

N. F. Nº - 298576.0005/20-3

NOTIFICADO - PRONTA ENTREGA DISTRIBUIDORA - EIRELI

NOTIFICANTE - LUIS CARLOS MOURA MATOS

ORIGEM - INFRAZ SUDOESTE

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2021

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0090-04/21NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTO FISCAL. OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE REGISTRO DO DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Constatado que a planilha de fls. 4/9 dos autos, que serviu de base para a constituição do presente débito fiscal, cobra multa de 1% sobre o valor total da nota fiscal e não imposto (ICMS) por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, inclusive, com o agravante de estar duplicando o lançamento, pela penalidade aplicada de 100% nos termos do art. 42, inc. III, da Lei 7.014/96. Encontra-se, então, caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvida de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Notificação Fiscal **NULA**, com base no art. 18, incisos inc. IV, § 1º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do mesmo diploma legal, atentando para o aspecto decadencial de exigência do crédito fiscal. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal, lavrada em 30/03/2020, refere-se à exigência de R\$1.085,91 de ICMS, mais multa de 100%, no valor de R\$1.085,91 e acréscimo moratório de R\$169,49, que perfaz o montante de R\$2.341,31, por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios nas datas de ocorrência de 21/10/2015, 30/09/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls.4/9 dos autos.

Enquadramento legal: Artigo 2º, inc. I, da Lei 7.014/96, c/c art. 215 e 216, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. III, da Lei 7.014/96.

O notificado apresentou impugnação às fls. 59/76 do PAF, com manifestações e razões de esclarecimento quanto a irregularidade apontada, que a seguir passo a descrever:

Diz ser uma empresa individual de responsabilidade limitada, inscrita no CNPJ de nº 22.723.114/0001-00 e inscrição estadual de nº 125.478.526, estabelecido à Rua B, Loteamento Bateias 1, nº 70, bairro Zabelê, Município de Vitória da Conquista/BA CEP 45.077-014, por seus advogados, vem, tempestivamente e invocando o disposto no art. 123 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, oferecer as seguintes razões de impugnação à Notificação Fiscal de nº 298576.0005/20-3, em face dos seguintes fundamentos de fato e de direito que passa a expor:

*1. DO AUTO DE INFRAÇÃO.*

Diz que, no dia 30 de março de 2020, lavrou-se a Notificação Fiscal de nº 298576.0005/20-3, por supostas infrações de seguinte teor, “in verbis”:

*"Infração - 05.05.03 Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios."*

Sem embargos do alto zelo do Auditor Fiscal autuante diz que é improcedente em parte a notificação fiscal e será amplamente demonstrado, conforme a seguir:

**2. DA INFRAÇÃO DE EXIGÊNCIA DE ICMS.**

Diz que se verifica nos levantamentos referentes à infração desta notificação fiscal é que o Autuante indicou como violados os seguintes dispositivos da Lei do ICMS:

*Art. 2º O ICMS incide sobre:*

*I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados;*

Do regulamento do ICMS tem que ter-se-ia violado:

*Art. 215. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade.*

*§ 1º Os lançamentos nos livros fiscais serão feitos a tinta, com clareza, não podendo a escrituração atrasar-se por mais de 5 (cinco) dias, ressalvados os livros a que forem atribuídos prazos especiais.*

*§ 2º Os livros fiscais não poderão conter emendas ou rasuras.*

*§ 3º Os lançamentos, nos livros fiscais, serão somados no último dia de cada mês, quando não houver outro prazo expressamente previsto.*

*Art. 216. Constituem instrumentos auxiliares da escrita fiscal os livros da contabilidade geral, o Copiador de Faturas, o Registro de Duplicatas, as notas fiscais, os Documentos de Arrecadação Estadual e demais documentos, ainda que pertencentes ao arquivo de terceiros, que se relacionem com os lançamentos efetuados na escrita fiscal ou comercial do contribuinte.*

Neste sentido, diz que o vício neste item se limita a adoção da taxa SELIC como ressoa do detalhamento abaixo:

**3. IMPROPRIEDADE DE APLICAÇÃO TAXA SELIC COMO ÍNDICE PARA ACRÉSCIMO MORATÓRIO NA INFRAÇÃO 01.**

Registra que a taxa SELIC é manifestamente ilegal e constitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, "b" da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) como diz que dispõe ao longo da peça de defesa.

Num primeiro momento dispõe sobre a adoção desta taxa na seara tributária e nos diversos diplomas legais que a adotaram ora como caráter de juros de mora, ora como juros remuneratórios. O primeiro diploma legal a adotar a SELIC foi a Lei de nº 9.065/95 ao recepcionar a Medida Provisória de nº 947, de 22 de março de 1995, que alterou o dispositivo da Lei de nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, que em seu art. 84, inciso I, substituindo a taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Pública Mobiliária Federal interna (DPMFi), pela questionada taxa SELIC, que destaca.

Mais adiante destaca dispositivos da Lei 9.250/95, onde, em seus dispositivos, diz tratar basicamente do IRPF (Imposto de Renda da Pessoa Física), mas os arts. 14, III, 16 e 39, § 4º aduz adotar a SELIC como juros remuneratórios e às vezes como juros moratórios.

Também, diz que a Lei de nº 8.212/91, Lei da Previdência Social, em seus dispositivos, também recepciona equivocadamente a Taxa SELIC, que, também, destaca.

Em seguida, diz que outros diplomas legais adotaram a SELIC, como a lei 9.430/96, dentre outras normas, como juros ora remuneratórios, ora moratórios. Também destaca na peça de defesa.

