágrafo Primeiro, do Ajuste SINIEF 07/05, com redação dada pelo Ajuste SINIEF 04/06, a seguir transcrita abaixo:

“§ 1º. O destinatário deverá verificar a validade e autenticidade da NF-e e a existência de Autorização de Uso da NF-e.”

Prevista também, a possibilidade de se fazer a manifestação diretamente no Portal da NF-e. Para isso, basta o contribuinte acessar o menu Serviços >> Manifestação do Destinatário, quando será solicitado o certificado digital da empresa para realizar este procedimento. A SEFAZ/BA por exemplo, disponibiliza este tipo de consulta em seu site, bastando para isso que o contribuinte possua a senha de internet.

Ainda no que se refere à demonstração probatória de não ocorrência ou desconhecimento da operação, o § 16, do art. 89 do RICMS/Ba, estabeleceu que:

*“O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”. **Nota: O § 16 foi acrescentado ao art. 89 pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15.***

Portanto, duas obrigações tributárias foram inseridas no ordenamento jurídico visando salvaguardar os interesses do contribuinte destinatário e da Fazenda Pública quando se apresentar

o evento “desconhecimento da operação” vinculado à emissão de Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), por fornecedores de mercadorias. Estabeleceu a legislação de regência a obrigatoriedade do registro do evento “desconhecimento da operação” no ambiente da NF-e. Caso esse registro não se faça no prazo estipulado na norma, é ainda conferida, na legislação baiana, a possibilidade de formalização de ocorrência policial pelo destinatário contra os emitentes das notas fiscais, para que seja configurado situação de fraude, a afastar a responsabilidade daquele que efetivamente não participou da operação.

A manifestação do destinatário quanto ao “desconhecimento da operação” no ambiente da NF-e, é norma cogente, integrante do sistema tributário e obrigatória para todas as operações, a partir de 01/01/2016. Na ausência desta manifestação ou ainda na falta da prova exigida no § 16, do art. 89 do RICMS/12, consolida-se a presunção de ocorrência de entrada de mercadoria no estabelecimento do destinatário.

No caso concreto, todas as notas fiscais eletrônicas que compõem o presente lançamento, se encontram autorizadas e válidas no sistema da NF-e, conforme pesquisa efetuada pela Auditoria no banco de dados da SEFAZ-Ba. O autuado, por sua vez, não se desincumbiu do seu ônus probatório: não procedeu ao registro da Manifestação de “Desconhecimento das Operações” perante o fisco no prazo legal, e também não apresentou os documentos exigidos na norma para afastar a presunção de ocorrência de entrada das mercadorias no seu estabelecimento empresarial.

Há neste caso, também, outras questões a serem consideradas. Esta Relatoria, ao verificar a listagem de fornecedores que compõem a autuação pôde constatar que as empresas emitentes das NF-e que acobertaram as mercadorias, são fornecedores habituais de contribuintes que operam no comércio atacadista e varejista de produtos farmacêuticos, envolvendo medicamentos e drogas de uso humano. O estabelecimento autuado exerce neste Estado a atividade de distribuição no atacado de medicamentos de drogas de uso humano, conforme consta do Estatuto da sociedade empresária e das informações assentadas nos registros cadastrais da Secretaria da Fazenda da Bahia (doc. fls. 08/09).

Entre os fornecedores elencados no Demonstrativo do A.I., identificamos as empresas: Bayer S/A, Bristol Myers; Johnson & Johnson, Sanfoni – Aventis, Novartis Biociências, Reckit Benckiser Brasil; Instituto Terapêutico Delta, Medley Farmacêutica, Glenmark Farmacêutica; Sandoz do Brasil, Abbott Laboratórios, Boehringer Ingelheim do Brasil, União Química Farmacêutica; EMS S/A, Galderma Brasil, Libbs Farmacêutica, Legrand Pharma, Eurofarma Laboratórios, AstraZeneca do Brasil, Laboratório Teuto Brasileiro. Em sua maioria são empresas de grande porte, com atuação no mercado de produtos farmacêuticos ao longo dos muitos anos, e em diversos países do mundo.

Não nos parece razoável, diante do rol de fornecedores acima referenciados, supor que os mesmos tenham emitido as notas fiscais eletrônicas para acobertar vendas de mercadorias que não tenham sido entregues ao destinatário, considerando que todos os documentos tiveram a sua emissão validada no ambiente da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), não constando ali qualquer evento indicativo do cancelamento ou desfazimento das operações.

Por sua vez, conforme foi anotado pela Auditoria, na fase de Informação Fiscal, a empresa autuada não procedeu aos protocolos de recusa das mercadorias, de devolução ou mesmo emitiu declaração de “desconhecimento das operações”.

Por fim, cabe registrar, que o contribuinte não trouxe aos autos os documentos referenciados à fl. 53 –verso, mencionados na inicial defensiva, contendo o elenco de notas fiscais e comprovantes de pagamentos do ICMS do período, objeto da autuação, tornando assim as afirmações defensivas carentes de comprovação quanto ao regular cumprimento de suas obrigações tributárias perante o fisco baiano.

Em razão dessa omissão defensiva, não vislumbramos aqui a necessidade de conversão do feito em diligência ou perícia fiscal, considerando que as provas documentais apresentadas pela

autoridade fiscal não foram suficientemente contraditadas pelo sujeito passivo. Há nos autos, elementos suficientes para que esta relatoria possa deliberar acerca do mérito da autuação.

Frente ao contexto acima exposto, é de se concluir que o lançamento fiscal está sustentado em prova robusta e que a defesa não comprovou as suas alegações. Mantidos, portanto, os valores lançados pela Auditoria relativos ao ICMS devido por antecipação tributária total.

O contribuinte, em razões subsidiárias, sustentou o excesso da multa lançada no Auto de Infração, no percentual de 60% do valor do imposto, que entende possuir caráter confiscatório, em violação ao texto da Constituição Federal (art. 150, inc. IV). Sustenta também a defesa, a ilegalidade de aplicação de juros moratórios sobre o valor da multa pecuniária, que no seu entender estaria a configurar dupla penalização.

Pertinente a parcela dos acréscimos moratórios, nos termos art. 51 da Lei 7.014/96, que alterou a redação do art. 102 do COTEB (Lei nº 3.956/81), os juros moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento. Não é aplicado acréscimo moratório sobre o valor da multa. Improcede, portanto, o argumento defensivo.

Relativamente à multa de 60%, que incide sobre o valor do imposto lançado no Auto de Infração, trata-se de parcela do lançamento que decorre de expressa disposição da legislação do ICMS do Estado da Bahia – Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, alínea “d”. Nos termos do art. 167, incisos I e III, do RPAF (Dec. nº 7.629/99), não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo posto no ordenamento jurídico tributário.

Ademais, os precedentes judiciais mencionados na peça impugnatória, não são vinculantes para a Administração Tributária baiana. Parte deles, se refere a decisões em que se operou o controle difuso de constitucionalidade, produzindo efeitos apenas entre as partes envolvidas na lide, a exemplo do RE 81.550. Já a ação de controle concentrado (ADI nº 551-RJ), enfrentou questão relacionada à sanção pecuniária prevista na legislação do Estado do Rio de Janeiro, e os seus efeitos estão restritos àquela legislação, não sendo também vinculante a decisão da Corte Superior para o Estado da Bahia.

Observo ainda, que as multas pecuniárias lançadas para a cobrança do ICMS no Estado da Bahia, sofrem reduções que variam de 70% a 25% dos respectivos valores, caso o contribuinte opte em pagar o tributo, conforme gradação prevista nos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96, e detalhamento apresentado no corpo do Auto de Infração, em campo específico, destinado à previsão da “redução das multas”.

Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA “*in totum*” do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281071.0036/20-4**, lavrado contra **RAIA DROGASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 216.257,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Visando o atendimento ao que foi expressamente requerido na inicial defensiva, deverá o órgão de preparo do CONSEF, intimar o contribuinte e os seus advogados constituídos nos autos acerca conteúdo da presente decisão, nos endereços indicados na peça impugnatória – fls. 52/57.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR