

N. F. Nº - 272466.1040/23-5
NOTIFICADO - RAIA DROGASIL S/A
NOTIFICANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BAHIA-GOIAS

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0069-02/25NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTES DA ENTRADA NO ESTADO. Tipificação, descrição dos fatos, enquadramento legal e forma de apuração do imposto desconformes. Mercadorias sujeitas a Antecipação Tributária Total enquadradas no Regime de Antecipação Tributária Parcial. Cerceamento do direito de defesa e insegurança quanto a base de cálculo do tributo lançado. Aplicação a Súmula 01 do CONSEF. Instância Única. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 18/08/2023, no Posto Fiscal Bahia-Goiás, com contribuinte cientificado em 07/11/2023 (via DT-e), em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 24.116,24, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 14.469,74, no total de R\$ 38.585,98, em decorrência da constatação da seguinte infração:

Infração – 01: 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.

Enquadramento Legal – Art. 332, III, “b” do RICMS, 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. Tipificação da Multa - Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos “*falta de recolhimento do ICMS referente a 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*”.

Foram juntados aos autos, dentre outros documentos, demonstrativo de débito, memória de cálculo, consulta da situação cadastral do contribuinte, intimação via sistema DT-e, DANFES das NFs-e nº 252.234 a 252.238, DACTE e DAMDFE

Foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 2113231239/23-5, em 18/08/2023, no Posto Fiscal Bahia-Goiás, referente as mercadorias constantes nos DANFES referenciados.

O sujeito passivo ingressou com defesa administrativa, através de representante legal, na qual se qualificou, passando a discorrer sobre as razões da sua irresignação sobre a lavratura da presente Notificação Fiscal.

I - Dos Fatos

Esclareceu que a impugnante teve lavrado contra si o “auto de infração” em referência, por meio do qual foi exigido o recolhimento do ICMS-ST, decorrente do recebimento de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, supostamente sem o pagamento antecipado do tributo devido a esta unidade federativa.

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

Defendeu que o lançamento não poderia prosperar, pois o imposto devido na operação teria sido integralmente recolhido aos cofres públicos e na modalidade antecipada, tendo o agente fiscal, na apuração realizada, desconsiderado a redução prevista pelo Decreto Estadual nº 11.872/2009.

Protestou que a multa aplicada ao caso, correspondente a 60% do imposto sequer devido no momento do ingresso da mercadoria no Estado, mas sim, no dia 09 do mês subsequente ao da entrada, seria manifestamente confiscatória, uma vez que visava apenas e tão somente aumentar a arrecadação tributária em detrimento do patrimônio do contribuinte.

II - Do Mérito

Informou que a impugnante possuía um Centro de Distribuição, no qual promovia o recebimento de mercadorias de outros Estados e a transferência às filiais estabelecidas no Estado da Bahia e outras unidades da Federação. Na consecução de suas atividades teve lavrado contra si o “auto de infração” em referência, por meio do qual estaria sendo exigido o recolhimento do ICMS-ST, pelos motivos expostos no tópico anterior.

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

Reafirmou que nenhum tributo seria devido, pois o impugnante teria realizado o pagamento integral do imposto relativo às notas fiscais consignadas na autuação, não deixando de recolher tributo algum aos cofres públicos. Além disso, o agente fiscal teria deixado de considerar o benefício previsto de que trata o Termo de Acordo entabulado com o contribuinte, prescrito no artigo 1º, § 1º e 2º do Decreto Estadual nº 11.872/2009, que reproduziu.

Além disso, os débitos listados como impeditivo e que serviram de base para o descredenciamento da impugnante estariam garantidos e em discussão judicial nos processos que enumerou, os quais tramitavam no sistema PJe do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA), podendo ser consultados pela rede mundial de computadores.

Por fim, deveria ser consignado que o agente autuante não respeitou o prazo mínimo legalmente previsto para conversão do Termo de Ocorrência Fiscal (TOF) em autuação formal, a fim de implementar a exigência descrita no Termo, o que reforçaria a invalidade de tais débitos constarem como impeditivo e, conseqüentemente, tornarem a impugnante descredenciada do seu regime especial de recolhimento do ICMS, uma vez que transcorridos 90 (noventa) dias entre lavratura da autuação a ciência no sistema DT-e da impugnante, em desatendimento ao comando legal do art. 28, § 1º, do RPAF-BA.

Nesse cenário, a cobrança, na forma como realizada, incluindo o valor principal já pago e desconsiderando a redução prevista no Decreto Estadual nº 11.872/2009 inquinaria o título de nulidade, devendo ser cancelada a autuação em vista do pagamento nela exigido.

III - Subsidiariamente: caráter confiscatório da multa e impossibilidade de aplicação de juros sobre tal penalidade

Observou, que se mantida a exigência 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, se estaria violando o art. 150, IV, da Constituição Federal, assim como os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, aplicáveis com ênfase aos atos da Administração Pública.

As referidas violações se agravam mais para o caso em tela, no qual teria restado comprovado não ser devido qualquer valor a título de ICMS-ST, o qual estaria integralmente recolhido, por antecipação, no período objeto da autuação.

Em seguida, discorreu sobre os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, citando a doutrina de Hugo de Brito Machado e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Asseverou, que sendo a multa uma pena pecuniária imposta ao contribuinte pelo órgão competente em situações de descumprimento de legislação, não poderia sobre ela incidir juros, os quais possuíam também natureza punitiva, sob pena de o contribuinte ser duplamente penalizado. A subsistência da cobrança de juros caracterizaria enriquecimento sem causa em detrimento da impugnante.

Concluiu afirmando que a impugnante confiava no provimento da sua defesa, com reconhecimento da abusividade da penalidade ora combatida, fosse pelo caráter confiscatório ou pela afronta perpetrada a razoabilidade, a qual deveria ser integral ou ao menos parcialmente cancelada. Confiava, também, no afastamento da incidência de quaisquer juros moratórios sobre a multa aplicada ao débito objeto da ação fiscal.

No tópico final que denominou “**Dos Pedidos**”, **requereu**:

O provimento da Impugnação, com o cancelamento da autuação, dada a comprovação do pagamento do tributo exigido; ou, quando menos, o cancelamento do débito principal, dado seu recolhimento; ou, pela desconsideração, do agente fiscal, quanto a redução da base de cálculo do imposto de que trata o Decreto Estadual nº 11.872/2009.

Subsidiariamente, pediu o cancelamento parcial do lançamento, pelo reconhecimento do caráter confiscatório da multa imposta e da invalidade da aplicação de juros moratórios sobre a penalidade.

Concluiu pugnando pela produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente a juntada de novos documentos, assim como a realização de prova pericial e sustentação oral do seu direito; envio das intimações para os advogados do contribuinte, no endereço indicado.

Apresentou documentos comprobatórios da representação legal, porém não juntou ao processo provas das alegações defensivas.

Não consta informação fiscal no processo.

O sujeito passivo, através de representante legal, apresentou memoriais ao processo, no qual reiterou as alegações realizadas na peça impugnatória.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada durante ação ocorrida no trânsito de mercadorias, decorrente da constatação da falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias constantes dos DANFES das NFs-e nº 252.234 a 252.238, destinadas a contribuinte que se encontrava na situação de “descredenciado” por restrição de crédito inscrito em Dívida Ativa, situação que restringe o direito a realização do pagamento do imposto em momento posterior.

A base legal da lavratura da Notificação Fiscal são os artigos 332, III, “b” do RICMS/BA c/c art. 12-A; art. 23, inciso III; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7014/96.

Analisando a situação posta, em que pese as alegações apresentadas na peça defensiva, consta nos controles da Sefaz-BA que o contribuinte se encontrava na situação de “descredenciado” no período de 11/08/2023 a 19/09/2023, durante o qual ocorreu a presente ação fiscal, precisamente em 18/08/2023, fato que ratifica a obrigatoriedade do pagamento antecipado do ICMS devido na operação antes da entrada no Estado da Bahia.

No entanto, outros elementos do presente lançamento requerem maior aprofundamento e atenção.

A presente lavratura possui as seguintes características:

(I) na qualidade de farmácia/drogaria/centro de distribuição, o contribuinte está submetido ao regime jurídico de Substituição Tributária, uma vez que distribui e comercializa mercadorias (medicamentos e afins) constantes do Anexo I do RICMS-BA, se enquadrando, portanto, no disposto pelo artigo 8º, inciso II, § 4º, inciso I da Lei 7.014/96, transcrito:

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 desembarço 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.

(II) como informado na peça impugnatória, o contribuinte possui um Centro de Distribuição no Estado da Bahia, a partir do qual realiza transferência de mercadorias para as filiais estabelecidas neste Estado e em outras unidades da Federação, situação que lhe enquadra também ao previsto no art. 8º, § 9º da Lei 7.014/96, assim como no art. 294 do RICMS/BA, transcritos:

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:

(...)

§ 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. 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: (...).

Como demonstrado, 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.

Em vista disso, em que pese a constatação do cometimento da infração, durante ação fiscal ocorrida no transito de mercadorias, a qual se caracteriza pela instantaneidade, o enquadramento na capitulação legal de “falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial” diverge da questão fática, uma vez que não estamos tratando da falta de recolhimento de imposto devido a título de antecipação tributária parcial, mas sim, de antecipação tributária total.

Desse modo, constato que a presente lavratura não pode prosperar, posto que não se identificam de forma clara e segura: (I) a infração cometida; (II) o montante devido a título de antecipação parcial do imposto, o qual foi apurado na forma de cálculo da antecipação total, com aplicação de MVA (margem de valor agregado); (III) a base de cálculo, uma vez que o Demonstrativo de Débito apresenta base de cálculo diversa do valor total das notas fiscais; situações que se

amoldam ao disposto pelo art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF-BA/99, e afrontam os Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Segurança Jurídica.

Ademais, este Conselho possui entendimento pacificado quanto a situações semelhantes, quanto ao fato de ser nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do imposto, nos termos da SÚMULA CONSEF Nº 01: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO, CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO:

“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”.

Isso posto, considero NULA de ofício a Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 272466.1040/23-5, lavrada contra **RAIA DROGASIL S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2025.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - RELATORA