

N. F. Nº - 297745.0140/23-3
NOTIFICADO - RAIA DROGASIL S/A.
NOTIFICANTE - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/05/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0083-02/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. Tipificação, descrição dos fatos e enquadramento legal desconformes. Produtos sujeitos a Antecipação Tributária Total enquadrados no Regime de Antecipação Tributária Parcial. Cerceamento do direito de defesa e insegurança quanto a base de cálculo do tributo lançado. Súmula 01 do CONSEF aplicada. Instância Única. Notificação Fiscal NULA. 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 14/02/2023, no Posto Fiscal Honorato Viana, com contribuinte cientificado em 08/02/2023 (via serviço DT-e), em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 5.485,25, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 3.291,15, no total de R\$ 8.776,40, em decorrência da constatação da seguinte infração:

Infração – 01: 054.005.008 - Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal – Art. 332, III, “b” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 c/c Art. 12-A; Art. 23, inciso III; 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 Parcial por contribuinte DESCREDENCIADO*”.

Foram juntados aos autos, dentre outros documentos, demonstrativo de débito, memória de cálculo, consulta cadastral do contribuinte, histórico de pagamentos realizados, intimação via serviço DT-e, consulta da situação do PAF no SIGAT, DACTE e DANFES das NF-e nº 68346 e 22690.

Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 1522701009/23-1, em 14/02/2023, no Posto Fiscal Honorato Viana, referente as mercadorias constantes nos DANFES das NF-e nº 68346 e 22690.

A notificada ingressou com defesa administrativa (fls. 23/32), através de representante legal, na qual se qualificou, passando a discorrer sobre as razões da sua irrisignação 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 débito apontado na situação cadastral irregular do contribuinte no momento da lavratura da autuação se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por decisão liminar do Poder Judiciário.

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, 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 único débito apontado na suposta situação cadastral irregular do contribuinte no momento da lavratura da autuação, referente a autuação de nº 281071.0036/20-4, se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por decisão liminar do Poder Judiciário.

Observou a existência do processo judicial de nº 8008797-05.2023.8.05.0001, distribuído em 24/01/2023 na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, no qual foi apresentado seguro-garantia, no valor integral do débito oriundo do Auto de Infração nº 281071.0036/20-4, a fim de discutir a sua validade, sendo a referida garantia aceita pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia.

Em 02/02/2023 foi prolatada decisão suspendendo a exigibilidade do débito da referida autuação, cujo teor reproduziu. Em seguida, informou que o Estado foi intimado da decisão judicial em 13/02/2023, tendo sido intimado também pelos representantes do contribuinte, conforme Aviso de Recebimento, anexo ao processo (fls. 112/113).

Nesse cenário, estaria comprovado que a presente autuação foi lavrada após a distribuição do feito judicial, do oferecimento de garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da citada autuação, assim como da intimação do Estado da Bahia, não podendo este débito ter sido indicado como óbice à situação regular da Impugnante, culminando com a exigência da autuação em tela. Haja vista, estando o contribuinte em situação regular, o recolhimento do ICMS-ST deve ser feito de forma ordinária, ou seja, no dia 09 do mês subsequente ao do ingresso das mercadorias.

Por fim, mesmo que assim não fosse, ao menos deveria ter sido aplicado ao caso o disposto pelo art. 332, § 2º do RICMS/BA, que transcreveu, uma vez que, o único débito apontado como óbice a situação regular se encontrava com a exigibilidade suspensa no momento da autuação.

Concluiu o tópico afirmando que confia no provimento da Defesa com o cancelamento da autuação, pelos motivos expostos.

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, admitida 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, já que a situação cadastral do contribuinte estava regular, na medida em que o único débito apontado como óbice encontrava-se com sua exigibilidade suspensa no momento da lavratura da autuação.

Em seguida, discorreu sobre os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, citando a doutrina de Hugo de Brito Machado e farta jurisprudência sobre o tema.

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 Defesa e cancelamento da presente cobrança, visto que o tributo foi integralmente recolhido no prazo legal; ou, quando menos, a aplicação do disposto pelo art. 332, § 2º, do RICMS/BA, com o cancelamento da autuação.

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 e cópia dos documentos relativos ao processo judicial de nº 8008797-05.2023.8.05.0001 citados na peça defensiva.

O notificante apresentou informação fiscal (fls. 120/121), transcrevendo os artigos 3º e 4º do RPAF-BA/99, grifando os dispositivos relativos a ilegitimidade da representação do contribuinte.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada durante ação ocorrida no trânsito de mercadorias, decorrente da constatação da falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias constantes dos DANFES das NF-e nºs 68346 e 22690, destinadas a contribuinte que se encontrava na situação de “descredenciado” por restrição de crédito inscrito em Dívida Ativa, situação que lhe restringe o direito a realização do pagamento do imposto em momento posterior.

A base legal utilizada para lavratura da Notificação Fiscal foram os artigos 332, III, “b” do

RICMS/BA c/c art. 12-A; art. 23, inciso III; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7014/96.

Analisando a situação posta, em que pese as alegações apresentadas na peça defensiva, consta nos controles da Sefaz-BA que o contribuinte se encontrava na situação de “descredenciado” no período de 07/02/2023 a 28/02/2023, durante o qual ocorreu a presente ação fiscal, precisamente em 14/02/2023. Tal fato, efetivamente, obrigava o contribuinte ao pagamento antecipado do ICMS devido na operação antes da entrada no Estado da Bahia.

No entanto, outros elementos do presente lançamento requerem maior aprofundamento e atenção.

A presente lavratura possui as seguintes características:

(i) na qualidade de farmácia/drogaria/centro de distribuição, o contribuinte está submetido ao regime jurídico da Substituição Tributária, uma vez que distribui e comercializa mercadorias (medicamentos e afins) constantes do Anexo I da Lei 7014/96, se enquadrando, portanto, no disposto pelo artigo 8º, inciso II, § 4º, inciso I da mesma lei, os quais transcrevo (grifos dessa relatora):

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das **mercadorias constantes no Anexo I desta lei**, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;*

(...)

*§ 4º Será devido o imposto por **antecipação tributária**, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:*

*I - na **entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado** ou no desembaraço aduaneiro, tratando-se de:*

*a) **mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;***

b) demais mercadorias destinadas a contribuinte não inscrito ou desabilitado no cadastro ou sem destinatário certo.

(ii) como informado na peça de defesa (fl. 23), o contribuinte possui um Centro de Distribuição no Estado da Bahia, a partir do qual realiza transferência de mercadorias para as filiais estabelecidas neste Estado e em outras unidades da Federação, situação que lhe enquadra também ao previsto no art. 8º, § 9º da Lei 7.014/96, assim como no art. 294 do RICMS/BA, transcritos abaixo.

Lei 7.014/96

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

*§ 9º O regulamento poderá exigir o recolhimento do ICMS por antecipação tributária nas aquisições efetuadas por contribuinte que exerça **determinada atividade econômica, ainda que as mercadorias não estejam enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária.***

RICMS/BA

*Art. 294. As **farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, bem como suas centrais de distribuição, farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária**, devendo, em relação a essas mercadorias, utilizar as seguintes margens de valor agregado nas aquisições internas, devendo ser ajustada nos termos do § 14 do art. 289 nos casos de aquisições interestaduais: (...).*

Como visto, na qualidade de farmácia, drogaria e/ou centro de distribuição, o contribuinte está sujeito ao regime da Substituição Tributária, independentemente de o produto comercializado constar ou não do Anexo I da Lei 7014/96.

Em vista disso, em que pese a constatação do cometimento da infração, durante ação fiscal

ocorrida no trânsito de mercadorias, a qual é caracterizada pela instantaneidade, o enquadramento na capitulação legal de *“falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial”* diverge da questão fática, uma vez que não estamos tratando da falta de recolhimento de imposto devido a título de antecipação tributária parcial, mas sim, de antecipação tributária total, como demonstrado.

Desse modo, constato que a presente lavratura não pode prosperar, posto que não se identificam de forma clara e segura a infração cometida e o montante devido a título de antecipação do imposto, situação que se amolda ao disposto pelo art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF-BA/99, e afronta os Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Segurança Jurídica.

Ademais, este Conselho possui entendimento pacificado quanto a situações semelhantes, quanto ao fato de ser nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo, nos termos da SÚMULA CONSEF Nº 01: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO, CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO:

“É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.

Isso posto, considero NULA de ofício a Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 297745.0140/23-3, lavrada contra **RAIA DROGASIL S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - RELATORA

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR