

A. I. N° - 102427.0134/24-0
AUTUADO - RAIA DROGASIL S.A.
AUTUANTE - MARIANNY BARRETO FERNANDES
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 23/09/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0242-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Mercadorias comercializadas se encontram contempladas com o benefício da redução da base de cálculo, previsto no Dec. 11.872/09. Fato observado pela Autuante, quando da realização dos cálculos, para fins de exigência do imposto. Contribuinte encontrava-se descredenciado no Cadastro de Contribuinte do ICMS do estado da Bahia, quando da realização da ação fiscal. Falta de comprovação de quitação do imposto exigido. Rejeitado pedido de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/03/2024, exige do Autuado ICMS no valor de R\$ 62.098,02, acrescido de multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.005.010: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: alíneas “a” e “d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º; § 6º do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Tipificação da Multa: alínea “d”, inciso II do art. 42 da 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O estabelecimento autuado apresenta peça defensiva com anexos (fls. 35/64), inicialmente reproduzindo o conteúdo do lançamento para, em seguida, afirmar que a exigência não pode prosperar, na medida em que o imposto devido na operação retratada na autuação foi integralmente recolhido aos cofres públicos. 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.

Observa que a certidão de regularidade anexa à autuação demonstra que o único débito inscrito em dívida ativa era o PAF 281071.0003/21-7. Ocorre que o Defendente já havia distribuída a Ação Judicial nº 8029486-36.2024.8.05.0001 em 05/03/2024, por meio da qual prestou garantia, sendo certo que foi prolatada a decisão que acolheu a garantia e determinou que o débito do PAF supracitado não poderia ser usado para o descredenciamento do Impugnante no Estado da Bahia.

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, conseqüentemente, fazerem 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, inquina 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 da Fazenda Pública em detrimento da Impugnante, com o que está 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 de que o débito do PAF 281071.0003/21-7 está garantido em discussão e conta com decisão judicial no Processo Judicial nº 8029486-36.2024.8.05.0001, assim como pela comprovação de que o Defendente está apurando e realizando o pagamento do tributo devido nas operações retratadas na autuação 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. Informando para fins de intimação o endereço de seus advogados, qual seja, Rua do Rócio, 423, conjunto 1.808, Vila Olímpia, CEP 04552-000, São Paulo/SP, Telefone (11) 2177-2177, e-mails rodrigo@carreiro.adv.br e Leonardo.laterza@carreiro.adv.br.

Nas fls. 68/69, consta Informação Fiscal, prestada pela Autuante, na qual sintetiza o conteúdo da impugnação e faz as seguintes considerações:

1. Com relação à improcedência da situação irregular do contribuinte, tem-se que a decisão judicial (fls. 61/63) exarada pela Justiça da Bahia se deu no dia 07/03/2024, enquanto a autuação ocorreu em 05/03/2024, ou seja, dois dias antes da suspensão da exigibilidade. Desta forma, quando da autuação em 05/03/2024, o mesmo estava descredenciado, conforme consulta acostada na fl. 27, por ter débito inscrito em dívida ativa e de acordo como o art. 332 do RICMS/BA, o sujeito passivo perde o prazo para pagamento para apuração, devendo realiza-lo antes da entrada da mercadoria em território estadual.
2. No tocante à falta de aplicação da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 11872/09, a planilha à fl. 04 demonstra que houve a aplicação do referido benefício.
3. A argumentação de que a Autuante não respeitou o prazo mínimo legalmente previsto para a conversão do termo de ocorrência fiscal em autuação formal improcede, já que o prazo legal de noventa dias é o máximo que a Fazenda possui para finalizar o procedimento de fiscalização;
4. Em relação à inconstitucionalidade da multa, evidencia-se que há tipificação legal e redução do percentual de acordo com o momento do pagamento, conforme o demonstrativo de débito. Da mesma forma, o art. 167, inciso I do RPAF/BA determina que não se inclui na competência de órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

Finaliza a Informação Fiscal opinando pela manutenção do Auto de Infração.

No dia **09/09/2024**, o estabelecimento autuado apresentou memoriais, nos quais reproduz as argumentações contidas na peça defensiva, aduzindo que anexou à impugnação planilha, guias de recolhimento e comprovantes de bancário, referentes ao imposto ora exigido (docs. 05 e 06).

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide exige do Autuado ICMS no valor de R\$ 62.098,02, acrescido de multa de 60% e é composto de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A acusação fiscal trata da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna

no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. O trânsito das mercadorias (**medicamentos**) foi acobertado pelo DANFEs de nº 251304, 251305, 251306, 251307, 250973, 250974, 251085, 251086, 252501, 252502, 252333, 252302, 251849, 251807 e 251808 (fl. 01).

Inicialmente, cumpre destacar que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente estão revestidos das formalidades legais e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No presente lançamento, foram indicados de forma compreensível os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e não foi constatada violação ao devido processo legal.

O estabelecimento autuado compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu 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.

Em relação à alegação de nulidade por desrespeito ao tempo mínimo entre a lavratura do termo de Ocorrências e a autuação, entendo como descabida, haja vista que inexistente tempo mínimo para a lavratura do auto de infração, após lavrado o termo de ocorrências.

Conforme esclarecido pela Autuante, quando prestou a Informação Fiscal, 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, consoante 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.”*

Registre-se que 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, transcrito a seguir.

“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).

...”

Isto posto, rejeito a arguição de nulidade supracitada.

Indefiro o pedido de diligência, nos termos da alínea “a”, inciso I do art. 147 do RPAF/BA, por entender que os elementos constantes no processo são suficientes à formação da minha convicção.

Em relação à alegação de que os débitos fiscais, que promoveram seu descredenciamento, se encontram garantidos por depósito judicial e em discussão nesta esfera, esclareço que a discussão judicial desses débitos não impede o lançamento do imposto, nem a constituição e cobrança de novos créditos tributários por agente fiscal em exercício de atividade administrativa plenamente vinculada.

Ademais, é importante ressaltar que tal argumento precisa ser utilizado 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, sendo esta a 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.

Quanto à alegação de ter efetuado o pagamento do débito ora exigido, a bem da verdade o Autuado não apresentou provas nos autos neste sentido. Isto posto, entendo que não há como prosperar esta arguição.

Neste momento, cabe referenciar o disposto no art. 142 do RPAF/BA, a seguir transcrito.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

O contribuinte alega que o preposto fiscal desconsiderou a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 11.872/09. Contudo, ao se examinar os documentos fiscais que embasam a autuação, resta claro que se tratam de operações de aquisições de medicamentos, cujos NCMs são os de nº 30049069, 30049079, 30046000, 30044990, 30049054, 30049099 e 30049039.

Por meio da leitura do Decreto nº 11.872/09, constata-se que os NCMs supramencionados se encontram nele relacionados, de forma a tornar possível usufruir do benefício fiscal de redução da base de cálculo, conforme art. 1º, abaixo reproduzido. Fato este observado pela Autuante, ao elaborar a planilha de cálculo do imposto a ser exigido, constante na fl. 04 dos autos.

“DECRETO Nº 11.872 DE 04 DE DEZEMBRO DE 2009

Dispõe sobre regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado.

...

Art. 1º Fica instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante credenciamento, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário a seguir relacionados, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos deste Decreto:

I - vacinas e soros para medicina humana - NCM 3002;

II - medicamentos - NCM 3003 e 3004;

III - preservativos - NCM 4014.10.00;

IV - seringas - NCM 9018.31;

V - agulhas para seringas - NCM 9018.32.1;

VI - provitaminas e vitaminas - NCM 2936;

VII - contraceptivos (dispositivos intra-uterinos - DIU) - NCM 3926.90 ou 9018.90.99;

VIII - revogado;

Nota: O inciso VIII do caput do art. 1º foi revogado pelo Decreto nº 20.136, de 07/12/20, DOE de 08/12/2020, efeitos a partir de 08/12/2020.

Redação originária, efeitos até 07/12/2020:

“VIII - preparação para higiene bucal e dentária - NBM 3306.90.00;”.

IX - preparações químicas contraceptivas à base de hormônios ou de espermicidas - NBM 3006.60;

X - luvas cirúrgicas e luvas de procedimento - NCM 4015.11.00 e 4015.19.00;

XI - preparações opacificantes (contrastantes) para exames radiográficos e reagentes de diagnóstico concebidos para serem administrados ao paciente - NCM 3006.30.

...”

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 esta alegação defensiva.

Quanto ao caráter confiscatório da multa, trata-se de matéria disciplinada pela Lei 7.014/96, não sendo possível que este Conselho de Fazenda, negue a aplicação, 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.”

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **102427.0134/24-0**, lavrado contra **RAIA DROGASIL S.A.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$ 62.098,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2024.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - RELATOR