

N. F. Nº - 272466.1087/23-1
NOTIFICADO - EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A
NOTIFICANTE - RENATO ASSIS DE AGUIAR
ORIGEM - DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL BAHIA-GOIAS

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0173-02/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. 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. Instância Única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. 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.

A presente Notificação Fiscal foi lavrada em 20/08/2023, no Posto Fiscal Bahia-Goiás, com contribuinte cientificado em 06/11/2023 (via DT-e), em que é exigido um crédito fiscal no valor histórico de R\$ 12.126,31, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 7.275,78, no total de R\$ 19.402,09, em decorrência da constatação da infração **054.005.008** relativa a *“falta de recolhimento do ICMS referente a 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”*.

Consta na descrição dos fatos a *“falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária parcial da operação, nas aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para comercializações, por contribuinte descredenciado no CAD-ICMS-BA, DANFes de nº 1833921, 1933922, 1833923, art. 332, inciso III, alínea “b”, § 2º do RICMS-BA”*.

Enquadramento Legal - Art. 332, inciso III, alínea “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.

Constam nos autos, dentre outros documentos, demonstrativo de débito, memória de cálculo, intimação via sistema DT-e, consulta da situação cadastral do contribuinte, histórico de pagamentos realizados, consulta do Processo Administrativo Fiscal (PAF) no sistema SIGAT, DANFes das NFs-e nº 1833921, 1933922, 1833923, DACTE, DAMDFE.

Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 2113231244/23-0, no Posto Fiscal Bahia-Goiás, em 20/08/2023, referente as mercadorias constantes nos DANFes das notas fiscais mencionadas.

O contribuinte ingressou com impugnação (fls. 19/21) através de representante legal, na qual se qualificou, prestou informações sobre a tempestividade, passando a discorrer sobre suas razões de defesa.

Dos Fatos

Informou que a impugnante foi notificada para recolher a quantia registrada no “auto de infração” em epígrafe, referente ao crédito lançado, em decorrência de supostamente ter deixado de recolher de forma antecipada o ICMS-ST, por ocasião da entrada de mercadorias no território baiano.

Esclareceu que na “peça acusatória” consta que o pagamento do ICMS-ST seria devido em decorrência de descredenciamento do contribuinte junto a Sefaz-BA, dada a existência de crédito tributário de sua responsabilidade em situação de inscrição em Dívida Ativa.

Chamou atenção que o “auto de infração” está eivado de nulidade, pelos seguintes motivos: **a)** a situação de descredenciamento, que acabou gerando a exigência do recolhimento antecipado do ICMS-ST, ocorreu sem que lhe fosse oportunizado o exercício da ampla defesa e do contraditório, só vindo a tomar conhecimento do fato no momento da autuação; **b)** o descredenciamento com fundamento na existência de inscrição em dívida é indevido, por se tratar de evidente método de sanção política.

Concluiu informando que, em linhas gerais, seriam estas as razões da impugnação do contribuinte, conforme seria verificado nas linhas a seguir.

Razões que Apontam Para a Nulidade do Lançamento

- i) Descredenciamento levado a efeito sem a devida instauração de processo administrativo – Ausência de contraditório – Cerceamento de defesa – Nulidade.

Alegou que conforme antecipado, o contribuinte, ora impugnante, seria detentor de credenciamento junto a Sefaz-BA, o que lhe permitia pagar o ICMS-ST, relativo a aquisição de mercadorias provenientes de outros Estados, de forma diferida e não no exato momento da entrada das mercadorias em território baiano.

Entretanto, o credenciamento foi unilateralmente revogado pela Sefaz-BA, sem qualquer espécie de comunicação prévia, nem instauração de competente processo administrativo, o que afetaria a legalidade do procedimento, já que não foi assegurado ao contribuinte o direito ao contraditório e a ampla defesa, consagrados constitucionalmente, vilipendiando, desse modo, o art. 5º, inciso IV da Constituição Federal/88, que transcreveu. Em seguida, reproduziu trechos de decisões sobre o tema, exaradas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA).

Prosseguiu afirmando, que dessa forma a notificação prévia ao contribuinte seria passo fundamental para que este exercesse seu direito de defesa e manifestação diante de quaisquer atitudes da administração, especialmente as unilaterais, como ocorreu com o ato de descredenciamento.

Nessa lógica, como o não pagamento da antecipação do ICMS-ST, apontado como causa para a autuação, só ocorreu porque o Contribuinte se encontrava com o credenciamento suspenso, obviamente que, em sendo reconhecida a ilegalidade do ato que levou a tal situação, cairia também por terra o motivo que gerou o lançamento, uma vez que o contribuinte teria direito de diferir o pagamento do imposto para após a entrada da mercadoria em território baiano.

Em vista do exposto, seria imperativo que o Conselho Fazendário atuasse para corrigir os efeitos prejudiciais do procedimento inadequado descrito acima e, reconhecesse que o descredenciamento do Contribuinte se deu de forma ilegal, cancelando a autuação ora impugnada, dada a sua evidente nulidade, considerando os fundamentos apresentados.

- ii) Da indevida prática de realizar descredenciamento de Contribuinte como meio coercitivo ao pagamento de tributos – Matéria sumulada no STF.

Iniciou o tópico, destacando que o Fisco já tem arraigado o hábito de utilizar expedientes ilegais e abusivos para forçar o contribuinte a adotar determinado comportamento, subtraindo com tal conduta o inderrogável direito de defesa assegurado no patamar constitucional, citando a doutrina de Hugo de Brito Machado.

Chamou atenção para o fato de que uma das mais reiteradas espécies de sanção política consistiria na criação de restrições de ordem cadastral, com o declarado propósito de constranger o contribuinte a efetuar o recolhimento de tributo e/ou multa. Contudo, os Tribunais Superiores têm rechaçado essa nefasta prática fiscal, citando a Súmula 70 do Supremo Tribunal Federal - STF

que diz ser “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo”.

Com efeito, sob o pretexto de regular o credenciamento para diferimento do pagamento do ICMS-ST perante o Fisco Estadual, este acabou editando norma que documenta e oficializa mais uma prática de sanção política contra os contribuintes, na medida em que prevê que a existência de débitos em Dívida Ativa é motivo para o descredenciamento peremptório e automático dos contribuintes previamente credenciados.

Ademais, é de se enaltecer que a Justiça Estadual, em situações semelhantes, vem dando acolhida a idênticos pleitos dos contribuintes, determinando a incontinenti liberação de mercadorias apreendidas, reproduzindo decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Alertou, que examinando a situação fática com que se deparou a Requerente, percebe-se, sem esforço algum, que o Estado da Bahia criou sanções políticas a fim de compelir o contribuinte a pagar tributo, independentemente de sua regularidade, situação que não pode voltar a acontecer.

Diante disto, o Contribuinte confiaria na atuação deste Conselho Fazendário para, reconhecendo a ilegalidade do ato que promoveu o descredenciamento do Contribuinte apenas com base na simples existência de uma inscrição em Dívida Ativa, declarar que tal ato reveste-se de ilegalidade e, assim, reconhecer que no momento da entrada das mercadorias objeto desta autuação em território baiano, o contribuinte fazia jus ao diferimento do ICMS-ST, o que, por consequência, levaria ao reconhecimento da inexistência de justa causa para a presente autuação.

Dos Pedidos

De todo o exposto, requereu: **(a)** que o presente “Auto de Infração” fosse declarado nulo de pleno direito, de acordo com o exposto nos itens I e II; **(b)** que o Contribuinte possa provar as suas alegações ao longo do andamento do processo, inclusive mediante a juntada de outros documentos e/ou informações ainda não apresentados/elaborados; **(c)** a garantia da sua intimação por ocasião do julgamento do presente feito, para fins de sustentação oral de suas razões; **(d)** que todas as intimações e/ou notificações relativas ao presente feito fossem enviadas aos advogados constantes do instrumento procuratório em anexo, no endereço ali indicado, sob pena de nulidade.

Não consta informação fiscal no processo.

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 NFs-e nº 1833921, 1933922, 1833923, 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 fundamentação legal da lavratura está amparada pelos 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 o contribuinte efetivamente se encontrar na situação de “descredenciado” no momento da ação fiscal ocorrida em 20/08/2023, fato que lhe obrigava ao pagamento antecipado do ICMS antes da entrada no Estado da Bahia, outros elementos do lançamento requerem maior 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 do RICMS-BA (Decreto 13.780/2012), se enquadrando,

portanto, no disposto pelo artigo 8º, inciso II, § 4º, inciso I e § 9º da Lei 7.014/96, reproduzidos abaixo (grifos próprios):

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 desembarço 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) na qualidade de farmácia, drogaria e/ou centro de distribuição, o contribuinte, independentemente de o produto comercializado constar ou não do Anexo I do RICMS-BA, continua sujeito ao regramento da Substituição Tributária, na forma do art. 8º, § 9º da Lei 7.014/96, assim como do art. 294 do RICMS-BA:

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: (...)

Para mais, o art. 12-A, § 1º, inciso III da Lei 7.014/96 reforça, de forma explícita, que a mercadoria objeto da autuação não está sujeita a antecipação tributária parcial, por se tratar de regime jurídico não aplicável a mercadorias sujeitas a substituição tributária:

Art. 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.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

(...)

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Em vista disso, em que pese a constatação do cometimento da infração durante ação fiscal ocorrida no trânsito de mercadorias, a qual se caracteriza 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 diante da falta de recolhimento de imposto devido a título de antecipação tributária parcial, mas sim, de imposto devido a título de

antecipação tributária total, como demonstrado.

Ademais, não obstante a Notificação Fiscal apontar para a infração de não recolhimento do imposto devido a título de antecipação tributária parcial, toda a apuração do montante devido foi realizada na forma de cálculo da antecipação tributária total, com encerramento da fase de tributação, como se comprova na Memória de Cálculo apresentada no processo (fl. 3).

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 tributária do imposto, situação que se amolda ao disposto pelo art. 18, incisos II e IV, alínea "a" do RPAF-BA/99, e afronta os Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Segurança Jurídica.

Entretanto, considerando que a mercadoria objeto da autuação não está sujeita a antecipação tributária parcial e que a decisão de mérito é favorável ao contribuinte, observo o disposto pelo art. 155, § único do RPAF-BA/99 e voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal:

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **272466.1087/23-1**, lavrada contra **EMPREENDEIMENTOS PAGUE MENOS S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - RELATORA

JOSE CARLOS COUTINHO RICCIO- JULGADOR