Na esfera estadual, diz que a taxa SELIC foi adotada pela Lei nº 7.753 de 13 de dezembro de 2000, que alterou a redação do Código tributário do Estado da Bahia, de seguinte teor:

“Art. 1º. Os dispositivos abaixo indicados, da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, passam a vigorar com as modificações seguintes, acrescendo-se ainda o art.119-C:

(...)

*III - o artigo 102:*

“Art. 102:

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

*I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze décimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado;*

*II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado;”*

Diz, então, o que se pode perceber da simples leitura dos dispositivos transcritos, assim como das outras leis não citadas, é que nenhuma delas define o que seja a taxa SELIC. Destarte, mesmo nas hipóteses em que é dada a opção ao contribuinte pelo pagamento parcelado com quotas acrescidas com juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, tem-se como inconstitucional.

Após traçar algumas considerações sobre o que define a taxa SELIC, inclusive destacando trecho do voto, relativo ao RE 215.881/PR, do eminente Ministro Franciulli Neto, que aduz ter acolhido a arguição de nulidades, consigna, então, que, ao adotar a taxa que não foi criada por lei para fins tributários, acaba por aumentar o valor tributo, uma vez que não representa, como se disse, os rendimentos do Governo com a negociação da dívida mobiliária. Admitir a aplicação da taxa é conceber a figura do tributo rentável, “os títulos podem gerar renda, mas os tributos não”.

Após, também, destacar o art. 150, i, da CF/88, assim como entendimentos de estudiosos do Direito, além de alguns outros destaques do voto acima referido, bem assim vários outros destaques sobre a aplicabilidade da taxa SELIC em matéria tributária, diz, então, que resta demonstrado que a Taxa SELIC está eivada de inconstitucionalidades, devendo ser excluída do montante do débito, objeto em análise.

#### 4. DO PEDIDO

Do exposto, no mérito, requer seja julgada improcedente a Infração 01.

Às fls. 70/72 dos autos, têm-se a Informação Fiscal produzida pela agente Fiscal Autuante, que assim posiciona:

Em primeiro plano destaca o ponto central da defesa, qual seja:

*3. IMPROPRIEDADE DE APLICAÇÃO taxa selic COMO ÍNDICE PARA ACRÉSCIMO MORATÓRIO NA INFRAÇÃO 01. A Taxa SELIC é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) como será disposto ao longo desta peça vestibular.*

Em seguida, diz que o autuado não questiona a informação da Planilha apresentada às folhas 4 a 9 deste PAF, o que comprova a efetiva omissão das mercadorias vendidas.

Diz que a sua tese de defesa é sobre os acréscimos moratórios. Desta forma, ressalta o art. 142 do Código Tributário Nacional:

*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*

Neste sentido, diz, portanto, que não é sua competência resolver a questão mencionada referente a esta defesa. Opina, assim, pela procedência total da Notificação Fiscal, em tela.

À fl. 74, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

## VOTO

A Notificação Fiscal, lavrada em 30/03/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFRA SUDOESTE NORTE, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 506518/19, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de R\$1.085,91 de ICMS, mais multa de 100%, no valor de R\$1.085,91 e acréscimo moratório de R\$169,49, que perfaz o montante de R\$2.341,31, por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios nas datas de ocorrência de 21/10/2015, 30/09/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls.4/9 dos autos.

Enquadramento legal: Artigo 2º, inc. I, da Lei 7.014/96, c/c art. 215 e 216, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. III, da Lei 7.014/96.

Como bem destacado pelo agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, o Contribuinte Autuado não questiona a informação da planilha apresentada às folhas 4/9 dos autos, que deu origem a Notificação Fiscal, em tela, aliás, o próprio sujeito passivo, em sua peça de defesa diz que o víncio, no lançamento fiscal, limita-se a impropriedade de aplicação da Taxa SELIC como índice para acréscimo moratório da citada notificação.

Registro, então, que na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal, na forma a seguir destacada:

*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. (Grifos acrescidos)*

Por sua vez, o parágrafo único, do 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.

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

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA, aprovado pelo 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:

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

Neste contexto, vejo que a lavratura da Notificação Fiscal, objeto em análise, não está compatível para o procedimento fiscal de apuração do imposto (ICMS) por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, como assim diz ter ocorrido o agente Fiscal nas datas de ocorrência de 21/10/2015, 30/09/2017 e 31/12/2017, conforme a planilha de fls. 4/9 dos autos.

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, mais especificamente a

planilha de fls. 4/9 dos autos, constato a existência de vício material intransponível, relacionado à constituição do lançamento, que enseja a sua nulificação.

Observa-se, então, que o presente lançamento fiscal é de exigência de R\$1.085,91 de imposto (ICMS), mais multa de 100%, no valor de R\$1.085,91 e acréscimo moratório de R\$169,49, que perfaz o montante de R\$2.341,31, todavia, compulsando a planilha de fls. 4/9 dos autos, que serviu de base para a constituição do presente débito fiscal, vê-se que o agente Autuante cobra é multa de 1% sobre o valor total da nota fiscal e não imposto (ICMS) por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, inclusive, com o agravante de estar duplicando o lançamento, pela penalidade aplicada de 100% nos termos do art. 42, inc. III, da Lei 7.014/96.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvida de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, em tela, com fundamento no art. 18, inc. IV, §1º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo notificante, indicam a cobrança de multa de 1% sobre o valor total da nota fiscal, enquanto a acusação é de cobrança do imposto (ICMS) por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Em conformidade com o art. 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, represento à autoridade competente, a salvo de falha, para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, atentando para o aspecto decadencial de exigência do crédito fiscal.

Do exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal, em tela.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 298576.0005/20-3, lavrada contra a **PRONTA ENTREGA DISTRIBUIDORA – EIRELI**. Representa-se à autoridade competente, a salvo de falha, para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, atentando para o aspecto decadencial de exigência do crédito fiscal.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA