

A.I. Nº - 297745.0107/23-6
AUTUADO - RAIA DROGASIL S/A
AUTUANTE - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29/05/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº. 0097-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Os elementos constantes dos autos indicam que a exigência do imposto em desacordo com a legislação vigente. Contribuinte submetido ao regime de Antecipação tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciada foi lavrado em 14 de fevereiro de 2023 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 26.499,63, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

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

A autuada, por seus advogados, devidamente constituídos nos termos do instrumento de fl. 35, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 17 a 34 onde argumenta não poder prosperar o lançamento, na medida em que o débito apontado na situação irregular do contribuinte no momento da lavratura da autuação em tela, já se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por medida liminar do Poder Judiciário.

Se insurge, igualmente, contra o percentual de multa sugerido (60%), considerada como confiscatória, já visar apenas e tão somente aumentar a arrecadação tributária em detrimento do seu patrimônio. Fala que o estabelecimento autuado se constitui em Centro de Distribuição que promove o recebimento de mercadorias de outros estados e a transferência às filiais estabelecidas na Bahia e em outras unidades da Federação.

Diante da acusação formulada de que estaria o estabelecimento inapto em decorrência de situação irregular no cadastro de contribuintes, assegura que o único débito apontado na situação cadastral no momento da lavratura do Auto de Infração em tela, estava circunscrito à autuação 281071.0036/20-4, cujo crédito já se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por decisão liminar do Poder Judiciário.

Observa o extrato do Processo 8008797-05.2023.8.05.0001, distribuído em 24/01/2023, em trâmite perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (Doc. 5), no qual apresentou seguro-garantia, no valor integral do débito oriundo do Auto de Infração 281071.0036/20-4, a fim de discutir a sua validade, o qual foi aceito pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia – PGE (Doc. 7). Menciona que conclusos, o juízo prolatou decisão em 02/02/2023 (Doc. 8), suspendendo expressamente a exigibilidade do débito objeto da referida autuação, conforme reproduz trecho, e ato contínuo, sobreveio intimação processual do Estado da Bahia, em 13/02/2023 (Doc. 9).

Uma vez comprovada que o Auto de Infração foi lavrado após a distribuição do feito judicial, do oferecimento da garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação mencionada, assim como da intimação do Estado da Bahia, entende jamais poderia este débito ter sido indicado como óbice à regular situação da empresa, culminando com a exigência em tela. Estando regular, consoante relato, e a empresa 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, arremata.

Argui ser tal constatação de extrema importância no caso em tela, na medida em que, tendo sido lavrado o Auto de Infração no dia 14 de fevereiro de 2023, estando o contribuinte regular, o recolhimento da exação destacada nas Notas Fiscais objeto da imputação foi realizado no mês de março de 2023. Consigna dever ser aplicada a disposição do artigo 332, § 2º, do RICMS/BA, copiado, pois, como comprovado, o único débito que estava sendo apontado como óbice à sua regular situação, se encontrava com exigibilidade suspensa no momento da Notificação.

Diante do exposto, comprovado que o lançamento ocorreu após a distribuição do feito judicial, do oferecimento de garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação indicada, assim como as intimações do Estado da Bahia, confia no provimento da impugnação, com o cancelamento do lançamento tributário.

Por fim, se mantida a exigência ora combatida, considera estar sendo ferido o princípio do “não-confisco” previsto na Constituição Federal, vez lhe estar sendo imputada multa de 60% sobre o valor do tributo devido, com violação do artigo 150, inciso IV, da Carta Magna, e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis com ênfase nos atos da Administração Pública.

Após discorrer sobre tais princípios, invocando, inclusive, doutrina de Hugo de Brito Machado, a amparar a tese defensiva, traz decisões do STF (ADI 551/RJ e RE 81.550), em trechos copiados.

Aduz em acréscimo, que sendo a multa uma pena pecuniária imposta ao contribuinte, não pode sobre ela incidir juros, que também possuem natureza punitiva, sob pena de ser o contribuinte duplamente penalizado, o que, evidentemente, não poderá prevalecer. Ao subsistir a cobrança dos juros, estará caracterizado verdadeiro enriquecimento sem causa, em seu detrimento, com o que não concorda. Confia, pois, no provimento de sua defesa, com o reconhecimento da abusividade da penalidade combatida, seja pelo caráter confiscatório, seja pela afronta perpetrada à razoabilidade, a qual deverá ser integral ou parcialmente cancelada, com o afastamento dos juros moratórios sobre a multa objeto da ação em análise.

Diante do exposto, comprovado que o presente Auto de Infração foi lavrado depois da distribuição do feito judicial, do oferecimento da garantia, da decisão que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação 2977450107236, assim como da intimação do Estado da Bahia, tem que a sua situação cadastral, quando do recebimento das mercadorias aqui arroladas, se encontrava absolutamente regular, razão pela qual requer o provimento da presente defesa, com o cancelamento da cobrança ora combatida, visto ter integralmente recolhido o tributo devido no prazo legal, e quanto menos, deve ser aplicado ao caso, a disposição do § 2º, do artigo 332 do RICMS/BA.

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, ao fim, pela produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente a juntada de novos documentos, realização de prova pericial e sustentação oral de seus direitos, informando o endereço de seus advogados. Há Informação Fiscal, fls. 115/6 prestada, diante da previsão normativa.

O presente auto foi encaminhado a este relator, tendo sido devidamente instruídos e considerado apto para julgamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, relativa à cobrança de ICMS, objeto de impugnação pela empresa autuada.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da lavratura de Termo de Ocorrência Fiscal 2109431048232, em 13/02/2023, de acordo com o documento de fls. 03 e 03-v. Já a ciência do lançamento se deu de modo expresso, pelo encaminhamento de comunicação enviada pelo Domicílio Tributário Eletrônico, em 06/03/2023 (fl. 14). Os documentos que suportam a acusação se encontram às fls. 05 a 12 dos autos.

Antes de qualquer apreciação outra, constato da leitura das peças que compõem o lançamento, que a acusação a recair sobre a empresa autuada teria sido, como já relatado linhas acima, a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de antecipação parcial, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal.

Teria sido feita, pois, com base, segundo o autuado, na alínea “b” do inciso III do artigo 332 do RICMS/12 (O recolhimento do ICMS será feito antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS), combinado com a artigo 12-A (Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição), dos artigos 23, inciso III, 32 e 40 da Lei nº 7.014/96, o qual se endereça às mercadorias enquadradas no regime de antecipação parcial, e na condição da Autuada de ser contribuinte em situação cadastral irregular, não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria, na alínea “b”.

Após exame das peças processuais, verifico que o autuado exerce a Atividade Econômica Principal – 4644301 - Comércio Atacadista de Drogas do Uso Humano (fls. 123 e 124), e está submetida ao regime de Antecipação Tributária, quando todos os produtos que não estejam sob o regime de substituição tributária, elencados no Anexo 1 do RICMS/12, devem ter o imposto pago mediante substituição tributária por antecipação, conforme determinado pelo Art. 294, do RICMS,

DECRETO N° 13.780, DE 16 DE MARÇO DE 2012, in verbis:

“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”.

Assim, pela sistemática de substituição tributária, tais mercadorias são sujeitas ao regime de substituição tributária ou a antecipação tributária na entrada das mercadorias, Isso porque, em se tratando de Central de Distribuição de Farmácias, Drogarias, o RICMS determina em que essas ACÓRDÃO JJF N°. 0097-06/24-VD

empresas farão o recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de produtos não alcançados pela substituição tributária.

Nessa condição de Central de Distribuição de Farmácias, Drogarias o contribuinte estava obrigado, nos termos do art. 294 RICMS, a efetuar a antecipação tributária, em se tratando de quaisquer mercadorias. Não há na legislação tributária qualquer exceção para os casos de produtos destinados às farmácias, portanto, não tem previsão legal para se exigir o ICMS a título de antecipação parcial.

Diante do acima exposto e com base no inciso IV, alínea “a”, do artigo 18 do RPAF, são nulos os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para determinar com segurança:

“Art. 18. São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

Dessa forma, tal fato traz como consequência ser a Auto de Infração NULO, o que declaro de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº. 297745.0107/23-6, lavrada contra RAIA DROGASIL S/A.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2024.

VALTERCIO SERPA JUNIOR – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - RELATOR