

N. F. Nº - 112755.0214/24-4
NOTIFICADO - RAIA DROGASIL S/A.
NOTIFICANTE - FRANCISCO DENIS PINHEIRO CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2025

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0286-04/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. De acordo com os documentos anexados na Impugnação restou comprovado que o Notificado encontrava-se credenciado no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia a recolher a antecipação do ICMS em momento posterior, por força de Decisão Judicial. Notificação Fiscal IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação em lide, lavrada em 30/07/2024, constitui crédito tributário no valor de R\$ 19.194,81, acrescido da multa de 60%, equivalente a R\$ 11.516,88, no total de R\$ 30.711,69, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 054.005.010: “*Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação no regime de substituição tributária, constantes nos DANFES nº 107.671, 107.672, 161.230, 15652 74.339 por contribuinte em situação fiscal de descredenciamento, conforme Termo de Ocorrência n 2174491143/24-0 em anexo*”.

Consta na descrição dos fatos; “*Verifica-se a redução da base de cálculo conforme o art. 1º, § 1º do Decreto nº 11872/2009, bem como a aplicação da MVA conforme Anexo I do RICMS/BA e o art. 289, § 17, V do RICMS/BA*”.

O notificado, às fls. 31/41 dos autos, por meio de advogados legalmente habilitados, apresentou impugnação, inicialmente fazendo uma descrição dos fatos afirmando que a Impugnante teve lavrado contra si a autuação em referência, por meio do qual se exige o recolhimento de ICMS-ST, decorrente do recebimento de mercadorias provenientes de outras unidades federativas supostamente sem o pagamento antecipado do tributo devido a esta unidade federativa.

Ainda segundo a autuação, o imposto seria devido antecipadamente porque o contribuinte objeto da autuação, circunscrito a centro de distribuição da Impugnante neste estado, estaria inaptº em decorrência da situação supostamente irregular no cadastro de contribuintes deste estado.

Não obstante, o referido lançamento não pode prosperar, na medida em que na data da autuação a situação cadastral da Impugnante era regular, sendo certo que o imposto devido na operação retratada foi integralmente recolhido aos cofres públicos, já que a Impugnante manteve sua apuração mensal normalmente.

Não fosse isso suficiente, o fato é 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, é manifestamente confiscatória, já que visa apenas e tão somente aumentar a arrecadação tributária em detrimento do patrimônio do contribuinte.

Abre tópico denominado - DA SITUAÇÃO CADASTRAL DO CONTRIBUINTE e diz que o estabelecimento da Impugnante, contra o qual lavrada a autuação, consubstancia 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, foi lavrado contra ela a autuação em referência, por meio do qual se exige o recolhimento de ICMS-ST, decorrente do recebimento de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, que supostamente deveria ter sido quitado 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. Ocorre que, dada a devida *vênia*, na data da lavratura da autuação combatida, a situação cadastral da Impugnante está REGULAR.

Isso 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 nºs 298941.0117/23-4, 093898.0002/23-5, 092548.0062/23-7, 092558.0066/23-4, 298628.0671/23-2 e 298941.0136/23-9, conforme comprova a anexa decisão judicial (doc. 5), cujo dispositivo prescreve:

"Do exposto, com arrimo no art. 300 do Código de Processo Civil em cotejo com o art. 151, inciso VI do Código Tributário Nacional, CONCEDO A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA para determinar que os débitos decorrentes dos PAFs 298941.0117/23-4, 093898.0002/23-5, 092548.0062/23-7, 092558.0066/23-4, 298628.0671/23-2 e 298941.0136/23-9 não sejam usados para o descredenciamento da requerente do regime especial de recolhimento de que trata o Termo 11289120233, mediante o oferecimento do seguro garantia."

Afirma que nas referidas decisões está dito com todas as letras que o contribuinte não poderia ser descredenciado do regime especial de recolhimento de que trata o Decreto estadual nº 11.872/2009, em razão dos referidos débitos, de forma que jamais poderia ter sido a Impugnante autuada para recolher o imposto antes do ingresso da mercadoria no território baiano no caso concreto, já que seu credenciamento no regime especial de recolhimento estava ou deveria estar ativo no sistema da Secretaria da Fazenda.

Registra que a 5^a e 6^a Juntas de Julgamento Fiscal já anularam dezenas de autuações idênticas a esta lavradas em face da Impugnante, conforme os acórdãos nºs 0340-06/23NF-VD e 0027-05/24NF-VD anexos (doc. 6 e 7) em que averiguado que o débito que constava no sistema da Secretaria da Fazenda como impeditivo para o credenciamento estava garantido e em discussão judicial, de forma que as autuações foram canceladas, dada a invalidade da exigência do imposto por antecipação.

Neste cenário, a cobrança, na forma como realizada, inquia o título de nulidade, devendo ser cancelada a autuação em vista da evidente ilegalidade da exigência do imposto antes do ingresso da mercadoria no território baiano pela suposta irregularidade cadastral enquanto o documento fiscal da Impugnante comprova que no dia da autuação sua situação cadastral estava regular.

Acrescenta que mesmo que superado o argumento supra, o que se admite apenas para argumentar, dada a sua irrefutabilidade, o fato é que a Impugnante apurou e pagou o imposto devido na autuação.

Para comprovar anexa planilha discriminativa com a apuração da Impugnante para o período de julho de 2024, que incluiu a apuração do tributo devido nos documentos fiscais objetos da autuação (doc. 8).

Apresenta, ainda, os documentos de arrecadação e comprovantes de transação bancária (doc. 9), relativo ao período de apuração de julho de 2024, a fim de demonstrar que todo o imposto apurado foi objeto de recolhimento aos Cofres Públicos, incluindo o principal objeto da autuação em tela.

Além disso, 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. Iº, §§ Iº e 2º, do Decreto estadual nº 11.872/2009, cujo teor reproduziu.

Dessa forma considerando o recolhimento do imposto principal para a nota fiscal objeto da presente autuação, confia no cancelamento da autuação.

Por fim argumenta 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 constaram como impeditivo e, consequentemente, 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 DTE da Impugnante, em desatendimento ao comando legal do art. 28, § 1º, do Decreto Estadual nº 7.629/1999.

Subsidiariamente, fala sobre o caráter confiscatório da multa e impossibilidade de aplicação de juros sobre tal penalidade, dizendo que se mantida a exigência ora combatida, o que admite apenas por argumentar, entende que 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 ao art. 150, Inciso IV da Constituição Federal e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis com ênfase aos atos da Administração Pública.

Diz que nenhum valor é devido a título de ICMS-ST, já que sua situação cadastral estava regular, na medida em que o único débito apontado como óbice encontrava-se com sua exigibilidade suspensa no momento da lavratura da autuação.

Ressalta que o princípio da razoabilidade consiste no dever de não ser impostas pelo Estado obrigações, vedações ou sanções aos indivíduos, em contraposição à sua liberdade assegurada, em medida superior à necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins constitucionalmente estabelecidos.

Sobre o tema transcreve ensinamentos de Hugo de Brito Machado e diz que os tribunais vêm firmando o entendimento de que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”. A título ilustrativo, cita o entendimento da Corte Suprema, manifestado por ocasião do julgamento da ADI 551/RJ.

Entende 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, não poderá prevalecer.

Assim, subsistir a cobrança dos juros estar-se-á caracterizando verdadeiro enriquecimento sem causa dela em detrimento do Autuado, com o que também não pode concordar.

Finaliza dizendo que confia no provimento de sua impugnação, com o cancelamento da autuação, dada a comprovação de que a situação da Impugnante na data da autuação era regular, assim como pela comprovação do 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 nº 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.

Protesta 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, e informa, para fins de intimações, o endereço de seus advogados.

O notificante às fls. 71 a 74 após fazer um resumo dos argumentos defensivos diz discordar de todos eles pelos motivos que passa a expor:

1. **Em relação ao pagamento dos DAES apresentados na defesa:** apesar de o impugnante declarar na peça defensiva (fl. 35 desse PAF) que os valores foram pagos, não anexou os comprovantes do recolhimento relativos aos DANFES. Assim, deverá ser mantido a integralidade do imposto devido.
2. **Com relação a alegação de desconsideração da redução da base de cálculo,** diz discordar dos argumentos defensivos pois conforme memória de cálculo (fl. 03 do PAF) os produtos dessa autuação NCM 3003 e 3004 tiveram direito ao benefício da redução da base de cálculo de 28,53%, pois relacionados nos itens I a XI do Decreto 11.872/2009. Já os produtos com as demais NCMs não tiveram direito a redução, pois os mesmos não se enquadram com os NCMs relacionados nos itens I a XI do Art. 1º do Decreto Estadual nº 11.872/2009.
3. **Com relação a alegação de que os débitos que serviram de base para o descredenciamento estariam em discussão judicial,** esse autuante não tem competência para essa análise, que cabe a gestão tributária da SEFAZ. Porém, na data da ocorrência do fato gerador, a autuada encontrava-se em situação de descredenciamento, conforme demonstrado na fl. 70 desse PAF.
4. **Com relação ao prazo para autuação,** cabe registrar que, conforme fl. 1 desse PAF a Notificação em análise foi lavrada no dia 30/07/2024, e o Termo de Ocorrência Fiscal no dia 15/07/2024.
5. **Em relação ao valor da multa, 60%:** essa está legalmente prevista na alínea “d” do Inciso II do Art. 42 da Lei Estadual nº 7014/1996,

Após esclarecer que existe a previsão de redução da multa nos termos do Art. 45 da Lei Estadual nº 7014/1996, e finaliza afirmando persistir os valores integrais relativos ao imposto, por ausência de comprovação do recolhimento e da multa por estar prevista na legislação em vigor.

VOTO

Trata-se de lançamento realizado no trânsito de mercadorias, onde o notificado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido, por antecipação total, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em aquisições interestaduais.

Consta na descrição dos Fatos a seguinte informação: *“Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisição interestadual, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, constante do(s) DANFES nºs 176.536, 176.538, por contribuinte em situação fiscal de descredenciamento, conforme Termo de Ocorrência nº 1522701082/24-9, em anexo”.*

Aduz o impugnante que segundo a autuação, a antecipação do imposto seria devida porque o contribuinte, circunscrito a centro de distribuição da Impugnante, estaria inapto em decorrência da situação supostamente irregular no cadastro de contribuintes deste estado. Entretanto, assevera que na data da lavratura da autuação combatida, a situação cadastral da Impugnante encontrava-se regular. Isso porque, apesar da fiscalização não enumerar 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 nºs 298941.0117/23-4, 093898.0002/23-5, 092548.0062/23-4, 092558.0066/23-4, 298628.0671/23-2 e 298941.0136/23-9.

Informa que na referida decisão, cuja fotocópia anexou aos autos, está dito que o contribuinte não poderia ser descredenciado do regime especial de recolhimento de que trata o Decreto estadual nº 11.872/2009, em razão dos referidos débitos, de forma que, ao seu entender, jamais poderia ter sido a Impugnante autuada para recolher o imposto antes do ingresso da mercadoria no território baiano, já que seu credenciamento no regime especial de recolhimento estava ou deveria estar ativo no sistema da Secretaria da Fazenda.

O Notificante ao prestar a Informação Fiscal assevera que a empresa foi autuada por estar

descredenciada para efetuar o pagamento da antecipação total, nos prazos estipulados na legislação em vigor, portanto, no seu entender, a autuação foi pautada consoante a legislação vigente.

Analizando os documentos anexados aos autos verifico que o sujeito passivo apresentou cópia de TUTELA CAUTELAR ANTECIPADA nº 8083527-50.2024.8.05.0001 proferida pela 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - BA, cópias às fls. 46 a 48, determinando que os débitos decorrentes dos PAFS nos 298941.0117/23-4, 093898.0002/23-5, 092548.0062/23-4, 092558.0066/23-4, 298628.0671/23-2 e 298941.0136/23-9, lavrados contra a empresa autuada não sejam usados para descredenciamento do regime especial de recolhimento previsto no Termo 11289120233, conforme se verifica através de trecho da referida decisão que a seguir copio:

[...]

"Do exposto, com arrimo no art. 300 do Código de Processo Civil em cotejo com o art. 151, inciso VI do Código Tributário Nacional, CONCEDO A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA para determinar que os débitos decorrentes dos PAFs 298941.0117/23-4, 093898.0002/23-5, 092548.0062/23-7, 092558.0066/23-4, 298628.0671/23-2 e 298941.0136/23-9 não sejam usados para o descredenciamento da requerente do regime especial de recolhimento de que trata o Termo 11289120233, mediante o oferecimento do seguro garantia."

Dita decisão foi proferida em 14/07/2024, e, em consequência suspendeu a exigibilidade dos débitos do defendant inscritos na Dívida Pública, conforme se observa através de trechos da referida decisão:

"E acordo com o art. 9º da Lei 6830/1980, o seguro garantia, cujo valor deve corresponder ao montante da dívida acrescido de juros, multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, constitui uma das modalidades de garantia de execução, possuindo os mesmos efeitos de uma penhora antecipada.

A matéria foi objeto do Tema 237, em sede de Recurso Repetitivo, com fixação da seguinte tese pelo STJ: "É possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa".

Em assim sendo, concluo que no momento do início da ação fiscal ocorrido em 15/07/2024 através da lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal nº 2174491143/24-0, conforme se verifica à fl. 10 do PAF, o sujeito passivo não se encontrava DESCREDENCIADO, não só por força da mencionada decisão, friso, exarada em 14/07/2024, como também pelo art. 3º, II, do Decreto nº 11872/09 e do /art. 151, IV, do CTN.

Nestas circunstâncias, estando o contribuinte CREDENCIADO, por força de Decisão Judicial, o prazo para pagamento do imposto é aquele previsto no § 2º do art. 332 do RICMS/BA, ou seja: *"até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal"*, e não antes da entrada no território deste Estado, como entendeu a fiscalização.

Ante ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA julgar IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal nº 112755.0214/24-4, lavrado contra RAIA DROGASIL S.A.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 dezembro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA