

N. F. Nº - 092579.0132/23-3
NOTIFICADO - RAIA DROGASIL S/A
NOTIFICANTE - JOÃO VITOR PROFETA ALVES
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/03/2024

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0033-03/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias, farmácias e drogarias estão sujeitas ao recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária. Contribuinte descredenciado por restrição de crédito-Dívida Ativa. Pedido de Perícia indeferido. Negados pedidos de redução de multa e inaplicabilidade de juros de mora. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente relatório atende ao disposto no Decreto 7.629/99 (RPAF-BA/99), art. 164, inciso II, especialmente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos das peças processuais.

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 31/08/2023, na IFMT Metro, com contribuinte cientificado em 10/10/2023 (via DT-e), em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 5.643,76, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 3.386,26, no total de R\$ 9.030,02, em decorrência da constatação da seguinte infração:

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 preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

Consta como complemento da descrição da infração, que o contribuinte “*deixou de efetuar o recolhimento do ICMS substituto por antecipação, na condição de farmácia, drogaria ou casa de produto natural; referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação*” art. 8º, § 4º, inciso I, “a” e art. 23, § 6º da Lei 7.014/96 c/c art. 294 do RICMS/BA”.

Enquadramento Legal – Art. 332, III, “a” e “d” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 c/c Art. 8º, § 3º e § 4º, inciso I; Art. 23, § 6º; Art. 32 e Art. 40 da Lei nº 7.014/96. Tipificação da Multa - Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos “*Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária, a qual as farmácias estão sujeitas, conforme art. 294 RICMS/BA e ANEXO I RICMS/BA, em aquisição interestadual de mercadorias constantes dos DANFEs nº 13782, 13746 e 1188, por contribuinte em situação de descredenciamento por crédito tributário inscrito em Dívida Ativa do Estado da Bahia, conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 0998831284/23-2, anexo ao processo*”.

Foram juntados aos autos, dentre outros documentos, demonstrativo de débito, memória de cálculo, relação de contribuintes descredenciados, DANFEs das notas fiscais eletrônicas nº 13782, 13746 e 1188, consulta da situação cadastral do contribuinte, intimação via sistema DT-e, consulta do Processo Administrativo Fiscal (PAF) no sistema SIGAT, DACTES e DAMDFE.

Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 0998831284/23-2, no Posto Fiscal Honorato Viana, em 30/08/2023, referente as mercadorias constantes nos DANFEs das notas fiscais eletrônicas nº 13782, 13746 e 1188.

O notificado ingressou com defesa administrativa (fls. 21/30), através de representante legal, na qual se qualificou, passando a discorrer sobre as razões da sua irresignação sobre a lavratura da presente Notificação Fiscal.

Inicialmente, apresentou as seguintes alegações no tópico que denominou “**Dos Fatos**”:

O impugnante teve lavrado contra si o “auto de infração” em referência, por meio do qual foi exigido o recolhimento do ICMS-ST, decorrente do recebimento de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, supostamente sem o pagamento antecipado do tributo devido a esta unidade federativa. Segundo a autuação, o imposto seria devido antecipadamente porque o contribuinte, circunscrito a centro de distribuição do impugnante neste Estado, estaria “inapto” em decorrência da situação supostamente irregular no cadastro de contribuintes deste Estado.

Defendeu que o lançamento não pode prosperar, pois o imposto devido na operação foi integralmente recolhido aos cofres públicos e na modalidade antecipada, tendo o agente fiscal, na apuração realizada, desconsiderado a redução prevista pelo Decreto Estadual nº 11.872/2009.

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

Em seguida deu início a novo tópico, que denominou de “**Mérito**”, o qual iniciou reiterando as razões da lavratura da notificação fiscal elencadas no tópico acima, passando a **argumentar**:

O estabelecimento impugnante possui um Centro de Distribuição, no qual promove o recebimento de mercadorias de outros Estados e a transferência às filiais estabelecidas neste Estado da Bahia e outras unidades da Federação. Na consecução de suas atividades teve lavrado contra si o “auto de infração” em referência, por meio do qual foi exigido o recolhimento do ICMS-ST, pelos motivos já expostos no tópico anterior.

Segundo a autuação, o imposto seria devido antecipadamente porque o contribuinte, circunscrito a centro de distribuição do impugnante neste Estado, estaria “inapto” em decorrência de situação supostamente irregular no cadastro de contribuintes deste Estado.

Reafirmou que nenhum tributo é devido, pois o impugnante realizou o pagamento integral do imposto relativo às notas fiscais consignadas na autuação, não deixando de recolher tributo algum aos cofres públicos. Além disso, o agente fiscal deixou de considerar o benefício previsto de que trata o Termo de Acordo entabulado com o contribuinte, prescrito no artigo 1º, §§ 1º e 2º do Decreto Estadual nº 11.872/2009, que transcreve.

Os débitos listados como impeditivo e que serviram de base para o descredenciamento da impugnante estão garantidos e em discussão judicial nos processos que enumera, os quais tramitam no sistema PJe do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA), podendo ser consultados pela rede mundial de computadores.

Deve ser consignado, que o agente autuante não respeitou o prazo mínimo legalmente previsto para conversão do Termo de Ocorrência Fiscal (TOF) em autuação formal, a fim de implementar a exigência descrita no Termo, o que reforça a invalidade de tais débitos constarem como impeditivo e, consequentemente, tornarem o impugnante descredenciado do seu regime especial de recolhimento do ICMS, uma vez que transcorridos 90 (noventa) dias da lavratura da autuação e da ciência no sistema DT-e da impugnante, em desatendimento ao comando legal do art. 28, § 1º do Decreto Estadual nº 7.929/1999 (RPAF-BA/99).

A cobrança, na forma como realizada, incluindo o valor principal já pago e desconsiderando a redução prevista no Decreto Estadual nº 11.872/2009 inquia o título de nulidade, devendo ser cancelada a autuação em vista do pagamento nela exigido.

Prosseguiu seus argumentos, em novo tópico que denominou de “**Subsidiariamente: caráter confiscatório da multa e impossibilidade de aplicação de juros sobre tal penalidade**”, tecendo as seguintes **ponderações** sobre o tema:

Se mantida a exigência ora combatida, o que se admite apenas a título de argumento, estar-se-ia ferindo o princípio do Não Confisco, previsto na Constituição Federal, uma vez que, imputar multa de 60% ao valor do tributo exigido, se estaria violando o art. 150, IV do texto constitucional, assim como os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, aplicáveis com ênfase aos atos da Administração Pública.

As referidas violações se agravam para o caso em tela, no qual restou comprovado não ser devido qualquer valor a título de ICMS-ST, o qual estaria integralmente recolhido, por antecipação, no período objeto da autuação.

Em seguida, discorreu sobre os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, citando a doutrina de Hugo de Brito Machado e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Chamou atenção, que sendo a multa uma pena pecuniária imposta ao contribuinte pelo órgão competente em situações de descumprimento de legislação, não pode sobre ela incidir juros, os quais possuem também natureza punitiva, sob pena de o contribuinte ser duplamente penalizado. A subsistência da cobrança de juros caracterizaria enriquecimento sem causa em detrimento do impugnante.

Concluiu o tópico, afirmando que o impugnante confia no provimento da sua defesa, com reconhecimento da abusividade da penalidade ora combatida, seja pelo caráter confiscatório, seja pela afronta perpetrada a razoabilidade, a qual deverá ser integral ou ao menos parcialmente cancelada. Confia, também, no afastamento da incidência de quaisquer juros moratórios sobre a multa aplicada ao débito objeto da ação fiscal.

No tópico final que denominou “**Dos Pedidos**”, requereu:

O provimento da Impugnação, com o cancelamento da autuação, dada a comprovação do pagamento do tributo exigido; ou, quando menos, o cancelamento do débito principal, dado seu recolhimento; ou, pela desconsideração, do agente fiscal, quanto a redução da base de cálculo do imposto de que trata o Decreto Estadual nº 11.872/2009.

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

Concluiu pugnando pela produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente a juntada de novos documentos, assim como a realização de prova pericial e sustentação oral do seu direito; envio das intimações para os advogados do contribuinte, no endereço indicado.

Apresentou documentos comprobatórios da representação legal, porém não juntou ao processo provas das alegações defensivas.

O notificante apresentou informação fiscal (fls. 52/53), resumindo inicialmente as alegações da defesa, passando a apresentar a análise da fiscalização, na qual **considerou**:

A alegação de inaptidão do seu cadastro, pela autuada, não procede, haja vista, conforme destacou na autuação, a situação era de descredenciamento para recolhimento posterior no momento da ação fiscal. Situação evidenciada na consulta ao sistema SCOMT (fl.4).

A alegação de que nenhum tributo é devido foi realizada de maneira trivial pelo contribuinte,

destacando que a Lei Estadual nº 7.014/96, a qual institui o ICMS, dita as penalidades aplicáveis e os conseguintes percentuais.

A argumentação de que não foi concedida a redução do Benefício fiscal previsto pelo Decreto Estadual nº 11.872/2009 é improcedente, tendo em vista que a redução foi concedida às mercadorias beneficiadas, como demonstrado na memória de cálculo (fl. 3).

Quanto a argumentação de que os processos, que originaram a inscrição em dívida ativa, estariam com a exigibilidade suspensa, pontuou que não possui ingerência sobre tais afirmações, haja vista que realiza consulta com base em dados fornecidos pela Sefaz-BA, os quais gozam de fé pública e presunção de veracidade.

Sobre a argumentação de que o prazo previsto na legislação tributária foi extrapolado, considerou improcedente, uma vez que a autuação foi realizada no período legal de 90 (noventa) dias, prorrogáveis.

Sobre a argumentação de que a multa aplicada é inconstitucional, possuindo efeito confiscatório, destacou que o art. 167, I do RPAF-BA/99 cita que não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade. Ademais, existe, dentre os prazos legais, a possibilidade de redução da multa conforme a data de pagamento, como explicitado no demonstrativo de débito (fl. 2).

Sobre a alegação do pagamento do ICMS, o contribuinte não demonstrou, em nenhum momento, a prova da sua realização, apenas citando, no item 28, que existe a referida comprovação, a qual não foi demonstrada em sua defesa.

Concluiu a informação fiscal recomendando o envio do processo ao Conseg para adoção das providências de praxe.

O notificado, através de representante legal, apresentou memoriais ao processo, no qual reiterou as alegações realizadas na peça impugnatória, fazendo referência a planilhas discriminativas, guias de recolhimento e comprovantes bancários relativos ao imposto pago. Entretanto, não apresentou as referidas provas.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre registrar que a defesa foi exercida dentro do prazo regulamentar. O lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente atendem as formalidades legais e não se inserem em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O notificado compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o direito de ampla defesa, abordando os aspectos da imputação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos, que ao seu entender, sustentam suas teses defensivas, tendo exercido, sem qualquer restrição, o contraditório no presente processo administrativo fiscal.

O notificado realizou os seguintes pedidos acessórios: **(i)** recebimento das comunicações relativas ao processo em endereço que indicou; **(ii)** produção de prova pericial; **(iii)** juntada de novos documentos ao processo; **(iv)** realização de sustentação oral.

Embora não exista óbice ao recebimento das comunicações relativas ao processo em endereço indicado, eventual inobservância não enseja motivo para alegação de nulidade. O notificado e seus representantes devem observar os comandos normativos específicos para contribuintes credenciados ao serviço Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), como também o disposto nos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/99.

Quanto a solicitação de produção de prova pericial, a sua necessidade não foi claramente demonstrada nos autos, como prevê o art. 145 do RPAF-BA/99. Nesse sentido, indefiro o pedido

com fundamento no art. 147, II, “a” e “b” do mesmo Regulamento, considerando que as provas do fato não dependem de conhecimento técnico especializado e os elementos trazidos aos autos são suficientes para formação do convencimento dos julgadores.

Em relação aos requerimentos para juntada de novos documentos ao processo e realização de sustentação oral, informo que estes atos estão devidamente amparados pelo diploma que regula o Processo Administrativo Fiscal, o RPAF-BA/99, especificamente em seus artigos 123, § 6º e 163, respectivamente.

Antes de adentrar no mérito da Notificação Fiscal, cumpre registrar que este órgão julgador não tem competência para apreciar solicitação de reconhecimento de caráter confiscatório de multa, assim como de invalidade de juros de mora aplicados. Não nos cabe realizar juízo de valor sobre a constitucionalidade de normas legais, nem afastar a sua aplicabilidade, devendo atuar em estrita obediência ao disposto pelo artigo 167 do RPAF/BA/99, que veda, de forma expressa, a apreciação dessas matérias.

Isso posto, passemos a apreciação das questões de mérito da presente Notificação Fiscal.

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada durante ação ocorrida no trânsito de mercadorias, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, constantes dos DANFEs das notas fiscais eletrônicas de nº 13782, 13746 e 1188, por contribuinte em situação de “descredenciado” por restrição de crédito-Dívida Ativa (fl. 10), situação que lhe restringe o direito de recolher o imposto no mês subsequente ao da ocorrência da operação.

A base legal da infração são os artigos 294 e 332, III, “a” e “d” do RICMS/BA c/c art. 8º, § 3º e § 4º, I; art. 23, § 6º; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96.

O notificado alegou as seguintes questões de mérito: **(i)** afirmou que nenhum tributo é devido, pois realizou o pagamento integral do imposto relativo às notas fiscais apontadas na autuação; **(ii)** protestou que o agente fiscal, ao realizar a apuração do débito, não considerou o benefício previsto pelo artigo 1º, §§ 1º e 2º do Decreto Estadual nº 11.872/2009; **(iii)** argumentou que os débitos listados como impeditivo e que serviram de base para o descredenciamento da impugnante estão garantidos e em discussão judicial em processos que tramitam no TJ-BA; **(iv)** protestou que o agente fiscal não respeitou o prazo mínimo de 90 (noventa) dias, previsto pelo art. 28, § 1º do RPAF-BA/99, para conversão do Termo de Ocorrência Fiscal em autuação formal; **(v)** chamou atenção que a forma de cobrança do débito, incluindo o valor principal já pago e desconsiderando a redução prevista pelo Decreto Estadual nº 11.872/2009, inquia o título de nulidade, devendo a autuação ser cancelada.

O notificante apresentou informação fiscal (fls. 52/53), na qual analisou os argumentos apresentados pela defesa, reiterando todas as informações prestadas nos documentos fiscais constantes no presente processo às fls. 01 a 19.

Em que pese o notificado ter afirmado, em diversos trechos da peça impugnatória, ter realizado o pagamento do ICMS, referente as mercadorias constantes nos DANFEs das notas fiscais eletrônicas de nº 13782, 13746 e 1188, de forma antecipada, o mesmo não apresentou prova nos autos do referido pagamento, impossibilitando a constatação das informações prestadas.

Quanto ao argumento de não consideração do benefício, previsto pelo artigo 1º, §§ 1º e 2º do Decreto Estadual nº 11.872/2009, para o cálculo do ICMS devido na operação, foi constatado que não procede, tendo em vista que a redução foi concedida às mercadorias beneficiadas, como demonstrado na memória de cálculo anexada à folha 3 do processo.

Em relação ao fato do contribuinte estar com os débitos tributários garantidos e em discussão na esfera judicial, a discussão judicial desses débitos não impede o lançamento do imposto, nem a constituição e cobrança de novos créditos tributários por agente fiscal em exercício de atividade administrativa plenamente vinculada.

No que se refere a violação ao disposto pelo art. 28, § 1º do RPAF-BA/99, consta nos controles da Sefaz-BA que a Notificação Fiscal foi lavrada em 31/08/2023, dentro do prazo de 90 (noventa dias) da ação fiscal ocorrida em 30/08/2023, como previsto pelo citado regulamento, o qual prevê também a prorrogação do prazo, quando necessário. Dessa forma, a ação fiscal atendeu ao prazo mínimo legalmente previsto para conversão do Termo de Ocorrência Fiscal (TOF) em autuação formal, tendo o notificado tomado ciência, de forma tempestiva, em 10/10/2023.

Para concluir, é fundamental registrar que a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias se caracteriza, dentre outras particularidades, pela **instantaneidade**. Em vista disso, em que pese as alegações apresentadas, restou comprovado, que no momento da referida ação fiscal, o contribuinte se encontrava na situação de “descredenciado” com restrição de crédito por inscrição em dívida ativa (fl. 10), o que lhe obrigava a realizar o pagamento do ICMS, devido a título de antecipação tributária, antes da entrada da mercadoria no território deste Estado.

Ademais, na busca da verdade material, nova consulta foi realizada nas bases de dados da Sefaz-BA, cujo resultado ratifica que o notificado esteve na situação de “descredenciado” no período de 11/08/2023 a 19/09/2023, o que lhe obrigava a referida modalidade de recolhimento do imposto.

Isso posto, voto pela **PROCEDÊNCIA** da notificação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº 092579.0132/23-3, lavrada contra **RAIA DROGASIL S/A**, devendo o contribuinte ser intimado, a recolher o imposto no valor de **R\$ 5.643,76**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR