

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0045-06/21NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Infração descrita e respectiva capitulação legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A infração descrita pelo agente fiscal é de que o Notificado não efetuou o recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Parcial, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto sobre mercadorias sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Total. Ofensa ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe os incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 16/10/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.198,24, mais multa de 60%, equivalente a R\$4.918,94, perfazendo um total de R\$13.117,18, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: 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 preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Tipificação da Multa: alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva com anexos, às fls. 12/27, alegando que a autoridade fiscal ignorou que as operações que constituem objeto deste auto de infração consistem em transferências entre estabelecimentos da própria contribuinte. Mais especificamente da Filial da empresa de Arapongas/PR, para a de Feira de Santana, Estado da Bahia/BA. Nessas condições, seja pelo disposto no § 8º do art. 8º, I da Lei nº 7.014/96 ou ainda pelo entendimento consolidado pelos Tribunais e constante no enunciado nº 166 da súmula do STJ, o auto de infração em análise deve ser cancelado ou anulado, tendo em vista que o ICMS em substituição tributária não incide nas operações em análise.

Prossegue asseverando a inconstitucionalidade e ilegalidade da multa aplicada, a qual considera extremamente exagerada, em manifesta ofensa ao princípio do não-confisco, consagrado implicitamente pela Constituição, no seu artigo 5º, inc. XXII. Nesse sentido, o Egrégio STF tem entendido que as multas aplicadas em decorrência de infrações tributárias não podem exceder a 30% (trinta por cento) do valor do tributo devido.

Finaliza a peça defensiva requerendo: a) o recebimento da presente Impugnação com documentos e anexos que acompanham; b) No mérito, a consideração e acolhimento das

informações prestadas e impugnações realizadas pelo Contribuinte, extinguindo-se/cancelando-se e/ou anulando-se o lançamento impugnado em sua integralidade; c) Caso se entenda pela manutenção do lançamento, que a multa seja aplicada pelo patamar de 30% em homenagem à razoabilidade e proporcionalidade; d) Pugna pela produção de todos os meios de prova admitidos para o procedimento e que se fizerem necessário ao esclarecimentos das controvérsias contidas nestes autos, em especial, a novos documentos, tal qual os mencionados ao longo da presente petição.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$8.198,24, mais multa de 60%, equivalente a R\$4.918,94, perfazendo um total de R\$13.117,18, e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

*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.*

(...)"

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

(...)"

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

*Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.*

(...)"

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Inicialmente verifico que a descrição fática foi a seguinte (fl. 01):

*“REFERE-SE A FALTA DE PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL DAS MERCADORIAS (PRODUTO ALIMENTÍCIOS) ACOBERTADAS PELO DANFE 658884, PROCEDENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO E DESTINADAS PARA COMERCIALIZAÇÃO A CONTRIBUINTE NESTE ESTADO COM INSCRIÇÃO ESTADUAL DESCREDENCIADA NO CAD-ICMS/BA”*

A infração cometida pelo sujeito passivo foi descrita pelo Notificante como (fl.01):

*“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 preencha os requisitos na legislação fiscal.”*

O enquadramento legal aplicado encontra-se transscrito a seguir (fl. 01), que trata do regime da Antecipação Tributária Parcial do imposto:

*“Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.”*

Note-se que na planilha elaborada pelo Notificante (fl. 04), para apurar o valor do imposto a ser pago, foram efetivados cálculos, cuja metodologia aplicada remete à exigência de ICMS devido pelo regime da Antecipação Tributária Total (aplicação da MVA).

Ante o exposto, constato a existência de vício insanável, existente no lançamento em exame, que é a dissonância entre a infração descrita e respectiva capitulação legal, que tratam do Notificado não ter efetuado o recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Parcial, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo à circulação de mercadorias sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Total (massas, NCM 19021 e biscoitos, NCM 19053), conforme Anexo I do RICMS-BA/12.

Entendo que esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a” do art. 18, ambos do RPAF-BA/99, a seguir transcritos. Haja vista que deveria o Notificante determinar com segurança, de forma clara e objetiva, a infração cometida, assim como os dispositivos infringidos, de forma condizente e inquestionável, com o fato concreto. Possibilitando, assim, que o contribuinte exercesse plenamente o direito de defesa.

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*Art. 18 São nulos:*

*(...)*

*II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*

*(...)*

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*

*(...)*

Diante de tais constatações conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF-BA/99, considero que o lançamento é NULO, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **210765.0593/19-1**, lavrada contra **PRODUTOS ALIMENTÍCIOS ARAPONGAS S/A PRODASA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2021.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR