

N. F. Nº - 927799.2005/15-9  
AUTUADO - SICBRAS – CARBETO DE SILÍCIO DO BRASIL LTDA.  
NOTIFICANTE - ADILENE VIEIRA TEIXEIRA AMARAL  
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/05/2020

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0056-06/20NF**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. SUJEITO PASSIVO POR ANTECIPAÇÃO NA ENTRADA. Restou constatado, que a infração constante do formulário do presente lançamento de crédito tributário, registrou a infração 01 - 07.01.03. Enquanto que a memória de cálculo deste lançamento de crédito tributário, fl. 02, se refere à exigência de antecipação parcial que está tombada sob o código 07.15.03. Trata-se de vício material, posto que vinculado ao núcleo do lançamento, impedindo que possa ser sanado a partir de uma simples correção conforme determina o §1º, do art. 18 do RPAF, implicando em sua nulidade, com espeque na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal objeto deste relatório, foi lavrado em 18/12/2015, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$19.301,69, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração – 01 - 07.01.03 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 12 a 41, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

Abordando o tópico ‘2 - DOS FATOS’ disse que a Impugnante é uma sociedade empresária que tem como objeto social a fabricação de produtos químicos inorgânicos (Carbeto de Silício – CNAE 20.19-3/99), e o comércio atacadista de carbeto de silício (CNAE 46.84-2/99) (Doc. 01).

Que segundo fundamentação do lançamento fiscal, tal multa é incidente sobre o imposto que supostamente deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, sendo relativa à entrada de mercadorias, no mês de abril de 2013, sujeitas ao regime de Substituição Tributária, com saída posterior tributada normalmente (vide descriptivo da infração, Doc. 02).

Explicou que tais movimentações foram devidamente registradas na escrita fiscal, conforme disse atestar a própria Autoridade Fiscal. Bem como, acrescentou que a Autoridade Fiscal enquadrou a operação e a exigência legal de recolhimento do tributo por antecipação, no dispositivo legal do art. 8º, inciso II e § 3º, art. 23 da Lei do Estado da Bahia nº 7.014/1996, e art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Ressaltou que restará esclarecido a seguir, que não há que se falar, na hipótese em tela, em obrigação legal de antecipar o ICMS, posto que, ao contrário do previsto na norma:

- (i) a mercadoria adquirida não está dentre aquelas previstas no Anexo I da Lei do Estado da Bahia nº 7.014/1996 e do RICMS;

- (ii) a mercadoria adquirida foi destinada a processo de industrialização, e, não, para simples revenda.
- (iii) parte das mercadorias adquiridas, depois de submetidas à industrialização, foram destinadas ao mercado externo, sendo essa saída, abarcada por imunidade constitucional para fins de incidência do ICMS;
- (iv) a outra parte foi destinada à saída interestadual, não acobertada por Convênio firmado pelos estados da federação.

Que restará fundamentado que estas circunstâncias afastam a incidência do ICMS antecipado na modalidade de substituição tributária, o que descaracteriza a infração e repele a aplicação da multa.

Com relação à exigência da penalidade de multa, afirmou que restará comprovado que, mesmo se houvesse o descumprimento da obrigação de pagar o ICMS antecipadamente, a aplicação de percentual de 60% é desproporcional, não razoável, posto que o ICMS incidente sobre a operação de venda foi integralmente recolhido, dentro do prazo de vencimento, não acarretando quaisquer prejuízos ao erário.

Adentrando aos tópicos “3 – MÉRITO/3.1 DA NULIDADE DO LANÇAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DO ICMS ST SOBRE MERCADORIAS NÃO LISTADAS NO ANEXO I DO RICMS/BA - INOCORRÊNCIA FÁTICA DA HIPÓTESE LEGAL DO ART. 8º, INCISO II E § 3º DA LEI Nº 7.014/1996 E CAPUT ART. 289 RICMS PUBLICADO PELO DECRETO 13.780/2012”, afirmou que a sistemática da substituição tributária do ICMS foi prevista pela Constituição Federal de 1988 (CR/88) em seu § 7º do artigo 150 que outorgou, na alínea b, do inciso XII do § 2º do art. 155 deste diploma, à Lei Complementar dispor sobre Substituição Tributária. A Lei complementar nº 87/96 estabeleceu normas gerais sobre a sistemática, no art. 6º e seguintes.

E que conforme se depreende da Notificação de Lançamento, a penalidade se embasa no descumprimento da obrigação legal prevista no art. 8º, inciso II e § 3º da Lei Estadual nº. 7.014/1996, e art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Resumiu que as referidas normas impõem obrigação ao sujeito passivo de recolher o ICMS antecipadamente, na hipótese em que for revender alguma das mercadorias constantes do Anexo I do mesmo diploma legal, veja-se:

*Lei Estadual nº 7.014/1996*

*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;*

*(...)*

*§ 3º O cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação ou substituição tributária será feito em função do disposto no art. 23.*

*RICMS/BA*

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

Pede que se observe que a notificação fiscal arrola as notas fiscais de entrada que supostamente gerariam a obrigação do recolhimento do ICMS antes da saída para venda das referidas mercadorias (Doc. 02) fl. 57. Disse inferir-se, pela análise das mercadorias discriminadas nas notas fiscais (Doc. 3.1) fls. 59 a 75, que nenhum dos produtos está arrolado no Anexo I da referida Lei.

Explicou que o Anexo I arrola as NCMs e descrições de produtos dentre os quais não se encontra a NCM nº 28492, nem tampouco, a descrição das mercadorias trazidas nas notas fiscais objeto da notificação ora impugnada:

Nº NF entrada	data emissão	data vencimento	origem	NCM	Descrição	Valor Produto	Peso Líquido
37182	10/abr	10/mai	MG	2849200	Sika Met Ox10 mm	R\$ 70.441,83	25.650
37225	11/abr	10/mai	MG	2849201	Sika Met Ox10 mm	R\$ 70.441,83	25.650
37247	11/abr	10/mai	MG	2849202	Sika BC NI Ox10 mm	R\$ 82.746,22	25.200
37251	11/abr	10/mai	MG	2849203	Sika BC NI Ox10 mm	R\$ 82.746,22	25.200
37615	22/abr	10/mai	MG	2849204	Sika Met Ox10 mm	R\$ 70.441,83	25.650
37852	26/abr	10/mai	MG	2849205	Sika BC NI Ox10 mm	R\$ 82.746,22	25.200

Reiterou que o inciso II, do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.014/1996 e o caput do art. 289 do RICMS/BA, impõem ao sujeito passivo a obrigação legal de recolher o ICMS antecipadamente apenas quanto às mercadorias expressamente arroladas no Anexo I.

Ressaltou que por não serem as mercadorias enquadradas dentre aquelas cuja legislação impõe a obrigação de recolher o ICMS de forma antecipada, não há que se falar na cobrança antecipada deste, mas, apenas, da incidência do ICMS normal, na operação de venda.

Afirmou que conforme se verifica nas Notas Fiscais de saída (Doc. 3.2) fls. 59 a 75 e, conforme afirmado pela própria Autoridade Fiscal (Doc. 2) fl. 57 houve a correta tributação da saída, não havendo o descumprimento da obrigação legal do ICMS antecipado. Concluindo que **por todo o exposto, a Notificação Fiscal deve ser cancelada.**

Adentrando ao tópico “3.2 DA EXISTÊNCIA DE HIPÓTESES LEGAIS DE INAPLICABILIDADE DO REGIME DE ANTECIPAÇÃO/SUBSTITUIÇÃO”/3.2.1 DA DESTINAÇÃO DAS MERCADORIAS ENTRADAS – INSUMOS DO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, disse que na remota hipótese de não ser cancelado o lançamento ora impugnado devido à inocorrência fática da hipótese legal prevista no inciso II do artigo 8º da Lei Estadual nº 7.014/1996e o caput do art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, passa-se às demais razões que comprovam a inexistência das obrigações de (i) antecipar o ICMS e (ii) pagar a multa.

Aduziu que, ainda que as mercadorias trazidas na notificação fiscal fossem uma daquelas arroladas no Anexo I, haveria ainda, no caso em concreto, a configuração de uma hipótese de exclusão da obrigação de antecipar o tributo, qual seja, aquela prevista no § 8º do art. 8º da Lei Estadual nº 7.014/1996:

*Art. 8º*

(...)

*§ 8º: Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:*

(...)

*III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;*  
(...).

Explicou que, como descrito no supracitado artigo, a Impugnante é um estabelecimento industrial que comprou as mercadorias objetos da notificação fiscal para utilizá-las como matéria prima.

Asseverou que as mercadorias entradas foram destinadas a processo de industrialização na modalidade de beneficiamento, conforme se verifica pelo relatório de engenharia e laudo de produtos (Doc. 04) fls. 77 a 118.

Afirmou que a industrialização, nos termos da supracitada norma, afasta a obrigação de antecipar-se o ICMS.

Ressaltou que a granulação e espessura do produto comprado sofreu alteração, por ter passado por processo de moagem e classificação, conforme retratado pela descrição e ilustração do procedimento industrial (Doc. 04) fls. 77 a 118.

Explicou que, inobstante as Notas Fiscais de entrada e as Notas Fiscais de saída declararem a manutenção do NCM, houve a industrialização do produto, conforme especificações da descrição, o que se comprovaria pelo cruzamento (as Notas Fiscais de entrada marcadas de cinza deram origem às Notas Fiscais de saída marcadas de cinza, ao passo que as Notas Fiscais que se

encontram sem marcação na entrada deram origem às Notas Fiscais de saída sem marcação):

NF entrada	data emissão	data vencimento	origem	NCM	Descrição	Valor Produto	Peso Líquido
37182	10/abr	10/mai	MG	2849200	Sika Met Ox10 mm	R\$ 70.441,83	25.650
37225	11/abr	10/mai	MG	2849201	Sika Met Ox10 mm	R\$ 70.441,83	25.650
37247	11/abr	10/mai	MG	2849202	Sika BC NI Ox10 mm	R\$ 82.746,22	25.200
37251	11/abr	10/mai	MG	2849203	Sika BC NI Ox10 mm	R\$ 82.746,22	25.200
37615	22/abr	10/mai	MG	2849204	Sika Met Ox10 mm	R\$ 70.441,83	25.650
37852	26/abr	10/mai	MG	2849205	Sika BC NI Ox10 mm	R\$ 82.746,22	25.200
						TOTAL:	152.550
NF saída	data saída	data vencimento	destino	NCM	Descrição	Valor Produto	Peso Líquido
2563	18/abr	10/mai	Reino Unido	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria Ox10 min 88%	R\$ 50.863,68	24.000
2564	18/abr	10/mai	Reino Unido	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria Ox10 min 88%	R\$ 50.863,68	24.000
2568	19/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 1,70/600 Um	R\$ 89.760,00	25.500
2570	22/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 1,70/600 Um	R\$ 47.520,00	13.500
2573	24/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180	R\$ 36.960,00	10.500
2590	30/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria O a 10 mm	R\$ 67.937,50	25.000
2597	10/mai	10/jun	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180	R\$ 36.960,00	10.500
2599	03/mai	10/jun	MG	2849201	Sic Cristal Granulomeria <180; 2.36 x 425 mm	R\$ 47.520,00	13.500
2644	06/jun	10/jul	MG	2849202	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 2.36 x 425 mm	R\$ 89.760,00	25.500
2645	07/jun	10/jul	SP	2849203	Sic Metalurgico Granulomeria O a 10 mm	R\$ 40.300,00	13.000
						TOTAL:	185.000

Disse que a diferença de peso da mercadoria também é justificada no relatório técnico (Doc. 04) fls. 77 a 118, uma vez que a mercadoria de saída foi complementada por outras matérias primas de mesma natureza, referentes a outras compras, conforme pode ser comprovado pelo cruzamento das entradas e saídas dos livros fiscais (Doc. 05) fls. 119 a 138.

Relatou que a câmara de julgamento fiscal do Estado da Bahia apresenta unanimidade quanto ao entendimento de que a mercadoria destinada a estabelecimento industrial não está sujeita à exigência de antecipação tributária:

**EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Não merece censura a Decisão de primeiro grau que julga improcedente o Auto de Infração lavrado para exigir antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a estabelecimento que desenvolva atividade industrial, pois tal exigência é descabida, conforme o disposto no artigo 355, inciso III do RICMS/97. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

(**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO CJF Nº 0359-11/08, PROCESSO - A. I. Nº 019144.1910/08-4, INTERNET - 14/11/2008**)

Concluiu, por todo o exposto, que o lançamento de multa por descumprimento de obrigação a que um estabelecimento industrial não está sujeito, denota que a Autoridade Fiscal sequer se prestou a fiscalizar devidamente a aplicação das mercadorias adquiridas pela notificada em seu processo produtivo, bem como as atividades operacionais exercidas pela mesma empresa.

Por isto entende que, caso se verifique que os relatórios internos da impugnante produzidos pelos seus engenheiros para atestar que as matérias-primas adquiridas foram aplicadas em seu processo produtivo na modalidade de beneficiamento industrial, ainda assim, não são suficientes para comprovar a verdade aqui sustentada, deve-se deferir a **realização de perícia in loco** com o fito de se confirmar a aplicação das mercadorias objeto da Notificação Fiscal no processo produtivo da Impugnante.

Ao tratar do tópico “3.2.2 AUSÊNCIA DE ACORDO INTERESTADUAL QUE EMBASE O REGIME DE ANTECIPAÇÃO” explicou que conforme se verifica pelas Notas Fiscais de saída, estas se destinaram, em parte (i) à saída interestadual para Unidade da Federação não conveniada (Doc. 3.2 (fls. 59 a 75) e Doc.06 (fls. 139 a 141)) e (ii) à saída para exportação (Doc.3.2). Discriminou o destaque das Notas Fiscais com saída interestadual:

Nº NF saída	data saída	data vencimento	destino	NCM	Descrição
2563	18/abr	10/mai	Reino Unido	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria Ox10 min 88%
2564	18/abr	10/mai	Reino Unido	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria Ox10 min 88%
2568	19/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 1,70/600 Um
2570	22/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 1,70/600 Um
2573	24/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180
2590	30/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria O a 10 mm
2597	10/mai	10/jun	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180
2599	03/mai	10/jun	MG	2849201	Sic Cristal Granulomeria <180; 2.36 x 425 mm
2644	06/jun	10/jul	MG	2849202	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 2.36 x 425 mm
2645	07/jun	10/jul	SP	2849203	Sic Metalurgico Granulomeria O a 10 mm

Lembrando a determinação de nossa Carta Maior, a Lei Complementar nº 87/1996 que disse exigir que a aplicação de substituição tributária nas operações interestaduais deve se amparar em Acordo Específico firmado pelos Estados da Federação interessados, reproduziu a redação do art. 9º:

*Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.*

Acrescentou que com o especial objetivo de disciplinar o disposto em lei complementar, a Lei Estadual nº 7.014/1996 determinou que o regime de substituição tributária não terá aplicabilidade para os casos em que a saída se der para UF que não mantenha acordo com o Estado da Bahia, veja-se:

*Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.*

Afirmou que no caso concreto sob análise, as saídas se deram para os Estados de Minas Gerais e São Paulo, unidades federativas que não mantém qualquer tipo de convênio ou protocolo firmado com o Estado da Bahia, conforme se verifica pela pesquisa anexa (Doc. 06 (fls. 139 a 141).

Rematou que no que diz respeito às mercadorias que, conforme se comprova pelos os documentos anexos, deram origem às supracitadas Notas Fiscais de saída, tais bens: (i) não estão no Anexo I da Lei Estadual nº 7.014/1996; (ii) foram submetidas ao processo de industrialização e (iii) tiveram saída interestadual para UF que não mantém acordo com o estado da Bahia, sendo que, nestes casos, não há que se falar em obrigação de recolher o ICMS antecipadamente.

Passando ao tópico “3.2.3 SAÍDA DESTINADA AO MERCADO EXTERNO”, asseverou que, conforme se verifica pelas Notas Fiscais de saída, estas se destinaram, em parte (ii) à saída para exportação (Doc. 3.2):

Abordando o tópico “3.3 DA DESPROPORCIONALIDADE E IRRAZOABILIDADE DAS MULTAS APLICADAS” ponderou que as multas em geral são utilizadas não apenas com finalidade punitiva, mas também como reparação do Estado pelo descumprimento de obrigação tributária por parte do contribuinte. Entretanto, a penalidade que foi imposta no presente caso, além de indevida, é desproporcional e irrazoável, sendo tão elevada, a ponto de implicar verdadeiro confisco.

Ressaltou que o tributo foi destacado na saída da mercadoria, como bem afirmado pela Autoridade Fiscal (Doc. 02) e comprovado o recolhimento. Ressalte-se que quanto ao período de apuração do mês de abril houve saldo credor de ICMS e nos meses seguintes, de maio e junho, houve recolhimento do saldo devedor por meio de DAE (Doc. 06).

Quanto à tempestividade, a data de recolhimento do ICMS normal na maioria das hipóteses foi feita dentro do vencimento do supostamente devido ICMS por antecipação; portanto, no caso, não se cumpriu o requisito previsto no caput do art. 42 do referido diploma legal, para fundamentar a aplicação da multa, qual seja, a intempestividade.

Nestes termos, não houve qualquer prejuízo ao erário do Estado da Bahia quanto ao recolhimento do ICMS, que sequer sofreu com a mora no recolhimento do tributo, posto que este foi recolhido, inclusive, tempestivamente, o que se demonstrará a seguir.

Para contribuintes credenciados, a data de vencimento do ICMS por antecipação é o dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme § 2º, do art. 332 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, veja-se:

*RICMS, Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:*

*(...)*

*III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:*

*a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;*

(...)

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, decreto\_2012\_13780\_ricms\_texto.doc charque, jerkedbeef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

Assim, observou que, as mercadorias que entraram no estabelecimento no mês de abril do ano de 2013, conforme atestado no livro que registra as entradas (Doc. 05) teriam datas de vencimento do suposto débito de ICMS por antecipação fixadas em 25 de maio de 2013.

E que, por outro lado, os vencimentos do recolhimento (i) antecipado, supostamente devido e do (i) ICMS normal de saída, comprovadamente pago (Doc. 07), se deram, na maioria dos casos, dentro do mesmo prazo, qual seja, antes do vencimento do ICMS por antecipação, em 10 de maio de 2013, veja-se:

NF entrada	data emissão	data vencimento	origem	NCM	Descrição
37182	10/abr	10/mai	MG	2849200	Sika Met 0x10 mm
37225	11/abr	10/mai	MG	2849201	Sika Met 0x10 mm
37247	11/abr	10/mai	MG	2849202	Sika BC NI 0x10 mm
37251	11/abr	10/mai	MG	2849203	Sika BC NI 0x10 mm
37615	22/abr	10/mai	MG	2849204	Sika Met 0x10 mm
37852	26/abr	10/mai	MG	2849205	Sika BC NI 0x10 mm

NF saída	data saída	data vencimento	destino	NCM	Descrição
2563	18/abr	10/mai	Reino Unido	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria 0x10 min 88%
2564	18/abr	10/mai	Reino Unido	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria 0x10 min 88%
2568	19/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 1,70/600 Um
2570	22/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 1,70/600 Um
2573	24/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180
2590	30/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria 0 a 10 mm
2597	10/mai	10/jun	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180
2599	03/mai	10/jun	MG	2849201	Sic Cristal Granulomeria <180; 2.36 x 425 mm
2644	06/jun	10/jul	MG	2849202	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 2.36 x 425 mm
2645	07/jun	10/jul	SP	2849203	Sic Metalurgico Granulomeria 0 a 10 mm

\*NFs de entrada nas linhas marcadas de cinza deram origem às NFs de saída marcadas de cinza; respectivamente, quanto às linhas marcadas de branco

Rematou que, ainda que houvesse a obrigação de recolher o ICMS nos termos do art. 8º da Lei Estadual nº 7.014/2006, o recolhimento do tributo teria sido feito de forma tempestiva, nos casos destacados, afastando a hipótese legal de incidência de multa pela intempestividade do recolhimento do principal.

Repisou que no caso dos autos o valor do tributo foi recolhido, e, inobstante isso, obrigou-se o sujeito passivo a pagar mais 60% do tributo, devido a um mero atraso no pagamento, suposto atraso ocorrido apenas quanto a uma parte das Notas Fiscais. **O valor da multa de infração, relativo a 60% (sessenta por cento) do valor de tributo já recolhido é absolutamente desproporcional e irrazoável.**

Reproduziu ensinamento do Doutrinador Leandro Paulsen, acerca da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de multas:

*“São inadmissíveis as multas excessivamente onerosas, insuportáveis, irrazoáveis. O princípio da proporcionalidade impede que se possa reconhecer validade a uma multa quando se evidencie o*

*descompasso entre o grau da infração e a punição cominada.” (Paulsen, Leandro – Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência – 13. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2011 – pág. 213).*

Asseverou que inciso IV, do artigo 150 de nossa Carta Maior, veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Vale lembrar que o confisco corresponde à tomada compulsória da propriedade privada pelo Estado, sem indenização.

Explicou que embora não exista no ordenamento jurídico pátrio uma forma, mesmo que matemática, para aferição dos casos em que haja prática de confisco por parte do ente público, é de fácil acepção dessa prática quando o lançamento é efetuado sem a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Reproduziu doutrinas a respeito.

De Leandro Paulsen quando citou o posicionamento de Humberto Ávila, ao mencionar um artigo recebido em mãos deste:

*“Aquilo que os tributaristas chamam de confisco é a invasão do núcleo essencial pela instituição de um tributo excessivo que viola o direito de propriedade. A multa, porém, mesmo não sendo tributo, restringe o mesmo direito fundamental, que é o da propriedade e da liberdade. Por isso, pouco importa que o artigo 150, IV, faça referência a tributos. Pelo próprio direito fundamental chega-se à proibição de excesso, que no caso de instituição de tributos, se chama proibição de confisco. Nesse caso, a multa de mora, de tão elevada, pode facilmente restringir de modo excessivo a liberdade de exercício de atividade econômica e a propriedade, na medida em que pela mera impontualidade, obriga o contribuinte a pagar mais 60% do valor do tributo, cerceando a organização e direção da empresa pela captura de capital de giro que lhe são essenciais.”*

Bem como Leonardo Freitas:

*“Não duvidamos que a multa e o tributo (de per si considerado) são entes distintos. Na esteira de que expusemos, a proibição do confisco foi erigida ao patamar de princípio constitucional por decorrência da proteção a propriedade privada, sendo defeso ao Poder Público amesquinar, de qualquer sorte, este escudo. Ora, o que seria a imposição de multas com conteúdo confiscatório se não expediente de amesquinamento, por via oblíqua, da propriedade privada do contribuinte? Neste descortinar, pode-se trazer à colação um célebre adágio latino a que se subsume o caso em comento: ubi aedem est ratio, eadem est jus dispositio, em nosso vernáculo: onde há a mesma intenção, aplica-se o mesmo dispositivo de lei. Por terem a mesma ratio, qual seja, a proteção da propriedade privada do contribuinte, tanto a aplicação da multa como a imposição de tributo devem se submeter a dicção de uma mesma normal.”*

Disse que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a Repercussão Geral no RE nº 606010, que discute a imposição de multa pelo atraso na entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF).

Explicou que a controvérsia é que se por um lado a multa serve a impedir o não cumprimento da obrigação acessória, por outro, o contribuinte entende não ser razoável a previsão de multa que pode chegar a 20% da obrigação principal, tendo caráter confiscatório.

Pontuou que segundo a manifestação do ministro relator Marco Aurélio, seria necessário avaliar se ocorre violação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação ao confisco, veja-se trecho do voto do plenário do STF:

*“Está em jogo possível violação aos princípios constitucionais da vedação ao confisco tributário, da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da razoabilidade. Incumbe ao Supremo, como guarda maior da Carta da República, emitir entendimento sobre a matéria.”*

Valendo-se dessa prerrogativa, entendeu que o princípio do não confisco, aliado aos da proporcionalidade e razoabilidade impedem não só a cobrança indevida do tributo, mas também, atinge os acréscimos legais de multas e juros, quando eivados do mesmo vício. Neste sentido até aqui se posicionou os tribunais:

**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. RAZÕES RECURSAIS PELA MANUTENÇÃO DA MULTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DE PECULIARIDADE DA INFRAÇÃO A JUSTIFICAR A GRAVIDADE DA PUNIÇÃO. MANTIDA.**

**1. Conforme orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao efeito de**

*confisco aplica-se às multas.*

*2. Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o Tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%.*

*3. A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição. É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiossincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena almejada. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE nº 523.471/MG AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma Dje 23/4/10).*

**DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA FALTA DE INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA MANIFESTAR-SE. NULIDADE INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. POSSIBILIDADE DE QUALQUER FASE DO PROCESSO, OPERAR-SE A SUBSTITUIÇÃO DO BEM OU REFORÇO DA GARANTIA. MULTA DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. COBRANÇA EM PERCENTUAL SUPERIOR A 30%. CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO. PRECEDENTES DO STJ. EXECUÇÃO FISCAL. PROPOSITURA CONTRA PESSOA JURÍDICA E OS SÓCIOS. INDICAÇÃO DO NOME DOS ÚLTIMOS NA CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO.**

*I - A falta de oitiva da Fazenda Pública, em seguida à lavratura do auto de penhora, não configuram nulidade, porque não lhe acarreta prejuízo algum, tendo em vista que, nos termos do artigo 15 da LEF, pode manifestar-se em qualquer fase da execução fiscal, visando à substituição do bem ou à penhora de outro, em complementação da garantia. Preliminar rejeitada.*

*II - E vedada, nos termos do artigo 150, IV, da Constituição Federal, a utilização de tributos com caráter de confisco, preceito que também se aplica às multas impostas em decorrência do descumprimento de obrigações tributárias, conforme dicção do STF.*

*III - Diante da presunção, de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa (CDA), não se pode inverter o ônus probatório contra a Fazenda Pública e excluir os sócios da execução fiscal, sem que estes tenham comprovado que não se fazem presentes às hipóteses de responsabilização indicadas no artigo 135 do CTN.*

*IV - Apelação parcialmente provida". (fls. 920). Opostos embargos de declaração, foram rejeitadas. (fls. 943). No recurso extraordinário, o recorrente alega ofensa aos artigos 1º, 2º e 150, IV da Constituição Federal. Às fls. 974/976, a decisão que admitiu o apelo extremo.*

*RE 612213 MA - Relator(a):Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 19/12/2011*

*Publicação: DJe-024 DIVULG 02/02/2012 PUBLIC 03/02/2012*

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA POR NAO PAGAMENTO DE TAXA ANUAL POR HECTARE. PESQUISA MINERAL. -A decisão agravada não merece ser reformada, porque o processo administrativo apresenta falta de razoabilidade e proporcionalidade da aplicação da multa, bem como deixou de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa. -Em relação à imposição da multa, o valor da taxa anual cobrada era de R\$77,50 (setenta e sete reais e cinquenta centavos) (fl.66). A Multa, por sua vez, nos termos do Código de Mineração (Decreto-lei nº 227/67), deve ser fixada entre 100 e 1000 UFIRS, segundo a gravidade das infrações (art. 20, 3º c/c art. 64). -A multa aplicada no presente caso foi fixada em R\$1.556,57. É notório, portanto, que a diferença entre os valores da taxa anual cobrada e da multa imposta é desproporcional e desarrazoada, já que o referido quantum representa um montante superior a 100% do valor da TAH. -O Departamento Nacional de Produção Mineral alega que, além de publicar no Diário Oficial da União, efetuou o envio de cópia do Auto de Infração ao agravado por ofício, via postal. Entretanto, não há nos autos a juntada do respectivo Aviso de Recebimento, de que trata o art. 26, 3º, da Lei nº 9.784/99, comprovando que a parte recorrida foi devidamente cientificada do ato administrativo. -Portanto, verifica-se que o procedimento adotado pelo recorrente, considerando-se, aqui, somente a publicação no Diário Oficial, não está em consonância com o determinado na Lei 9.784/99, uma vez que não assegura a certeza da ciência do interessado. (TRF4, AG 2007.04.00.011569-7, Terceira Turma, Relator Vânia Hack de Almeida, D.E. 04/07/2007)**

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. ANULAÇÃO. PENA DE MULTA. FIXAÇÃO DO QUANTUM. RAZOABILIDADE.**

*1. Considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Consequentemente, o Juiz ao*

deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

2. Quanto à caracterização da infração (e não quanto à fixação da pena!), é impossível ao Poder Judiciário a análise do mérito, isto é, não pode o juiz valorar/fiscalizar a prova fática envolvida e a consequente subsunção operada pela administrador, isso porque a via estreita do mandamus não admite dilação probatória, quando necessária na espécie. No caso dos autos, os carreados elementos documentais pré-constituídos não são suficientes à verificação do ilícito, bem como de possíveis excludentes ou justificantes por ventura alegadas.

3. Uma vez excessiva, o juiz deve adequar/reduzir a pena aplicada o patamar devido, sem, contudo, anular totalmente o auto de infração.

4. Deve haver razoabilidade na multa fixada pelo Fisco. No caso dos autos, é insuficiente a fundamentação para que ela fosse triplicada. E também não há razoabilidade de tal reprimenda diante da infração per si e de sua ofensividade.

5. A solução razoável que se apresenta na espécie é considerar o auto de infração hígido em sua punição mínima, isto é, sem o tríplice aumento.

6. No que pertine ao segundo auto de infração (n.º 35.781.083-0), cujo fundamento é a apresentação de livros diários sem cumprimento das formalidades legais de escrituração contábil e sem rubricas, também o writ não é meio processual inadequado para o controle judicial da legalidade, porque, como já dito, a via estreita do mandamus não admite dilação probatória, a qual é necessária no ponto, pois os carreados elementos documentais pré-constituídos são insuficientes à verificação do mero erro procedural alegado pela impetrante.

7. Sendo totalmente infundada (e não fundamentada) a retenção de livros fiscais da impetrante, devem eles serem imediatamente restituídos. (TRF4, AMS 2004.71.02.006978-7, Segunda Turma, Relator Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 01/08/2007)

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2º E 3º DO ART.577 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.**

**FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA.** A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente.

(ADIn 551-1/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, in RDDT nº 91/160)

Disse ser necessário preservar o direito constitucional do contribuinte ao não confisco e a razoabilidade e proporcionalidade da atuação fiscal.

Nº NF saída	data saída	data vencimento	destino	NCM	Descrição
2563	18/abr	10/mai	Reino Unido	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria 0x10 min 88%
2564	18/abr	10/mai	Reino Unido	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria 0x10 min 88%
2568	19/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 1,70/600 Um
2570	22/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 1,70/600 Um
2573	24/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180
2590	30/abr	10/mai	MG	2849200	Sic Metalurgico Granulomeria 0 a 10 mm
2597	10/mai	10/jun	MG	2849200	Sic Cristal Granulomeria <180
2599	03/mai	10/jun	MG	2849201	Sic Cristal Granulomeria <180; 2.36 x 425 mm
2644	06/jun	10/jul	MG	2849202	Sic Cristal Granulomeria <180; <600; 2.36 x 425 mm
2645	07/jun	10/jul	SP	2849203	Sic Metalurgico Granulomeria 0 a 10 mm

Afirmou que a Constituição Federal determina que o ICMS não incidirá sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, assegurando, inclusive, a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores, veja-se:

*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

*I - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*

(...)

*§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

(...)

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

(...).

Nessa linha, a Lei Complementar nº 87/1996, determina que o ICMS não incidirá sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, veja-se:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

Como não poderia ser diferente, a Lei Estadual nº 7.014/1996 determina da mesma forma, a não incidência sobre operações de exportação, veja-se:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias e serviços, observado o seguinte: (...)

Apontou que no caso houve saídas para exportação, o que afasta a incidência tributária do ICMS, inclusive o normal. Assim, não há que se falar em antecipação, sob pena de ferir-se a lógica da não incidência (imunidade).

Em caso análogo, da sistemática da antecipação parcial do tributo, a mesma norma, qual seja, a Lei Estadual nº 7.014/96, há previsão expressa de não aplicabilidade da obrigação para as saídas acobertadas por não incidência, veja-se:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Complementou que não há razão para atribuir-se tratamento diferenciado às situações (de antecipação total e parcial), já que tal diferencial implica em ofensa ao princípio da isonomia.

Assim, diante a omissão legal, é devida a aplicação por analogia da regra prevista no art. 12-A da Lei Estadual nº 7.014/96, para a hipótese legal da antecipação total, afastando a referida obrigação.

Resumiu que no que diz respeito às mercadorias que, conforme comprova os documentos anexos, e, também, comprovará a perícia, deram origem às supracitadas Notas Fiscais de saída, (i) não estão no Anexo I da lei; (ii) foram industrializadas e (iii) tiveram saída para exportação, sendo que, nestes casos, não há que se falar em obrigação de recolher o ICMS antecipadamente.

Tratando do tópico “3.4 DA PRODUÇÃO DE PROVAS-NECESSIDADE DE PERÍCIA FISCAL” afirmou que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/1999 determina que a perícia fiscal poderá ser solicitada pelo recorrente, desde que fundamentada a sua necessidade e apresentados os quesitos a serem respondidos, veja-se:

Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade. Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço.

Neste sentido, fez a juntada dos quesitos (Doc. 07 fls. 143 e 144), e afirmou que a Autoridade Fiscal optou por manter o escopo de investigação da fiscalização o mais restrito possível, pois não diligenciou nas instalações físicas da empresa, impedindo a correta identificação dos bens descritos nas notas fiscais e nos registros contábeis, que efetivamente participam do processo produtivo e da atividade da empresa.

Além disso, falou que a D. Autoridade Fiscal não correlacionou as Notas Fiscais de aquisição de mercadorias, supostamente, destinadas a revenda com as correspondentes notas fiscais de saídas, se limitando, tão somente, à indicação das notas fiscais de entrada.

Pontuou que conforme se verifica pela Notificação Fiscal, a Autoridade Fiscal arrolou como fundamentação de suas alegações, meramente, as Notas Fiscais de entrada, não tendo juntado as Notas Fiscais de saída. Bem como, devido à simplicidade do procedimento de Notificação Fiscal, não especificou como se deu o seu processo investigativo fiscalizatório, sendo certo que (i) não procurou saber a que se prestaria as mercadorias entradas no estabelecimento e (ii) não procurou tomar ciência da atividade desenvolvida pela empresa, que é de industrialização; (III) não procurou saber a natureza da saída da mercadoria, se para outra UF que não possui convênio, por exemplo, fatos que afastariam a obrigação de recolher o ICMS antecipado.

Deduziu que a Autoridade Fiscal concluiu equivocadamente que as mercadorias seriam revendidas, sem passar por industrialização; bem como, deixou de averiguar se a saída da mercadoria estaria acobertada por convênio, a fim de fundamentar-se a antecipação do ICMS. De fato, se houvesse sido feita a devida análise, a Autoridade Fiscal concluiria que estas foram aplicadas no processo produtivo (Doc. 04) e saíram para Unidades da Federação que não mantêm convênio com o Estado da Bahia (Doc. 3.2 e Doc. 6).

Disse ser correto afirmar que a administração fazendária tem o poder-dever de formar o seu convencimento usando todos os meios necessários e admitidos por lei. O que entende ser um princípio do processo administrativo fiscal, previsto expressamente no Decreto nº 7.629/1999 (RPAF) a busca pela verdade material, veja-se:

*Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.*

Asseverou que isso se deve a que, qualquer ato administrativo exarado pela administração pública deve ser motivado possuindo fundamento suficiente acerca de sua procedência. E que segundo o princípio da motivação do direito administrativo, os atos administrativos devem ser carreados de fundamentação lógica. Reproduziu doutrinas.

De Celso Antônio Bandeira de Melo acerca do assunto:

*“Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último aclaramento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa. “*

Na mesma linha de raciocínio Maria Silva Di Pietro nos remete à seguinte reflexão:

*“O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas às categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”.*

Lecionou que a Autoridade Julgadora deve se esforçar por se aproximar ao máximo à materialidade do fato imponível, ocorrido no mundo fenomênico, para motivar suas decisões.

Nesse sentido, a jurisprudência administrativa vem sendo construída em prol da necessidade de clara comprovação dos fatos alegados pelas D. Autoridades Fiscais:

*“Este aspecto da apresentação da documentação fiscal e/ou contábil após encerrada a lavratura do Auto de Infração é gerador de polêmica, principalmente quando confrontado com o princípio da verdade material, o qual, diga-se de passagem, está assegurado pelo caput do art.2º do RPAF/99. É que sempre fica a dúvida: Deve-se dar prioridade à tal princípio, e analisar a documentação fiscal apresentada pelo autuado após o término da ação fiscal, ou se deve manter o resultado desta, desprezando-se a documentação fiscal apresentada, e entendendo ter ficado configurada a preclusão temporal, instituto muito aplicável em processo, e previsto no próprio art. 183 do CPC (Código de Processo Civil)? Observo que neste CONSEF, hoje, esta questão ainda não é pacífica, e nem há, portanto, um entendimento uniforme a seu respeito. Eu, particularmente, não obstante o procedimento censurável do contribuinte, de não apresentar sua documentação ao longo da ação fiscal, entendo que se deve dar maior relevância ao princípio da verdade material, principalmente, no caso da documentação ser apresentada até antes da Informação Fiscal, ou seja, durante o prazo de defesa. Entendo desta forma, porque, neste caso, o autuante ainda teria a possibilidade de verificar se a documentação apresentada é ou não capaz de possibilitar a aplicação de roteiros tradicionais de auditoria, ao invés do arbitramento. Sendo possível, e o preposto do Fisco estando já de posse da documentação, poderia ele, em busca da verdade material, proceder de forma a se anular o Auto de Infração, inclusive peticionando neste sentido, para, logo em seguida, levar a efeito a fiscalização por meio de outros procedimentos que não o arbitramento da base de cálculo. Daí porque, não acho correto o autuante não ter levado em consideração as notas fiscais de entradas apresentadas pela defesa, para fins de concessão dos respectivos créditos fiscais. Afinal, agindo assim, não há dúvida acerca da infringência do princípio da não-cumulatividade do ICMS. Lógico que não se pode esquecer, que o autuante deixou claro não ter aceito a documentação fiscal juntada pela defesa, por entender que a mesma se deu de forma intempestiva. Ou seja, a não consideração, pelo autuante, dos créditos fiscais relativos às notas fiscais acostadas pela defesa estaria, de certo modo, em consonância com a sua forma de compreender a questão. Todavia, data vénia conforme deixei claro anteriormente, não comungo com o entendimento do nobre autuante, por entender que, no presente caso, o princípio da verdade material deve falar mais alto. (...)”*

**(SEF - BA - 206825.0001/01-2b – 24/05/2001 - 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL - Trecho Voto relator).**

*“A VEDAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS REFERIDA NO ART. 1º, § 3º, DO DEC. N° 6.734/94, NÃO SE APLICA ÀS OPERAÇÕES DE SAÍDA ALCANÇADAS PELO REGIME DE DIFERIMENTO DO IMPOSTO E, POR ESTE MOTIVO (GRIFO), EXCLUÍDAS DO BENEFÍCIO DO CRÉDITO PRESUMIDO PREVISTO NO CITADO DECRETO”. E, CASO O N. RELATOR AINDA TIVESSE DÚVIDAS QUANTO AO CONSULENTE DA MESMA, PODERIA TER VERIFICADO (BUSCA DA VERDADE MATERIAL) JUNTO AOS CONTROLES DA SEFAZ, QUE ELA FOI RESPONDIDA À EMPRESA MASTROTTO BRASIL LTDA E NÃO AO RECORRENTE (...).*

**(SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA - 2 CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACORDÃO N° 0027-12/13 - AI N° 207090.0005/11-6 - DATA DO JULGAMENTO: 25/02/2013 - RELATOR: JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - Trecho Voto relator)**

Rematou que em razão dos motivos amplamente expostos acima, deve ser determinada metodologia de fiscalização que assegure a efetiva aferição da natureza das mercadorias objeto da Notificação Fiscal, comprovando-se que estas não estão dentre aquelas arroladas no Anexo I da Lei Estadual nº 7.014/1996 e do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; bem como, sofreram processo de industrialização, qual seja, a realização de diligência in loco. Ademais, é necessário averiguar nos registros contábeis e fiscais c/c ao processo produtivo o cruzamento entre as notas fiscais de entrada e de saída, comprovando-se que as mercadorias, após sofrerem processo de industrialização, foram exportadas e vendidas a cliente localizado em unidade federativa sem convênio para Substituição Tributária.

Afirmou que a não realização de perícia fiscal seria suficiente para acarretar a nulidade da Notificação Fiscal, nos termos do artigo 18 do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF), posto que se estaria impedindo a produção de provas, indispensável à defesa do ora Impugnante.

Finalizando com o tópico “DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS” requereu o cancelamento da Notificação Fiscal, nos seguintes termos:

5.1 *Seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário em decorrência da interposição do presente recurso administrativo, nos termos do art. 151, inc. III, do CTN;*

5.2 *Seja declarada inexistente a obrigação de antecipação de ICMS determinada na Notificação Fiscal, pela razão de (i) as mercadorias entradas não estarem dentre aquelas previstas no Anexo I da Lei do Estado da Bahia nº 7.014/1996 e do RICMS (ii) as mercadorias entradas terem sido destinadas a processo*

*de industrialização, e, não, mera revenda; (iii) parte das mercadorias entradas terem sido destinadas à saída para exportação; (iv) a outra parte das mercadorias entradas terem sido destinadas à saída interestadual, não acobertada por convênio.*

5.3 *Seja declarada nula a cobrança da penalidade de multa prevista no inc. II do art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96, em razão (i) da obrigação principal que a originou ser nula; (ii) da exigência não guardar proporcionalidade, razoabilidade e ferir o princípio do não confisco.*

5.4 *Por todo o exposto, seja cancelado o lançamento e a presente Notificação Fiscal.*

5.5 *Seja declarada nula a exigência de multa, juros, e correção monetária, em razão da correção dos valores lançados pela Notificação Fiscal.*

5.6 *Requer a realização de perícia in loco e nos livros e demais registros contábeis e fiscais, a fim de se averiguar a veracidade das afirmações desta Impugnação, de acordo com os quesitos ora juntados (Doc.07).*

*Para tanto, requer:*

5.7 *A juntada dos documentos anexos:*

5.8 *A produção de todas as provas admitidas em Direito, quais sejam, documental, testemunhal e pericial.*

A Notificante apresentou sua informação fiscal à fls. 147 a 150, repisou os argumentos defensivos e disse que quanto à infração questionada foi cobrada se refere apenas à multa por falta de antecipação parcial decorrente da entrada de mercadoria para comercialização, conforme as notas fiscais de entradas anexadas ao processo e lançadas no livro de entradas de mercadorias (EFD) com CFOP 2102.

Bem como conforme a EFD, no **registro de entradas** de mercadorias, no qual os produtos constantes nas notas fiscais em questão estão lançados com a seguinte descrição: ““SIC METALURGICO GRANULOMETRIA O A 10MM”” e que no **registro de saídas** existem diversos lançamentos com descrição do mesmo produto.

Acrescentou que anexou cópias dos arquivos dos livros registros de documentos de entradas e saídas constantes da EFD.

Declarou que no momento da lavratura do Auto de Infração equivocadamente utilizou como código de infração 07.01.03, que deveria ser utilizado para os casos de cobrança da multa por falta da antecipação tributária relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, quando o correto seria utilizar o código 07.15.03 que se refere à cobrança somente da multa por falta de antecipação parcial.

Solicitou a retificação do código de infração, devendo ser mantido o valor cobrado por ser realmente devido que tendo em vista o referido código 07.01.03 ter sido utilizado incorretamente quando deveria ser 07.15.03, conforme demonstrativo e documentos anexados às folhas 02 a 08 e 148 e 149.

É o relatório.

## VOTO

Apresente Notificação Fiscal contém uma única infração elencada, que diz respeito à multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Todavia, a despeito da defesa não ter abordado, verifico que o presente lançamento está passível de nulidade por não haver respeitado aspectos formais que repercutiram em vício insanável, em razão de erro com relação ao objeto do lançamento do crédito tributário.

Pois, se verifica a prima facie, que a acusação fiscal atribuída ao sujeito passivo não corresponde aos elementos probatórios constitutivos da infração de fato, presumivelmente

consustanciada nos autos.

Ocorre que, conforme declara a própria Notificante, “No momento da lavratura do Auto de Infração equivocadamente utilizou como código de infração 07.01.03, que deveria ser utilizado para os casos de cobrança da multa por falta da antecipação tributária relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, quando o correto seria utilizar o código 07.15.03 que se refere à cobrança somente da multa por falta de antecipação parcial”.

É que, restou constatado que a infração constante do formulário do presente lançamento de crédito tributário registrou a infração 01 - 07.01.03:

*“Infração – 01 - 07.01.03 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.”*

Enquanto que a memória de cálculo deste lançamento de crédito tributário, fl. 02, se refere à exigência de antecipação parcial que está tombada sob o código 07.15.03. Trata-se de vício material, posto que vinculado ao núcleo do lançamento, impedindo que possa ser sanado a partir de uma simples correção, conforme determina o §1º, do art. 18 do RPAF.

Em verdade, o vício em questão impede que apenas pela leitura da acusação fiscal, objeto do lançamento do crédito tributário em tela, seja “(...) possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário (...)”, condição está que obsta, conforme texto do dispositivo descrito no §1º, do art. 18 do RPAF, seja o vício sanado sem que se exija um novo lançamento livre da referida falha. De forma que implica na peremptória nulidade do feito, com espeque na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF.

Dessa forma, em face de tais considerações, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista material, sem cumprimento do devido processo legal e com comprometimento inequívoco do princípio da ampla defesa e do contraditório.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 927799.2005/15-9, lavrada contra a empresa SICBRAS – CARBETO DE SILÍCIO DO BRASIL LTDA.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de março de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR