

A. I. Nº - 298628.0137/23-6
AUTUADO - RAIA DROGASIL S/A
AUTUANTE - DJALMIR FREIRE DE SÁ
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INERNET - 28/09/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0171-03/23-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido antes da entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, se o contribuinte está credenciado. Indeferido o pedido de perícia. Negado o pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/02/2023, refere-se à exigência de R\$ 688.038,66 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 054.005.010: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária 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 preencha os requisitos previstos na legislação, no mês de fevereiro de 2023.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 28 a 38 do PAF. Alega que o presente lançamento não pode prosperar, na medida em que o débito apontado na situação cadastral irregular do contribuinte no momento da lavratura do Auto de Infração em tela já se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por decisão liminar do Poder Judiciário.

Diz que a multa aplicada, correspondente a 60% do imposto que sequer era devido no ingresso da mercadoria, mas sim, no dia 09 do mês subsequente ao de sua entrada, dada a sua regularidade cadastral e fiscal. Diz que a multa é manifestamente confiscatória, já que visa apenas e tão somente aumentar a arrecadação tributária em detrimento do patrimônio do contribuinte.

Informa que o estabelecimento autuado é um centro de distribuição que promove o recebimento de mercadorias de outros Estados e a transferência às filiais estabelecidas neste Estado da Bahia e em outras unidades da Federação.

Registra que no momento da lavratura do Auto de Infração em tela, circunscrito à autuação nº 281071.0036/20-4, já se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por decisão liminar do Poder Judiciário.

Observa que o extrato do Processo nº 8008797-05.2023.8.05.0001, distribuído em 24/01/2023, em trâmite perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Salvador (doc. 5), no qual o Impugnante apresentou o anexo seguro-garantia (doc. 6), no valor integral do débito oriundo do Auto de Infração nº 281071.0036/20-4, a fim de discutir a sua validade, o qual foi aceito pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia (doc. 7).

Diz que o Douto Juízo prolatou a decisão (doc. 8), datada de 02/02/2023, por meio da qual suspendeu expressamente a exigibilidade do débito da referida autuação.

Ato contínuo, sobreveio a intimação processual do Estado da Bahia, ocorrida em 13/02/2023 (doc. 9).

Informa que os causídicos do Impugnante, naquele feito judicial, também intimaram o Estado da Bahia, a fim de que ficasse ciente da citada decisão judicial (doc. 10).

Afirma restar comprovado que a presente autuação foi lavrada depois da distribuição do feito judicial, do oferecimento de garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação nº 281071.0036/20-4, assim como da intimação do Estado da Bahia, jamais poderia este débito ter sido indicado como óbice à situação irregular do Autuado, culminando com a exigência da autuação em tela.

Isso porque, estando o contribuinte regular e, no caso, foi relatado acima as circunstâncias que implicam a irregularidade do Impugnante, o recolhimento do ICMS-ST deve ser feito na forma ordinária, ou seja, no dia 09 do mês subsequente ao do ingresso das mercadorias.

Entende que tal constatação é de extrema importância no caso em tela, na medida em que, tendo sido lavrada autuação no final do mês de fevereiro de 2023 e estando o contribuinte regular (doc 11), o recolhimento da exação destacada nas notas fiscais objeto da autuação foi realizado no mês de março de 2023.

Mesmo que assim não o fosse, o que admite apenas para argumentar, quando menos deveria ser aplicado, ao caso, a disposição do § 2º do art. 332 do RICMS-BA, que transcreveu.

Isso porque, como comprovado, o único débito que estava sendo apontado como óbice à sua situação regular, encontrava-se com sua exigibilidade suspensa no momento da autuação.

Afirma que restou comprovado que a presente autuação foi lavrada depois da distribuição do feito judicial, do oferecimento de garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação nº 281071.0036/20-4, assim como da intimação do Estado da Bahia. Diz que confia no provimento da defesa e o cancelamento da autuação.

Subsidiariamente, alega o caráter confiscatório da multa e impossibilidade de aplicação de juros sobre tal penalidade.

Se mantida a exigência ora combatida, o que admite apenas para argumentar, entende que estar-se-ia ferindo o princípio do não-confisco, previsto na Constituição Federal, uma vez que imputada multa de 60% sobre o valor do tributo exigido, com violação ao art. 150, Inciso IV da Constituição Federal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis com ênfase aos atos da Administração Pública.

Diz que nenhum valor é devido a título de ICMS-ST, já que sua situação cadastral estava regular, na medida em que o único débito apontado como óbice encontrava-se com sua exigibilidade suspensa no momento da lavratura da autuação.

Ressalta que o princípio da razoabilidade consiste no dever de não ser impostas pelo Estado obrigações, vedações ou sanções aos indivíduos, em contraposição à sua liberdade assegurada, em medida superior à necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins constitucionalmente estabelecidos.

Menciona ensinamentos de Hugo de Brito Machado e diz que os tribunais vêm firmando o entendimento de que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”. A título ilustrativo, cita o entendimento da Corte Suprema, manifestado por ocasião do julgamento da ADI 551/RJ.

Alega que sendo a multa uma pena pecuniária imposta ao contribuinte pelo órgão competente, em proveito da Fazenda Pública em casos de descumprimento da legislação vigente, não pode sobre ela incidir juros, que também possuem natureza punitiva, sob pena de ser o contribuinte duplamente penalizado, o que, não poderá prevalecer.

Entende que subsistir a cobrança dos juros estar-se-á caracterizando verdadeiro enriquecimento sem causa dela em detrimento do Autuado, com o que também não pode concordar.

Afirma que confia no provimento de sua defesa, com o reconhecimento da abusividade da penalidade combatida, seja por seu caráter confiscatório ou pela afronta perpetrada à razoabilidade, a qual deverá ser integralmente ou ao menos parcialmente cancelada. Quando menos, confia no afastamento da incidência de quaisquer juros moratórios sobre a multa objeto da ação em análise.

Diante do exposto, afirma que restou comprovado que o presente Auto de Infração foi lavrado depois da distribuição do feito judicial, oferecimento de garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação nº 281071.0036/20-4, assim como da intimação do Estado da Bahia, tem-se que a sua situação cadastral quando do recebimento das mercadorias objeto da autuação, encontrava-se absolutamente regular, razão pela qual confia no provimento da defesa e no cancelamento da cobrança ora combatida, visto que integralmente recolhido o tributo devido no prazo legal. Quando menos, deve ser aplicado ao caso, o disposto no § 2º do art. 332 o RICMS-BA, com o cancelamento da autuação.

Subsidiariamente, requer o cancelamento parcial do lançamento pelo reconhecimento do caráter confiscatório da multa imposta e da invalidade da aplicação de juros moratórios sobre tal penalidade.

Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente pela juntada de novos documentos, realização de prova pericial e sustentação oral e informa, para fins de intimações o endereço de seus advogados.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 124/125 dos autos. Inicialmente, esclarece que o presente Auto de Infração foi lavrado com base na consulta aos dados cadastrais do contribuinte e que, de acordo com o resultado da consulta, fl. 10, o contribuinte encontrava-se, em 28/02/2023, com a situação cadastral de “contribuinte descredenciado”, por motivo de “restrição de crédito-Dívida Ativa”.

Quanto ao valor da multa, discorda do argumento do Impugnante, ressaltando que o percentual de 60% está previsto na alínea “d” do Inciso II do art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96, que transcreveu.

Sobre a alegação de que a situação cadastral do contribuinte não deveria ser essa, naquela data, diz que não cabe ao Autuante se pronunciar por entender que cabe à gestão tributária tal análise.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, foram fornecidas ao Autuado cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo ao Defendente, a infração apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

Quanto ao pedido de realização de perícia, observo que sua necessidade não se encontra devidamente demonstrada nos autos, conforme prevê o art. 145 do RPAF-BA/99. Indefiro o pedido com base no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do mencionado Regulamento, considerando que a prova do fato não depende de conhecimento técnico especializado e os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

O Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, 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 preencha os requisitos previstos na legislação, no mês de fevereiro de 2023.

O Defendente alegou que o presente lançamento não pode prosperar, na medida em que o débito apontado na situação cadastral irregular do contribuinte no momento da lavratura do Auto de Infração em tela, já se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por decisão liminar do Poder Judiciário.

Disse que no momento da lavratura do presente Auto de Infração, a autuação nº 281071.0036/20-4, já se encontrava em discussão judicial, suspenso por decisão liminar do Poder Judiciário, e conforme extrato do Processo nº 8008797-05.2023.8.05.0001, distribuído em 24/01/2023, em trâmite perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Salvador (doc. 5), no qual o Impugnante apresentou o anexo seguro-garantia (doc. 6), no valor integral do débito oriundo do Auto de Infração nº 281071.0036/20-4, a fim de discutir a sua validade.

Conforme cópia da Decisão Judicial às fls. 111 a 114 do presente PAF, foi solicitado “o cancelamento do crédito tributário originado da autuação nº 281071.0036/20-4, mediante comprovação de que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais não foram remetidas pelos fornecedores e, conseqüentemente, jamais ingressaram no estabelecimento da autora, não tendo ocorrido o fato gerador, sendo inexigível a exação”.

A decisão foi no sentido de conceder a tutela provisória de urgência para decretação da suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em razão do oferecimento de apólice de seguro-garantia.

Observo que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente de concessão de medida liminar ou tutela antecipada (art. 151, V do CTN), tem apenas o efeito de suspender o ajuizamento de execução fiscal, mas não impede o lançamento de imposto e constituição de crédito tributário.

O presente Auto de Infração foi lavrado no Posto Fiscal, em razão da apuração de irregularidade constatada na Fiscalização do Trânsito de Mercadorias, restando patente por meio do Termo de Apreensão, que o fato apurado foi registrado corretamente no campo destinado à Descrição dos Fatos: “*falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, antes da entrada no Território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte descredenciado*”. DANFes 49249, 49250, 49251.

A ação fiscal foi desenvolvida em 28/02/2023, revelando-se que a cobrança se caracterizou no momento em que as mercadorias estavam em circulação, passagem pelo Posto Fiscal da SEFAZ/BA.

Outro aspecto formal que se deve observar é a indicação dos dados do transportador ou empresa transportadora, para materializar que o contribuinte se encontrava em trânsito, e de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”.

Durante o procedimento fiscal a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação e a autuação foi realizada utilizando o sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda.

No Auto de Infração consta o demonstrativo de débito indicando o cálculo do imposto exigido, na descrição dos fatos foi informada, de forma pormenorizada, a infração apurada e indicados os dispositivos considerados infringidos e da multa aplicada.

A autuação fiscal foi realizada em momento posterior, relativamente às mercadorias em situação irregular apreendidas, mediante emissão de termo próprio, destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato. A apreensão foi condição indispensável, no caso presente, para a lavratura do Auto de Infração, não havendo que se falar em sanção para recolhimento do tributo.

O Defendente contestou o fato de constar no Auto de Infração a situação de “descredenciado”, afirmando restar comprovado que a presente autuação foi lavrada depois da distribuição do feito judicial, do oferecimento de garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação nº 281071.0036/20-4.

Apresentou o entendimento de que, mesmo que assim não o fosse, quando menos deveria ser aplicado, ao caso, a disposição do § 2º do art. 332 do RICMS-BA, a seguir reproduzido:

RICMS-BA/2012:

Art. 332

...

§ 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.

Sobre a aplicação do mencionado dispositivo do RICMS-BA, o Autuante esclareceu que o Autuado se encontrava descredenciado, na data da ação fiscal, para efetuar o pagamento da antecipação tributária nos prazos estipulados pela legislação tributária em vigor. (Documento à fl. 10 do PAF: Contribuinte Descredenciado. Motivo: Contribuinte com restrição de crédito – Dívida Ativa).

Nesse caso, enquanto a situação do contribuinte estiver constando no Sistema SEFAZ-BA na condição de descredenciado, é correto exigir o imposto devido antes da entrada no território deste Estado, conforme previsto na legislação em vigor.

Como foi apurado valor de ICMS não recolhido na época própria, é correto exigir-se o imposto com a lavratura do Auto de Infração, e conforme estabelece o art. 39, V, “c” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Portanto, considerando que o lançamento foi efetuado por falta de pagamento tempestivo do imposto, tal fato implica exigência dos valores devidos com os acréscimos tributários e multas. O mencionado Regulamento prevê a indicação do percentual de multa cabível, no momento da lavratura de Auto de Infração.

O Autuado contestou a aplicação da multa na razão de 60% alegando que é desproporcional e com feições de confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Por fim, o defendente requer que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos do Autuado constante no rodapé da defesa.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298628.0137/23-6**, lavrado contra **RAIA DROGASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 688.038,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA