

PROCESSO	- A. I. N° 232857.0529/23-9
RECORRENTE	- RAIA DROGASIL S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF N° 0220-06/24-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 26/11/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0432-12/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Mercadorias descritas como “protetores solares”, NCM 3304.99.90, fornecidos pela empresa BOTICÁRIO PRODUTOS DE BELEZA LTDA não se encontram contempladas com o benefício da redução da base de cálculo, previsto no Decreto nº 11.872/09. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 6ª JJF N° 0220-06/24-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 232857.0529/23-9, lavrado em 14/09/2023, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 25.770,19, mais multa de 60%, em razão de uma única infração, descrita da forma a seguir.

Infração 01 - 054.001.002: Mercadorias enquadradas Regime de Substituição Tributária no RICMS/BA, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/08/2024 (fls. 48 a 53) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO”

Quanto à alegação de nulidade por desrespeito ao tempo mínimo entre a lavratura do termo de Ocorrências e a autuação, não merece acolhida, pois inexiste tempo mínimo para a lavratura do auto de infração, após lavrado o termo de ocorrências.

De fato, o que o RPAF estabelece é o tempo máximo entre o início da ação fiscal (lavratura do termo de ocorrências) e o encerramento da ação fiscal (lavratura do auto de infração/termo de encerramento, conforme artigos 28 § 1º e 31-E, Parágrafo único, abaixo reproduzidos.

“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:

*...
§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.*

*...
Art. 31-E. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.*

Parágrafo único. - Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, não for lavrado o Auto de Infração correspondente, devendo ser considerada encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.”

Sentido não há em se estabelecer um tempo mínimo, pois a legislação não exige sequer a lavratura de termo de ocorrências, que pode ser dispensada quando a infração for constatada de imediato. É o que se depreende da leitura do art. 26 do RPAF, conforme abaixo.

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

- I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*
- II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*
- III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;*
- IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal (grifo acrescido).*
- ... ”*

Ora, se é possível se iniciar a ação fiscal mediante a emissão de auto de infração, é porque inexiste necessidade absoluta de lavrar termo ocorrência, mas apenas quando for necessário empreender pesquisas de forma a melhor apurar o fato. Rejeito, por conseguinte, a arguição de nulidade suscitada. Denego o pedido de diligências por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da minha convicção.

No mérito, a conduta infratora foi descrita como “Mercadorias enquadradas Regime de Substituição Tributária no RICMS/BA, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, aduzindo cinco argumentos: a) alega que os débitos fiscais listados como impeditivos do lançamento estão garantidos por depósito judicial; b) alega ter efetuado o pagamento do imposto relativo às notas fiscais objeto da autuação; c) alega que o preposto fiscal desconsiderou a redução da base de cálculo aplicável às operações; e d) alega o caráter confiscatória da multa aplicada.

Quanto à alegação de que os débitos fiscais se encontram garantidos por depósito judicial, é importante ressaltar que tal argumento precisa ser manejado, pelo contribuinte, no processo administrativo que o descredenciou, no bojo do qual pode apresentar recurso voluntário. Caso não logre êxito em desconstituir a decisão administrativa que o afetou, deve, se quiser afastá-la, ingressar com ação judicial desconstitutiva, específica, única forma de não sofrer os efeitos da decisão citada, vez que este Conselho de Fazenda, como órgão administrativo que é, não pode avocar competências atribuídas, pela legislação, a outros órgãos de igual hierarquia.

Assim, como não há notícias de que o contribuinte tenha logrado êxito em desconstituir a decisão administrativa que o descredenciou, entendo que esse é o contexto jurídico que deve ser considerado para fins de avaliar a conduta praticada pela empresa. Rejeito, por conseguinte, tal argumento.

Nesse sentido, o extrato “Relação de Contribuintes Descredenciados”, acostado pela autoridade fiscal (folha 44), comprova que o Sujeito Passivo se encontrava, desde agosto/23, na situação de descredenciado, situação que somente foi regularizada em 19/09/2023, o que apenas corrobora a autuação.

Quanto à alegação de ter efetuado o pagamento, peca, o Sujeito Passivo, por deixar de apresentar provas que pudesse evidenciar a ocorrência do fato extintivo alegado. Não tendo provado, entendo que sucumbiu às provas do processo.

Quanto à alegação de que o preposto fiscal desconsiderou a redução da base de cálculo, o exame do documento fiscal objeto da apreensão (cópia acostada à folha 07) revela que se trata de operações de aquisição de protetores solares, NCM 3304.99.90, fornecidos pela empresa BOTICÁRIO PRODUTOS DE BELEZA LTDA.

Embora alegue que tais mercadorias se encontram contempladas com o benefício fiscal previsto no Decreto 11/872/09, a leitura do ato normativo citado revela que tais códigos NCMs sequer se encontram contemplados com o benefício fiscal de redução da base de cálculo, conforme art. 1º, abaixo reproduzido.

“DECRETO N° 11.872 DE 04 DE DEZEMBRO DE 2009

Dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado.

...

Art. 1º Fica instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante credenciamento, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário a seguir relacionados, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos deste Decreto:

- I - vacinas e soros para medicina humana - NCM 3002;*
- II - medicamentos - NBM 3003 e 3004;*
- III - preservativos - NBM 4014.10.00;*
- IV - seringas - NBM 9018.31;*
- V - agulhas para seringas - NBM 9018.32.1;*
- VI - provitaminas e vitaminas - NBM 2936;*
- VII - contraceptivos (dispositivos intra-uterinos - DIU) - NCM 3926.90 ou 9018.90.99;*

VIII - revogado:

Nota: O inciso VIII do caput do art. 1º foi revogado pelo Decreto nº 20.136, de 07/12/20, DOE de 08/12/2020, efeitos a partir de 08/12/2020.

Redação originária, efeitos até 07/12/2020:

“VIII - preparação para higiene bucal e dentária - NBM 3306.90.00;”.

IX - preparações químicas contraceptivas à base de hormônios ou de espermicidas - NBM 3006.60;

X - luvas cirúrgicas e luvas de procedimento - NCM 4015.11.00 e 4015.19.00;

XI - preparações opacificantes (contrastantes) para exames radiográficos e reagentes de diagnóstico concebidos para serem administrados ao paciente - NCM 3006.30.

... ”

Assim, como se trata de produtos farmacêuticos sem previsão de redução da base de cálculo, é forçoso concluir que a presente exigência fiscal não merece reparo.

Quanto à alegação de exigência de juros sobre multa, o demonstrativo de débito acostado à folha 03, revela que a afirmação empresarial não tem base nos fatos, vez que nada relativo a juros foi lançado no presente processo, carecendo de lastro a alegação defensiva, neste ponto.

Quanto ao caráter confiscatório da multa, trata-se de matéria disciplinada pela Lei 7.014/96, não sendo possível, a este Conselho de Fazenda, negar aplicação à legislação posta, conforme art. 167 do RPAF/99, abaixo reproduzido.

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

...

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

Assim, entendo que não tem pertinência a alegação da empresa.

Diante do exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 63 a 69, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Inicialmente o recorrente faz uma breve retrospectiva dos fatos ocorridos até a apresentação do recurso voluntário.

Na sequência diz não concordar com o julgamento em primeira instância, afirmando que a planilha por ela elaborada e anexada ao processo comprova que a apuração por ela realizada levou em consideração o imposto devido nas notas fiscais objeto da autuação, de forma que, quando menos, deveria ser cancelada a exigência do principal.

Ratifica que nenhum tributo é devido, na medida em que a Recorrente realizou a apuração e recolheu o tributo relativo à circulação das mercadorias envolvidas nos DANFEs autuados, na forma da planilha discriminativa que alega estar anexada à impugnação (doc. 2), com a indicação das chaves de acesso das notas fiscais, além das respectivas guias de recolhimento e comprovantes bancários da transação financeira (doc. 3).

Assinala que por meio desta planilha, poderão ser observadas todas as mercadorias objetos de circulação no período 09/2023, dentre as quais se inserem os DANFEs objetos da autuação, planilha nas quais apontados todos os fatores que compuseram a apuração do imposto devido, conforme colunas de “A” a “CW”.

Pontua que neste cenário, jamais poderá prevalecer a exigência da exação principal nos autos deste PAF, sob pena de bis in idem.

Menciona que, quando muito, poderia o Estado exigir apenas eventuais acréscimos moratórios entre a data em que entende que deveria ter sido realizado o pagamento e aquela na qual efetivado, mas jamais poderia ele desconsiderar a apuração e recolhimento comprovados pelo contribuinte.

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

Expõe que, se mantida as exigências ora combatidas, o que se admite apenas para argumentar, estar-se-ia ferindo o princípio do “não-confisco”, previsto na Constituição Federal, na medida em que a multa é aplicada em patamar de 60% sobre o valor do tributo exigido.

Neste sentido, considera que há evidente violação do artigo 150, inciso IV da Constituição Federal, e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis com ênfase aos atos da Administração Pública.

Visando amparar sua alegação traz à colação excertos do voto do e. Ministro Celso de Mello nos autos do RE 754.554/GO.

Aduz que independente da qualidade do objeto (tributo, multa tributária ou obrigação acessória), o princípio do não-confisco irá incidir porque atinente ao campo do sistema tributário como um todo.

Consigna que a multa aplicada em valor maior que o do próprio principal tem efeito nitidamente confiscatório, afrontando diretamente os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Por fim, requer:

- i) o provimento deste recurso, mediante a reforma do v. acórdão recorrido e o cancelamento do PAF 232857.0529/23-9, na medida em que comprovado o recolhimento do tributo nele exigido,
- ii) subsidiariamente, o reconhecimento da abusividade da multa de 60%, seja por seu caráter confiscatório ou pela afronta perpetrada à razoabilidade, a qual deverá ser integral ou ao menos parcialmente cancelada.

Termos em que, pede deferimento.

É o relatório.

VOTO

O Recurso Voluntário, ora analisado, é decorrente da decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal - Acórdão nº 0220-06/24-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/09/2023, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF/99, que exige ICMS no valor histórico de R\$ 25.770,19, mais multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária, procedentes de outros Estados, por contribuinte descredenciado.

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitar-las de ofício, aprecio diretamente o mérito.

Em seu recurso, a recorrente insiste que efetuou o recolhimento do imposto exigido, quando realizou a apuração do tributo do período de 09/2023, afirmando que o referido recolhimento também engloba as mercadorias envolvidas no DANFE autuado.

Entretanto, ao analisarmos as planilhas e documentos juntados pelo recorrente, constantes do pen drive anexado à fl. 76, verificamos que o DAE apresentado, para o período em questão, não menciona o DANFE nº 25906, objeto da ação fiscal. O referido DAE, com código de receita 1145 – antecipação tributária, relaciona apenas os documentos nºs: 77, 154, 179, 227, 270, 336, 877, 1068, 1087, 1117, 1124, 1130, 1183, 1196 e 1236.

Destarte, não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de que o imposto questionado foi recolhido e que isto está comprovado nos autos.

Ressalto, ainda, que anteriormente ao julgamento, o recorrente apresentou Memorial, apontando a falta de redução da base de cálculo, objeto do Decreto nº 11.872/09, no cálculo do imposto devido. O mencionado Decreto dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos

localizado neste Estado. Todavia, as mercadorias apreendidas se referem a protetores solar – NCM 33049990, que não estão elencados no rol dos produtos que gozam do benefício da redução pleiteada.

Por fim, no que diz respeito ao questionamento em relação à multa aplicada, também não há como prosperar a pretensão recursal, pois a mesma possui previsão na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-la por eventual constitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme dispõe o art. 167, I e III do RPAF/BA.

Vale, também, registrar que as multas previstas nos incisos I, II, III e VII e na alínea “a”, do inciso V, do *caput* do art. 42 da Lei nº 7.014/96, possuem previsão de redução automática, em percentuais que variam entre 25% a 90%, conforme arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232857.0529/23-9, lavrado contra RAIA DROGASIL S.A., devendo ser intimado o recorrente a efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 25.770,19, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2024.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS