

A. I. Nº - 232857.0506/23-9  
AUTUADO - RAIA DROGASIL S/A.  
AUTUANTE - JOSÉ LUCIANO MATURINO DE SOUZA  
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE / POSTO FISCAL FRANCISCO HEREDA  
PUBLICAÇÃO - 16/09/2024

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0198-02/24-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 total. 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. Auto de Infração **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 Auto de Infração lavrado em 27/08/2023, no Posto Fiscal Francisco Hereda, com contribuinte cientificado em 12/03/2024, em que é exigido o ICMS no valor histórico de R\$ 163.716,00, acrescido de multa de 60% e demais acréscimos legais, em decorrência da constatação da seguinte infração **054.001.002** “mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária no RICMS/BA, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado”.

Enquadramento Legal – Art. 8º, § 4º, inciso I c/c Art. 289, § 2º-A e Art. 332, III, “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

Tipificação da Multa - Art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta na Descrição dos Fatos que “contribuinte atacadista, **DESCREDENCIADO**, a postergar o pagamento do ICMS s/Antecipação parcial, com inúmeros PAFs inscritos em Dívida Ativa, promoveu a entrada no Estado da Bahia de produtos para comercialização, não contemplados no regime especial de tributação do decreto 11.872/09, do qual é signatário, sem recolher o ICMS s/Antecipação total, antes de adentrar em território baiano (...)”.

Foram juntados aos autos, dentre outros documentos, demonstrativo de débito, memória de cálculo, consulta de pagamentos realizados (não localizados), intimação via serviço DT-e, DANFES das NFs-e nº 258004, 258005, 258006, 258007, 258008, 258009, 258012, 258013, 258014, 258015, 258016, 258017, 258018, 258019, 258020, 258021, 258022, 258023, 258024, 258025, 258026, 258027, 258029, DACTE, DAMDFE.

Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 2323551002/23-8, no Posto Fiscal Francisco Hereda, em 27/08/2023, referente as mercadorias constantes dos DANFES referenciados.

O contribuinte ingressou com defesa (fls. 53/62), através de representante legal, na qual se qualificou, passando a discorrer sobre as razões da sua irresignação sobre a lavratura do Auto de Infração.

Inicialmente, apresentou as seguintes alegações no tópico **“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 de situação supostamente irregular no cadastro de contribuintes deste Estado.

Defendeu que o lançamento não pode prosperar, na medida em que o débito apontado como óbice ao credenciamento estaria com a exigibilidade suspensa em decorrência de decisão judicial, sendo certo que o imposto devido na operação foi integralmente recolhido aos cofres públicos, já que o Impugnante manteve sua apuração mensal normalmente.

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 ao tópico do **“Mérito”**, o qual iniciou reiterando as razões da lavratura do Auto de Infração 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 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.

Entretanto, observando a certidão de regularidade anexada a autuação, se verifica que o único débito inscrito em Dívida Ativa é referente ao PAF de nº 281071.0003/21-7, para o qual foi distribuída uma ação judicial de nº 8029486-36.2024.8.05.001, em 05/03/2024.

Por meio dessa ação judicial foi apresentada garantia, e obtida a determinação de que o débito do referido PAF não poderia ser usado para o descredenciamento da Impugnante no Estado da Bahia. Em sequência, reproduziu trecho da referida decisão.

Reafirmou que o Impugnante manteve a apuração mensal normalmente e que o tributo, relativo as notas fiscais consignadas na autuação, seria integralmente apurado e recolhido.

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 transcreveu.

Chamou atenção para o fato de o agente autuante não ter respeitado 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 reforçaria a invalidade de tais débitos constarem como impeditivo e, conseqüentemente, 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).

Nesse cenário, a cobrança, na forma como realizada, incluindo o valor principal já pago e desconsiderando a redução prevista no Decreto Estadual nº 11.872/2009 inquinaria o título de

nulidade, devendo ser cancelada a autuação em vista do pagamento nela exigido.

Prosseguiu seus argumentos em 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 agravariam 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 - STF 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 poderia 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.

Ao final, no tópico “**Dos Pedidos**”, requereu:

O provimento da Impugnação, com o cancelamento da autuação, dada a comprovação de que o débito relativo ao PAF 281071.0003/21-7 estaria garantido, em discussão e conta com decisão judicial no processo de nº 8029486-36.2024.8.05.001, assim como pela comprovação de que a Impugnante estaria apurando e realizando o pagamento do tributo devido nas operações apontadas na autuação; 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; e envio das intimações para os advogados do contribuinte, no endereço que indicou.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 86/87), esclarecendo que o contribuinte atua no comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, adquiriu produtos de higiene pessoal não contemplados no artigo 1º do Termo de Acordo - Decreto 11.872/2009, do qual é signatário.

Na data da ocorrência dos fatos, o contribuinte se encontrava com restrição de crédito, com PAF inscritos em Dívida Ativa, estando, portanto, descredenciado para postergar o recolhimento da Antecipação Parcial para o dia 25 do mês seguinte, obtendo sua regularização ou baixa da condição em 19/09/2023, conforme informação extraída do Sistema da Sefaz - Gerência de



Mercadorias em Trânsito - Sistema SCOMT - Relação de Contribuintes Descredenciado, apensada ao PAF.

Desse modo, entendia ser pertinente a aplicação do Art. 294 c/c o Art. 289, §§ 14 e 17 do RICMS/BA, que reproduziu, conforme relatado na Descrição dos Fatos do Auto de Infração.

Afirmou, que o contribuinte não reconheceu a sua condição de “supostamente” descredenciado no Cadastro de Contribuintes do Estado, afirmando ter realizado o pagamento integral do imposto relativo aos DANFES relacionados na autuação, sem apresentar comprovação. Ademais, contestou a não inclusão dos produtos comercializados no Termo de Acordo e, pela desconsideração, na apuração, da redução da base de cálculo do ICMS, decorrente do benefício de que trata o anexo do Termo de Acordo do Decreto 11.872/09, ambos os argumentos sem fundamento.

Concluiu, chamando atenção dos julgadores, que diante dos fundamentos legais apresentados para o Auto de Infração e os argumentos defensivos relatados, pelo autuado, em sua peça defensiva, opinava pela manutenção do procedimento Fiscal e pelo julgamento procedente da autuação.

O contribuinte, através do seu representante legal, apresentou Memoriais ao processo, no qual reiterou as alegações realizadas na peça impugnatória.

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 contribuinte 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 contribuinte 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 contribuinte e seus representantes devem observar os comandos normativos específicos para 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 do Auto de Infração, 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 inconstitucionalidade 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 do presente Auto de Infração.

Trata-se de Auto de Infração lavrado durante ação ocorrida no trânsito de mercadorias, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, de mercadorias enquadradas no regramento da Substituição Tributária, procedentes de outros Estados da Federação, antes da entrada no território deste Estado.

O sujeito passivo se encontrava na situação de “descredenciado” por restrição de crédito-Dívida Ativa, situação que lhe restringe o direito de recolher o imposto no mês subsequente ao da ocorrência da operação.

A base legal da infração é prevista no artigo 332, inciso III, alíneas “a” e “d” e § 2º, inciso II; artigo 294, inciso II; artigo 289, §§ 14º e 17º, inciso V do RICMS/BA.

O contribuinte alegou as seguintes questões de mérito: (I) o único débito inscrito em Dívida Ativa seria referente ao PAF 281071.0003/21-7, para o qual foi distribuída uma ação judicial em 05/03/2024, apresentada garantia e obtida a decisão de que o referido débito não poderia ser utilizado para o descredenciamento da Impugnante; (II) 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) 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; (IV) a forma de cobrança do débito, incluindo o valor principal já pago e desconsiderando a redução prevista pelo Decreto Estadual nº 11.872/2009, inquina o título de nulidade, devendo a autuação ser cancelada.

O autuante prestou informação fiscal, na qual analisou as argumentações da defesa, conforme detalhamento exposto no Relatório, opinando pela manutenção do procedimento Fiscal e pelo julgamento procedente do Auto de Infração.

Analisando a alegação do contribuinte, de que o único débito que possui inscrito em Dívida Ativa seria referente ao PAF 281071.0003/21-7, para o qual foi distribuída a ação judicial nº 8029486-36.2024.8.05.000 em 05/03/2024, apresentada garantia e obtida a decisão de que o este débito não poderia ser utilizado para o descredenciamento da Impugnante, constato que a citada decisão judicial data de 07/03/2024 (fl. 81), posteriormente a ocorrência da presente ação fiscal em 27/08/2023.

Entretanto, consta nos controles da Sefaz-BA que o sujeito passivo esteve na situação de “descredenciado” por restrição de crédito-Dívida Ativa no período de 11/08/2023 a 19/09/2023, situação que obriga o contribuinte a realizar o pagamento do tributo devido na operação antes da entrada no território do Estado da Bahia, exigência que não foi comprovada no momento da ação fiscal.

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, verifico que a redução da base de cálculo, prevista no referido Decreto, não se aplica as mercadorias (produtos de higiene) comercializadas nos DANFES referenciados.

No que se refere a violação ao disposto pelo art. 28, § 1º do RPAF-BA/99, consta nos controles da Sefaz-BA que o Auto de Infração foi lavrado em 27/08/2023, dentro do prazo de 90 (noventa dias) da ação fiscal ocorrida na mesma data. Dessa forma, a ação fiscal atendeu ao prazo mínimo legalmente previsto para conversão do Termo de Ocorrência Fiscal (TOF) em autuação formal.

Para concluir, é fundamental registrar que a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias se caracteriza, dentre outras particularidades, pela **instantaneidade**. Em vista disso, restou comprovado, que no momento da ação fiscal o contribuinte se encontrava na situação de “descredenciado” com restrição de crédito por inscrição em Dívida Ativa, o que lhe obrigava a

realizar o pagamento do ICMS, devido a título de antecipação tributária total, antes da entrada no território deste Estado, como disposto pelos artigos 294 e 332, III, “a” e “d” e § 2º, II do RICMS/BA.

Isso posto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232857.0506/23-9**, lavrado contra **RAIA DROGASIL S/A.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher o imposto no valor histórico de **R\$ 163.716,00**, 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 agosto de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - RELATORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR