

A. I. N° - 232857.0165/24-5
AUTUADO - RAIA DROGASIL S.A.
AUTUANTE - JOSÉ LUCIANO MATURINO DE SOUZA
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05/05/2025

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0068-03/25-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. No momento da ação fiscal o contribuinte se encontrava credenciado no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia de recolher a antecipação do ICMS em momento posterior, por força de Decisão Judicial. Prejudicadas a análise das demais razões de defesa. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 21/03/2021, decorrente da fiscalização de trânsito de mercadorias, para constituir crédito tributário no valor de R\$ 123.012,12, acrescido da multa de 60%, 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.

Consta da “Descrição dos fatos”: “Contribuinte atacadista do ramo farmacêutico, “Descredenciado” a postergar o pagamento do ICMS s/Antecipação Tributária, com inúmeros PAFs, inscritos em Dívida Ativa, promoveu a entrada no Estado da Bahia de produtos para comercialização, não contemplados no Regime Especial de Tributação do Dec. 11.872/09, no qual é signatário, sem recolher o ICMS s/Antecipação Tributária Total, antes de adentrar em território baiano. Art. 294: As farmácias, drogarias, e casas de produtos naturais, bem como suas entrais 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 a MVA ajustada, nos termos do § 14, do art. 289, nos casos de aquisições interestaduais: § 17. V(60%) e 294, II, do RICMS-BA/12. MVA AJUSTADA: 12% > 77,10%; 4% > 93,20% ...”

O Autuado apresenta Impugnação às fls. 76 a 88, assinalando que teve lavrado contra si o auto de infração em referência, por meio do qual se exige dela 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. E que o imposto seria devido antecipadamente porque estaria inapto em decorrência da situação supostamente irregular no cadastro de contribuintes deste Estado.

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

Assinala 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.

Esclarece que o estabelecimento autuado 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.

Frisa que na consecução de suas atividades, foi lavrado contra ela o auto de infração 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.

Diz ainda segundo a autuação, a antecipação do imposto seria devida porque o contribuinte objeto da autuação, circunscrito a seu centro de distribuição, estaria inapto em decorrência da situação supostamente irregular no cadastro de contribuintes deste estado.

Afirma que na data da lavratura da autuação combatida, ocorrida em 21/03/2024, a sua situação cadastral era regular.

Registra que, conquanto o Autuante não enumere as autuações que estariam inscritas em dívida ativa, o fato é que já havia distribuído ação judicial e apresentado garantia em face dos PAFs 281071.0003/21-7, 128984.0861/23-0, 128984.1452/23-7, 272466.0810/23-1, 272466.0814/23-7, 272466.0821/23-3, 272466.0942/23-5, 272466.1201/23-9, 281394.1073/23-1, 293259.1350/23-4, 293259.1352/23-7, 293259.1354/23-0, 293259.1356/23-2, 293259.1358/23-5, 293259.1360/23-0, 298942.0285/23-7, 298942.0287/23-0, 128984.1451/23-0, 272466.0797/23-5, 272466.0812/23-4, 272466.0815/23-3, 272466.0825/23-9, 272466.0951/23-4, 293259.1197/23-1, 293259.1351/23-0, 293259.1353/23-3, 293259.1355/23-6, 293259.1357/23-9, 293259.1359/23-1, 298942.0286/23-3, 298942.1120/23-1, 110085.0560/23-5 e 110085.0558/23-0, conforme comprovam as anexas decisões judiciais (doc. 5 e 6), 108 e 116, datadas de 07/03/2024, fls. cujos dispositivos transcreve, às fls. 79 e 80.

Menciona que nas referidas decisões nos processos de Tutela Cautelar Antecedente de nº 8029486-36.2024.8.05.0001 – 3ª V de Fazenda Pública de Salvador e 8030879-939.2024.8.05.0001- 4ª V de Fazenda Pública de Salvador, fls. 108 a 116, está dito com todas as letras que o contribuinte não poderia ser descredenciado do regime especial de recolhimento de que trata o Dec. 11.872/2009, em razão dos referidos débitos, de forma que jamais poderia ter sido a 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, conforme os acórdãos ns. 0340-06/23NF-VD e 0027-05/24NF-VD anexos (doc. 7 e 8), 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.

Por isso, afirma que 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 que apresenta comprova que no dia da autuação sua situação cadastral estava regular.

DO PAGAMENTO DO PRINCIPAL.

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

Para tanto, confira-se a anexa planilha discriminativa com a apuração para o período de março de 2024, que incluiu a apuração do tributo devido nos documentos fiscais objetos da autuação (doc. 9).

Apresenta, ainda, os anexos documentos de arrecadação e comprovantes de transação bancária (doc. 10), 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.

Acrescenta ainda que o Autuante 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 Dec. nº 11.872/2009, cujo teor reproduz à fl. 82.

Pondera que, considerando o recolhimento do imposto principal para a nota fiscal objeto da presente autuação, confia no cancelamento do auto de infração.

DA INVALIDADE DO PROCEDIMENTO DE CONVERSÃO DO TERMO EM AUTUAÇÃO.

Assinala que o 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 seja descredenciada do seu regime especial de recolhimento do ICMS, já que transcorrido o prazo de 90 dias da lavratura da autuação e a ciência desta autuação no sistema DTE, em desatendimento ao comando legal do art. 28, § 1º, do Dec. nº 7.629/1999.

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

Declara que se mantida a exigência ora combatida, o que se 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 art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis com ênfase aos atos da Administração Pública.

Acrescenta ainda que 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.

Cita o princípio da razoabilidade, que contempla a proporcionalidade como um de seus pressupostos, 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 (valores) constitucionalmente estabelecidos.

Sobre o dever de aplicação e a estrita observância ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na imposição de multas em âmbito fiscal, traz a colação ensinamentos de Hugo de Brito Machado.

Com efeito, há muito os tribunais vêm firmando o entendimento de que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘détournement de pouvoir’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode acender-se não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado”.

Assinala o entendimento da Corte Suprema, manifestado por ocasião do julgamento da ADI 551/RJ, cuja ementa transcreve no qual há apreciação sobre a desproporcionalidade na aplicação de sanções administrativas, tema aqui tratado.

Diz que, não fosse isso suficiente, 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.

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

Diz confiar a 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 no afastamento da incidência de quaisquer juros moratórios sobre a multa objeto da ação em análise.

Pugna o provimento desta Impugnação com o cancelamento da autuação, dada a comprovação de que a sua situação cadastral 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 Dec. estadual n. 11.872/2009

Requer, subsidiariamente, 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: Rua do Rócio, n. 423, conjunto 1.808, Vila Olímpia, CEP 04552-000, São Paulo, SP, Fone (11) 2177-2177, e-mails: rodrigo@carreiro.adv.br e leonardo.laterza@carreiro.adv.br

O Autuante, em sua informação fiscal às fls. 131 e 132, destaca que o Autuado atua no comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano e adquire produtos de higiene pessoal, não contemplados no art. 1º, do Termo de Acordo – Dec. 11.872/2009, no qual é signatário;

Observa que na data da ocorrência: 01/03/2024, fl. 05, apresentava-se com restrição de crédito, com PAF inscritos em Dívida Ativa, e, portanto, “descredenciado” a postergar o recolhimento da Antecipação Parcial, para o dia 25 do mês seguinte, vide fl. 06, em anexo, obtendo sua regularização ou baixa da condição, em 19/03/2024, conforme informação do Sistema Sefaz - Gerencia de Mercadorias em Trânsito - Sistema Scomt - Relação de Contribuintes Descredenciado, apensado ao PAF.

Assevera ser pertinente a aplicação o art. 294, combinado com o art. 289, § 14 e 17, conforme relato no quadro: Descrição dos Fatos, do presente Auto de Infração:

“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:

I - de 100% (cem por cento), tratando-se de aquisições de insumos para manipulação de produtos no estabelecimento;

II - estipulada no § 17 do art. 289, nas aquisições para revenda.

[...]

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento

[...]

§ 14. Para determinação da base de cálculo da substituição tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas nesse regime de tributação, 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.

Frisa que o Impugnante não reconhece a sua condição de “Descredenciado” no Cadastro de Contribuintes do Estado; Afirma ter realizado, integralmente, o pagamento do imposto relativo aos DANFES relacionados na autuação, porém, em data posterior ao momento da ocorrência.

Conclui pela procedência da Autuação.

Consta à fl. 134, acostado pelo Autuante cópia de “Relação de Contribuintes Descredenciados”.

VOTO

Depois de compulsar os elementos que compõem o presente PAF, verifico que: *i)* a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; *ii)* foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; *iii)* foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e *iv)* não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante levantamento e documentos acostados aos autos. Portanto, o presente Auto de Infração se afigura revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o presente lançamento.

No mérito, o Auto de Infração em epígrafe, acusa o Autuado de ter deixado de proceder a antecipação do ICMS antes da entrada neste Estado, nas aquisições interestaduais, relativo aos DANFES listados no Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 04, anexos aos autos, por se encontrar descredenciado, conforme consulta às fls. 08 e 07 e fl. 134, em razão de débito em dívida ativa e, em consequência, sem direito ao benefício fiscal previsto no inciso II, do art. 3º, do Dec. nº 11872/09, pelo qual, em seu art. 1º, instituiu regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário relacionados, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos do Decreto, tendo no seu art. 3º, inciso II, estipulado que somente será credenciado o contribuinte que não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa.

Dentre suas razões de defesa, o sujeito passivo alega que na data da lavratura da autuação a situação cadastral do estabelecimento autuado era regular, uma vez que os débitos listados que serviram de base para o seu Descredenciamento no CAD-ICMS-BA estavam garantidos e em discussão judicial nos processos 8029486-36.2024.8.05.0001 e 8030879-939.2024.8.05.0001, fls. 108 a 116, que tramitam no TJBA, carreando aos autos cópia das decisões, fls. 108 a 116, exaradas em 07/03/2024.

Exame das supracitadas decisões judiciais, às fls. 108 a 116, Processos sob Tutela Cautelar Antecedente de nº 8029486-36.2024.8.05.0001 da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, como também de nº 8030879-93.2024.8.05.0001 da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, este referente a 32 PAF, ambas as decisões datadas de 07 de março de 2024, - portanto, antes da lavratura do presente Auto de Infração, em 21/03/24, restabelecendo o status de credenciado no Regime Especial de recolhimento do imposto, previsto contra o próprio estabelecimento Autuado, da existência da decisão judicial decorrente do Processo sob Tutela Cautelar Antecedente, previsto no Dec. nº 11.872/2009.

Por isso, resta evidenciado que, à época da ação fiscal, o estabelecimento autuado não se encontrava descredenciado no CAD-ICMS-BA - Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, por força da decisão judicial.

Saliento que as duas decisões foram lastreadas em Apólice de Seguro Garantia no montante, acolhidas pelo Juízo, respectivamente, de R\$ 752.338,12 e R\$ 2.936.958,42.

Entendo que as ações judiciais de tutela em garantia não caracterizam matéria que diz respeito especificamente ao objeto do procedimento administrativo, mas, sim, que ensejam a suspensão da exclusão do direito de recolher em data especial, cuja decisão não se discute, mesmo sendo ações judiciais no sentido de garantias dos valores exigidos a fim de suspender exigibilidade das cobranças, permitindo que não sejam usadas para descredenciamento do Autuado do Regime Especial de recolhimento do imposto, previsto no Dec. nº 11.872/2009.

Estando o Autuado, no momento da ação fiscal, sob análise, com a exigibilidade do débito inscrito em Dívida Ativa suspensa, em decorrência de decisões judiciais terem deferido o pedido de aceite da garantia oferecida, sendo restabelecida sua condição cadastral, inclusive como previsto no art. 3º, II, do Dec. nº 11.872/09 e no art. 151, V, do CTN.

Em suma, restaurada a situação cadastral de CREDENCIADO do Autuado por via de Decisão Judicial, volta a vigorar o prazo para pagamento do imposto previsto no § 2º, do art. 332, do Dec. nº 13.780/12, 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 procedeu a fiscalização.

Logo, resta configurada a insubsistência da autuação.

O Impugnante solicita que as intimações do presente feito, sejam enviadas para o endereço de seus advogados: Rua do Rócio, nº 423, conjunto 1.808, Vila Olímpia, CEP 04552-000, São Paulo, SP, Fone (11) 2177-2177, e-mails: rodrigo@carreiro.adv.br e leonardo.laterza@carreiro.adv.br. Registro inexistir óbice algum para o seu atendimento, contudo o não atendimento não implica nulidade, nos termos do RPAF-BA/99. Ademais, o representante do Autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações atinentes ao presente feito.

Pelo expendido, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232857.0165/24-5**, lavrado contra **RAIA DROGASIL S.A.**

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a" item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2025.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA