

A.I. Nº - 102427.0433/24-7
AUTUADO - RAIA DROGASIL S/A.
AUTUANTE - MARIANNY BARRETO FERNANDES
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0275-02/24-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. A infração acusada diverge da irregularidade constatada nos autos. Vício insanável de correção no próprio PAF, por implicar em mudança de fulcro da autuação. Súmula 01 do CONSEF aplicada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 18/06/2024, o presente Auto de Infração objetiva constituir crédito fiscal acusando cometimento da seguinte infração:

054.005.008 - Falta de recolhimento do ICMS referente à 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. **Valor:** R\$ 75.242,46. **Data da Infração:** 18/06/2024. **Enquadramento legal:** Art. 332, III, “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. **Multa:** 60%, Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos: “*Aquisição mercantil interestadual tributável de diversos produtos constantes do(s) DANFE(s) nº 94102, destinados a contribuinte em situação fiscal de descredenciamento com restrição de crédito tributário junto à dívida ativa do Estado da Bahia, conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 2105731159/24-0, em anexo*”.

Foram juntados aos autos: Memória de Cálculo da exação, Termo de Ocorrência, cópias dos DANFE’S e do DACTE 40098, extrato de situação cadastral do contribuinte, histórico de pagamentos realizados, intimação via serviço DT-e, consulta da situação do PAF no SIGAT.

A Autuada impugnou o AI às fls. 20/31.

DOS FATOS

No relato dos fatos diz que o lançamento não pode prosperar, na medida em que o imposto devido na operação retratada no AI foi integralmente recolhido na modalidade antecipada, sendo certo que na apuração do valor exigido, o Autuante desconsiderou a redução de que trata o Decreto Estadual 11.872/2009. Aduz que a multa de 60% aplicada para o que sequer era devido no ingresso da mercadoria é confiscatória.

MÉRITO

Afirma possuir Centro de Distribuição que recebe mercadorias de outros Estados e as transfere às filiais estabelecidas nesta e outras unidades da Federação.

Segundo a autuação, o imposto seria devido antecipadamente porque o contribuinte, circunscrito a centro de distribuição da impugnante neste Estado, estaria “inapto” em decorrência de situação supostamente irregular no cadastro de contribuintes deste Estado.

Alega nada dever, pois na data da lavratura do AI estava com situação cadastral regular. Isto

porque, conquanto o agente fiscal não enumere as autuações que estariam inscritas em dívida ativa, o fato é que a Impugnante já havia distribuído ação judicial e apresentado garantia em face dos PAFs 092579.0049/23-4, 092579.0132/23-3, 092579.0171/23-9 e 092579.0181/23-4, que tramita no TJ-BA.

DO PAGAMENTO DO PRINCIPAL

Alega que mesmo superado o argumento supra, é fato que a Impugnante apurou e pagou o imposto devido na autuação, conforme planilha discriminativa com a apuração para o período março 2024, incluindo-se os documentos fiscais objeto do presente PAF (doc. 9), bem como os anexados documentos de arrecadação e comprovantes de transação bancária (doc. 10).

Ademais, alega que o agente fiscal desconsiderou 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 nº 11.872/2009, reproduzido, de modo que a autuação deve ser cancelada.

Consigna, por fim, que o Autuante não respeitou o prazo legal para conversão do Termo de Ocorrência em autuação, a fim de implementar a exigência fiscal, o que entende invalidar a exigência dos débitos fiscais por estar em desconformidade com o comando do art. 28, § 1º do RPAF, de modo que a cobrança, na forma como realizada, incluindo o principal já pago e desconsiderando a redução de que trata o Dec. Estadual 11.872/2009, inquina o lançamento de nulidade, devendo a autuação ser cancelada.

SUBSIDIARIAMENTE: CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA E IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE JUROS DE MORA SOBRE TAL PENALIDADE

Alega que se mantida a exigência fiscal combatida, 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 viola o art. 150, IV do texto constitucional, assim como os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, aplicáveis com ênfase aos atos da Administração Pública, conforme excertos de doutrina e de decisões judiciais reproduzidos.

Concluindo, pede: a) cancelamento da autuação ou, quando menos, cancelamento do débito principal, dado seu recolhimento, ou, ainda, pela desconsideração da redução da base de cálculo de que trata o Decreto Estadual 11.872/2009; b) subsidiariamente, pede o cancelamento parcial do lançamento, pelo reconhecimento do caráter confiscatório da multa imposta e da invalidade de aplicação de juros moratórios sobre tal penalidade; c) protesta pela juntada de novos documentos, realização de prova pericial e sustentação oral de seu direito, ao tempo que informa o endereço de seus advogados (inclusive eletrônico), para fins de intimações.

O Autuante apresentou informação fiscal (fls. 72/73). Após resumir as alegações defensivas, informa:

- a) Improcedência acerca da acusação da situação irregular do Autuado: Consulta ao SCOMT – PSS (fls. 74), demonstra que no período 31/05 a 31/07/24, o contribuinte estava com a situação cadastral irregular e com créditos tributários inscritos em dívida ativa;
- b) Não identificou nos elementos anexados à Impugnação, as citadas planilhas discriminantes e os comprovantes de pagamento alegados pela autuada;
- c) Frisa que a redução da base de cálculo prevista no Decreto Estadual 11.872/09 é exclusiva para as mercadorias previstas no normativo, não sendo caso das mercadorias objeto do AI;
- d) Não procede a alegação de falta de respeito ao prazo mínimo legal previsto para conversão do termo de ocorrência em AI, já que o lavrou dentro do prazo de 90 dias, previsto para tanto;
- e) A multa proposta á a legalmente prevista para a infração constatada e não lhe cabe opinar sobre a inconstitucionalidade suscitada.

Concluindo, mantém a autuação.

É o relatório.

VOTO

Com enquadramento no art. 332, III, “b” do RICMS/BA, c/c Art. 12-A; Art. 23, inciso III; Art. 32 e Art. 40 da Lei nº 7.014/96, a infração acusada pela fiscalização de mercadorias em trânsito (cuja característica da ação se demarca pelo flagrante da irregularidade tributária), é **“054.005.008 - Falta de recolhimento do ICMS referente à 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”.

Sem embargo, a despeito de na data da lavratura do Auto de Infração haver registro no controle interno da SEFAZ como contribuinte em situação de “descredenciado” para postergação de recolhimento de imposto devido, sendo, a princípio, obrigado à antecipação tributária relativas às operações objeto da ação fiscal, antes da entrada na Bahia, é fato que, por ser contribuinte com atividade empresarial de **farmácia, drogaria**, bem como **central de distribuição**, tal obrigação não se lhe aplica em face do regime de tributação diferenciado que se lhe afeta, inserto na seguinte disciplina legal:

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:

(...)

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 desembaraço 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;

...

§ 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. 289...

§ 14. Para determinação da base de cálculo da substituição tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas nesse regime de tributação, o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado (“MVA Ajustada”), calculado segundo a fórmula: “MVA Ajustada = [(1+ MVA ST original) x (1 – ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1”, onde:

I - “MVA ST original” é a margem de valor agregado prevista na legislação do Estado da Bahia para suas operações internas com os produtos relacionados no Anexo 1 deste regulamento;

II - “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III - “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto localizado no Estado da Bahia, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo 1 deste regulamento.

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: (...).

Ora, da disciplina reproduzida é de se constatar que na qualidade de farmácia, drogaria e/ou centro de distribuição, o contribuinte está sujeito ao regramento da Substituição Tributária, independentemente de o produto comercializado constar ou não do Anexo I do RICMS-BA.

Ademais, no caso concreto, embora o Auto de Infração decorrente de ação fiscal instantânea ocorrida no trânsito de mercadorias tipifique e descreva a irregularidade flagrada como falta recolhimento do imposto devido a título de antecipação parcial, os elementos de prova autuados, especialmente o demonstrativo suporte de fl. 04, no qual se detalha a apuração da exação fiscal, informa procedimento fiscal relativo a falta de imposto devido por substituição tributária com encerramento de fase de tributação (Antecipação Tributária Total), infração distinta e incongruente com a tipificada no Auto de Infração, constituindo-se, assim, em vício que, por implicar em mudança de fulcro da acusação fiscal, não é possível sanear na forma prevista no § 1º, do art. 18, do RPAF, neste PAF.

Então, o lançamento tributário não pode prosperar, posto que claramente não identifica de forma clara e segura a infração cometida e o montante devido a título de antecipação do imposto, situação que se amolda ao disposto no art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF-BA/99, bem como no entendimento da Súmula CONSEF nº 01:

“É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ao tempo que, com fundamento no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente, analisar a viabilidade de instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 102427.0433/24-7, lavrado contra **RAIA DROGASIL S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA