

A. I. N° - 298942.0950/23-0
AUTUADO - RAIA DROGASIL S.A.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23/09/2024

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0227-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MEDICAMENTOS. Embora a fiscalização alegue que não se trata de medicamentos, noto que enquadrou, corretamente, as mercadorias apreendidas nessa categoria, coerente com a descrição e a NCM das mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais acostados às folhas 13/31, diferentemente do que alega a empresa. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado na fiscalização de trânsito de mercadorias, em 19/08/2023, exige ICMS no valor histórico de R\$ 39.741,84, além de multa, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 - 054.001.002: Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado. Multa: 60%.

A autuada apresenta impugnação às folhas 36/46, mediante a qual contesta o presente lançamento, aduzindo os argumentos a seguir.

Afirma que o lançamento não pode prosperar, na medida em que o imposto devido na operação retratada na autuação foi integralmente recolhido aos cofres públicos e na modalidade antecipada, sendo certo que o agente fiscal, em sua apuração, desconsiderou a redução de que trata o Decreto Estadual n. 11.872/2009. Não fosse isso suficiente, alega, ainda, que a multa aplicada na autuação, correspondente a 60% do imposto que sequer era devido no ingresso da mercadoria, mas, isto sim, no dia 09 do mês subsequente ao de sua 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.

Quanto à sua atividade econômica, informa tratar-se de centro de distribuição que promove o recebimento de mercadorias de outros estados e a transferência às filiais estabelecidas neste estado da Bahia e em outras unidades da federação. Na consecução de suas atividades, informa que foi lavrado contra si o auto de infração em referência, por meio do qual se exige dele o recolhimento de ICMS-ST, decorrente do recebimento de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, que supostamente deveria ter sido recolhido antes da entrada dos itens nesta unidade federativa. Ainda segundo a autuação, a antecipação do imposto seria devida porque o contribuinte objeto da autuação, circunscrito a centro de distribuição da Impugnante, estaria inapto em decorrência da situação, supostamente irregular, no cadastro de contribuintes deste estado.

Argumenta, todavia, que nenhum tributo é devido, na medida em que a Impugnante realizou o integral pagamento do imposto relativo às Notas Fiscais consignadas nas autuações, tendo sido apurado e pago o ICMS devido nas autuações, de forma que tributo algum deixou de ser recolhido aos cofres públicos. E ainda que assim não o fosse, o que admite apenas para argumentar, afirma que o agente fiscal desconsiderou em sua apuração a redução do ICMS decorrente do benefício de

que trata o Termo de Acordo entabulado com o contribuinte, prescrito no art. 1º, §§ 1º e 2º do Decreto Estadual n. 11.872/2009, cujo texto transcreve.

Pontua, ainda, que os débitos listados como impeditivos e que serviram de base para o descredenciamento da Impugnante estavam garantidos e em discussão judicial nos Processos 8075331-28.2023.8.05.0001, 8110591-69.2023.8.05.0001, 8120501-23.2023.8.05.0001 e 8124141-34.2023.8.05.0001, os quais tramitam no sistema PJ-e do TJBA e podem ser consultados pela rede mundial de computadores.

Por fim, consigna que o agente autuante não respeitou o prazo mínimo legalmente previsto para a conversão do termo ocorrência fiscal em autuação formal, a fim de implementar a exigência descrita no termo, o que também reforça a invalidade de tais débitos, que constaram como impeditivo e, consequentemente, fizeram com que a Impugnante seja descredenciada do seu regime especial de recolhimento do ICMS, já que transcorrido o prazo de 90 (noventa) dias da lavratura da autuação e a ciência desta autuação no sistema DT-e da Impugnante, em desatendimento ao comando legal do art. 28, § 1º, do Decreto Estadual n. 7.629/1999.

Neste cenário, defende que a cobrança, na forma como realizada, incluindo o principal já pago e desconsiderando a redução de que trata o Decreto estadual n. 11.872/2009, inquia o título de nulidade, devendo ser cancelada a autuação em vista do pagamento do tributo nela exigido.

Subsidiariamente, alega o caráter confiscatório da multa e a impossibilidade de aplicação de juros sobre tal penalidade. Argumenta que, se mantida a exigência ora combatida, o que admite apenas para argumentar, estar-se-ia ferindo o princípio do "não-confisco", previsto na Constituição Federal, uma vez que imputada multa de 60% sobre o valor do tributo exigido, com violação, portanto, do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis com ênfase aos atos da Administração Pública. Ainda mais no caso em tela, no qual comprovado que valor nenhum é devido a título de ICMS-ST, já que integralmente recolhido o imposto devido por antecipação no período objeto da autuação.

Discorre acerca do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, colacionando a doutrina de Hugo de Brito Machado, bem como a jurisprudência do STF em apoio aos seus argumentos, destacando que, sendo a multa uma pena pecuniária imposta ao contribuinte pelo órgão competente, em proveito da Fazenda Pública em casos de descumprimento da legislação vigente, 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.

Ademais, argumenta que se subsistir a cobrança dos juros estar-se-á caracterizado verdadeiro enriquecimento sem causa dela em detrimento da Impugnante, com o que esta, também não pode concordar.

Portanto, confia a Impugnante no provimento de sua defesa, com o reconhecimento da abusividade da penalidade ora combatida, seja por seu caráter confiscatório ou pela afronta perpetrada à razoabilidade, a qual deverá ser integral ou ao menos parcialmente cancelada. Quando menos, confia a Impugnante no afastamento da incidência de quaisquer juros moratórios sobre a multa objeto da ação em análise.

Diante do exposto, requer a Impugnante o provimento desta Impugnação com o cancelamento da autuação, dada a comprovação do pagamento do tributo nela exigido, ou, quando menos, no cancelamento do débito principal, dado seu recolhimento, ou, ainda, pela desconsideração, do agente fiscal, quanto à redução da base de cálculo do imposto de que trata o Decreto estadual n. 11.872/2009.

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.

Outrossim, protesta a Impugnante pela produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente pela juntada de novos documentos, realização de prova pericial e sustentação oral

de seu direito. Às folhas 65/66, a autuante presta Informação Fiscal, oportunidade em que tece as seguintes considerações.

Quanto à alegação de as mercadorias autuadas gozam de redução da base de cálculo, prevista no Decreto 11.872/09, ressalta que o benefício fiscal é limitado a medicamentos e alguns outros produtos hospitalares/farmacêuticos e não a todos os produtos comercializados pelo contribuinte. Ademais, informa que, para fazer jus ao BENEFÍCIO FISCAL, o art. 3º é claríssimo ao mencionar que não pode estar o contribuinte inadimplente, como também Inscrito em Dívida Ativa. Transcreve o texto do dispositivo citado em apoio aos seus argumentos.

Argumenta que o depósito judicial, em garantia do débito, não garante a ADIMPLÊNCIA do contribuinte, que é conhecida como o pagamento do imposto na data regulamentar. Portanto, conclui que o contribuinte, até que se prove em contrário, não está adimplente com suas obrigações tributárias e discute judicialmente o seu débito, NÃO FAZENDO JUS ao benefício fiscal concedido pelo Estado.

Aduz, ainda, que o recolhimento do imposto antes da ciência da autuação, não exime o débito e sim pode-se aproveitar como crédito do imposto devido, desde que, devidamente comprovado. Não fazendo jus ao BENEFÍCIO FISCAL, conclui que não há como ter redução do imposto devido.

Quanto ao questionamento da multa de 60%, explica que está na legislação. Argumenta que, não ocorrendo a infração, não existe a multa e sendo recolhida em prazos diversos a multa é reduzida em até 90%.

Diante do exposto e dos fatos, não cabendo nenhuma justificativa plausível, ao contribuinte irregular junto ao ente estatal, não fazendo jus ao BENEFÍCIO FISCAL, arremata a sua peça informativa, requerendo a PROCEDÊNCIA TOTAL, aproveitando como crédito o valor devidamente comprovado de recolhimento de imposto devido.

Mantém o FEITO EM SUA TOTALIDADE.

Esse é o relatório.

VOTO

Quanto à alegação de nulidade por desrespeito ao tempo mínimo entre a lavratura do termo de Ocorrências e a autuação, não merece acolhida, pois inexiste tempo mínimo para a lavratura do auto de infração, após lavrado o termo de ocorrências.

De fato, o que o RPAF estabelece é o tempo máximo entre o início (lavratura do termo de ocorrências) e o encerramento da ação fiscal (lavratura do auto de infração/termo de encerramento), conforme artigos 28 § 1º e 31-E, parágrafo único, abaixo reproduzidos.

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

...

*§ 1º **O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.***

...

Art. 31-E. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

*Parágrafo único. - **Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, não for lavrado o Auto de Infração correspondente, devendo ser considerada encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.”***

Sentido não há em se estabelecer um tempo mínimo, pois a legislação não exige sequer a lavratura de termo de ocorrências, que pode ser dispensada quando a infração for constatada de imediato. É o que se depreende da leitura do art. 26 do RPAF, conforme abaixo

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal (grifo acrescido).

...”

Ora, se é possível se iniciar a ação fiscal mediante a emissão de auto de infração, é porque inexiste necessidade absoluta de lavrar termo de ocorrências, mas apenas quando for necessário empreender pesquisas de forma a melhor apurar o fato.

Rejeito, por conseguinte, a arguição de nulidade suscitada.

Denego o pedido de diligências por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da minha convicção.

No mérito, a conduta infratora foi descrita como “*Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado*”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, aduzindo cinco argumentos: a) alega que os débitos fiscais listados como impeditivos do lançamento estão garantidos por depósito judicial; b) alega ter efetuado o pagamento do imposto relativo às notas fiscais objeto da autuação; b) alega que o preposto fiscal desconsiderou a redução da base de cálculo aplicável às operações; e d) alega o caráter confiscatória da multa aplicada.

Quanto à alegação de que os débitos fiscais se encontram garantidos por depósito judicial, é importante ressaltar que tal argumento precisa ser manejado, pelo contribuinte, no processo administrativo que o descredenciou, no bojo do qual pode apresentar recurso voluntário. Caso não logre êxito em desconstituir a decisão administrativa que o afetou, deve, se quiser afastá-la, ingressar com ação judicial desconstitutiva, específica, única forma de não sofrer os efeitos da decisão citada, vez que este Conselho de Fazenda, como órgão administrativo que é, não pode avocar competências atribuídas, pela legislação, a outros órgãos de igual hierarquia.

Assim, como não há notícias de que o contribuinte tenha logrado êxito em desconstituir a decisão administrativa que o descredenciou, entendo que esse é o contexto jurídico que deve ser considerado para fins de avaliar a conduta praticada pela empresa. Rejeito, por conseguinte, tal argumento.

Nesse sentido, o extrato INC “Processos Tributários”, acostado pela autoridade fiscal (folhas 09/10), comprova que o Sujeito Passivo se encontrava, na data do fato, na situação de descredenciado, traço que corrobora a autuação.

Quanto à alegação de ter efetuado o pagamento, peço, o Sujeito Passivo, por deixar de apresentar provas que pudesse evidenciar a ocorrência do fato extintivo alegado. Não tendo provado, entendo que sucumbiu às provas do processo.

Quanto à alegação de que o preposto fiscal desconsiderou a redução da base de cálculo, o exame do demonstrativo de débito, acostado à folha 06, revela que tal alegação não tem base nos fatos. De fato, é possível notar que o preposto fiscal reduziu, sim, a base de cálculo de todas as operações autuadas, em 28,53%, conforme se encontra indicado na coluna “*Redução da B C*”.

Assim, embora a fiscalização alegue que não se trata de medicamentos, noto que enquadrou, corretamente, as mercadorias apreendidas na categoria de medicamentos, coerente com a descrição e a NCM das mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais acostados às folhas 13/31.

Quanto à alegação de exigência de juros sobre multa, o demonstrativo de débito acostado à folha 03, revela que a afirmação empresarial não tem base nos fatos, vez que nada relativo a juros foi lançado no presente processo, carecendo de lastro a alegação defensiva, neste ponto.

Quanto ao caráter confiscatório da multa, trata-se de matéria disciplinada pela Lei 7.014/96, não sendo possível, a este Conselho de Fazenda, negar aplicação à legislação posta, conforme art. 167 do RPAF/99, abaixo reproduzido.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Assim, entendo que não tem pertinência a alegação da empresa.

Diante do exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298942.0950/23-0, lavrado contra RAIA DROGASIL S.A., devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o pagamento do imposto no montante total de R\$ 39.741,84, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR