

N. F. N° - 298942.0309/24-1
NOTIFICADO - RAIA DROGASIL S/A.
NOTIFICANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2025

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0290-04/24NF-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 03/03/2024, constitui crédito tributário no valor de R\$ 11.644,66 acrescido da multa de 60%, equivalente a R\$ 6.986,79, no total de R\$ 18.631,45, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 055.015.003: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.”.*

Consta da “Descrição dos fatos”: *“Mercadorias oriundas de outra unidade da federação, para contribuinte inscrito neste estado, que se encontra descredenciado, e, sem efetuar o recolhimento do imposto devido, antes da entrada neste estado. Medicamentos da lista Negativa. Danfe 045482.”.*

O notificado, às fls. 28/38 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 298628.0137/23-6, 293259.1194/23-2, 293259.1195/23-9, 293259.1198/23-8 e 293259.1199/23-4, conforme comprova a anexa decisão judicial (doc. 5), cujo dispositivo prescreve:

“Diante do exposto, concedo à empresa autora (RAIA DROGASIL S/A - matriz e filial) a medida antecedente requerida para, à vista da garantia contida na Apólice do Seguro Garantia Judicial apresentada, com vigência até 08/02/2029, cujo valor total assegurado inclui o montante atualizado do débito, com os honorários e acréscimos legais, considerar prestada a penhora prévia dos débitos decorrentes dos Autos de Infração nºs 298628.0137/23-6, 293259.1194/23-2, 293259.1195/23-9,

293259.1198/23-8 e 293259.1199/23-4, ordenando ao Ente, em até 3 dias, a expedição de Certidão de Regularidade e/ou Positiva com Efeito de Negativa, nos termos do art. 206 do CTN, se único débito, abstendo-se de incluir seu nome no CADIN Estadual ou em quaisquer outros cadastros de proteção ao crédito, inclusive apontamento do débito em cartório (protesto), abstendo-se, também, o Ente de suspender a Autora do regime de beneficiamento fiscal de que trata o Termo 11289120233 (doc. 7), sob pena de multa a ser aplicada.”

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 5ª e 6ª 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, inquina 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 março 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 março 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. 1º, §§ 1º 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, 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 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.

VOTO

No presente lançamento o notificado foi acusado de ter cometido a seguinte infração: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.”*

De início destaco, que no presente caso, restou caracterizado que a ação fiscal foi desenvolvida no trânsito de mercadorias, e, de acordo com o contido na “Descrição dos Fatos” e documentos anexados aos autos, na realidade trata-se de falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisição interestadual, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, no caso, medicamentos, constante no DANFE nº 045482, por contribuinte em situação fiscal de descredenciamento, conforme Termo de Ocorrência nº 152477.1067/24-5, fl. 04.

Vejo, portanto, uma flagrante falta de nexos entre o fulcro da acusação e os fatos realmente ocorridos, o que, a princípio acarretaria a nulidade do lançamento, entretanto, por vislumbrar uma decisão favorável ao contribuinte, passo a análise do mérito, com fulcro no Parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, que assim dispõe:

“Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.”

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

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 298628.0137/23-6, 293259.1194/23-2, 293259.1195/23-9, 293259.1198/23-8 e 293259.1199/23-4,

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.

Analisando os documentos anexados aos autos verifico que o sujeito passivo apresentou cópia de TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE nº 8020500-93.2024.8.05.0001 proferida pela 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - BA, cópias às fls. 57 a 59, determinando que os débitos decorrentes dos PAFs nos 298628.0137/23-6, 293259.1194/23-2, 293259.1195/23-9, 293259.1198/23-8 e 293259.1199/23-4, lavrados contra a empresa autuada não sejam usados para suspensão do regime de beneficiamento fiscal que trata o Termo 11289120233, conforme se verifica através de trecho da referida decisão que a seguir copio:

[...]

“Diante do exposto, concedo à empresa autora (RAIA DROGASIL S/A - matriz e filial) a medida antecedente requerida para, à vista da garantia contida na Apólice do Seguro Garantia Judicial apresentada, com vigência até 08/02/2029, cujo valor total assegurado inclui o montante atualizado do débito, com os honorários e acréscimos legais, considerar prestada a penhora prévia dos débitos decorrentes dos Autos de Infração nºs 298628.0137/23-6, 293259.1194/23-2, 293259.1195/23-9,

293259.1198/23-8 e 293259.1199/23-4, ordenando ao Ente, em até 3 dias, a expedição de Certidão de

Regularidade e/ou Positiva com Efeito de Negativa, nos termos do art. 206 do CTN, se único débito, abstendo-se de incluir seu nome no CADIN Estadual ou em quaisquer outros cadastros de proteção ao crédito, inclusive apontamento do débito em cartório (protesto), abstendo-se, também, o Ente de suspender a Autora do regime de beneficiamento fiscal de que trata o Termo 11289120233 (doc. 7), sob pena de multa a ser aplicada.”

Dita decisão foi proferida em 20/02/2024, e, apesar de não ter suspenso a exigibilidade do crédito tributário, inscrito em Dívida Ativa, conforme se verifica através de excerto da referida decisão que assim se apresenta: “*Em suma, conquanto o seguro-garantia não acarrete a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pode ser oferecido como prévia penhora, nos termos do art. 9º, inc. II da Lei Federal nº 6.830/80, para afastar os efeitos secundários da dívida*”, foi determinado que tais cobranças não fossem usadas para descredenciamento da Notificada do Regime Especial de recolhimento do imposto, previsto no Decreto nº 11.872/2009, e, consequentemente, mantendo o direito do notificado em recolher o imposto, antecipação tributária de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, no prazo especial previsto no § 2º do art. 332 do RICMS/BA.

Em assim sendo, concluo que no momento do início da ação fiscal ocorrido em 03/03/2024 através da lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal nº 1524771067/24-5, conforme se verifica à fl. 04 do PAF, o sujeito passivo não se encontrava DESCREDENCIADO, não só por força da mencionada decisão, friso, exarada em 20/02/2024, 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 298942.0309/24-1, lavrado contra **RAIA DROGASIL S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 dezembro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR