

N. F. Nº - 272466.0987/22-0
NOTIFICADO - BOTICA COMERCIAL FARMACÊUTICA LTDA.
NOTIFICANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/10/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0202-02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Comprovado a lavratura de duas Notificações Fiscais sobre o mesmo fato gerador, caracterizado como vício material, que é um vício insanável. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 02/08/2022, no Posto Fiscal Benito Gama, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 22.370,89 multa de 60% no valor de R\$ 13.422,53, perfazendo um total de R\$ 35.793,42, pela falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS, em aquisição interestadual de mercadorias.

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

Enquadramento legal: Alínea “b” do inc. III do art. 332 do RICMS - Decreto nº 13.780/12, c/com o art. 12-A, inc. III do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96.

Multa prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta anexado ao processo: I) Termo de Apreensão nº 152701553/22-6 (fls. 04/05); **I)** Cópia do DANFE 385.230(fl. 08); **III)** Cópia do DACTE nº 267368 (fl. 12); iv) Cópia do Documento de veículo; e **IV)** Cópia da CNH do motorista (fls. 09/10).

A Notificada ingressou através de advogados, com defesa tempestiva com anexos fls. 17 a 56, onde faz preliminarmente uma síntese dos fatos.

Inicia informando que a presente autuação não merece ser acolhida, devendo ser extinta antes do julgamento do mérito, em vista de diversas irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionam o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação como um todo. O fato gerador objeto da presente autuação também é objeto da Notificação Fiscal nº 272466.0955/22-1, com o mesmo TOF e NF, tendo sido lavrado pelo mesmo Auditor Fiscal, Renato Aguiar de Assis, e possuindo o mesmo valor.

Informa que em sede daquela Notificação foi realizado o recolhimento do imposto, com a apresentação de requerimento de conversão da GNRE em DAE.

Afirma que o princípio da proporcionalidade consiste na fórmula jurídica construída pelas práticas constitucionais para veicular os limites jurídicos. A sanção jurídica, para atender às exigências do princípio da proporcionalidade, deve ser adequada e necessária ao fim que se propõe alcançar e atender de forma razoável ao conjunto de outros objetivos e comandos do sistema jurídico, ou seja, deve passar pelo escrutínio dos requisitos jurídicos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito ou vedação do excesso. Também como fruto da imposição de limites ao poder sancionatório estatal, o princípio da proporcionalidade garante o direito humano fundamental segundo o qual ninguém pode ser sancionado duas vezes em razão do mesmo fato, consagrado em alguns ordenamentos através da vedação ao *ne bis in idem*.

Destaca que a imposição de mais de uma sanção para uma mesma conduta ilícita constitui flagrante ofensa ao *non bis in idem*, enquanto projeção jurídica do princípio da proporcionalidade, ambas garantias constitucionais de inegável positividade no direito brasileiro. E esta violação vicia de nulidade absoluta o presente lançamento.

Diz que são anuláveis os lançamentos que apresentam vícios nos pressupostos (vício formal), os quais integram o procedimento preparatório do lançamento, e, nulos aqueles que apresentam vícios nos requisitos (vício material), os quais decorrem da norma jurídica tributária.

Apresenta o entendimento do Auditor Fiscal Raimundo Parente de Albuquerque Júnior sobre a distinção entre o vício formal e vício material, e, para que reste incontestado que o vício que maculou o presente lançamento é puramente material, cabe, nesse momento, diferenciar os vícios formais dos materiais, bem como trazer as decorrências lógicas de lançamentos cancelados por esses vícios.

Explica a diferença entre o vício formal e o vício material e copia duas ementas sobre o tema.

Conclui que, em que pese a nulidade que inquina a existência e validade da autuação. A impugnante prosseguirá, buscando demonstrar a improcedência da peça impositiva em relação ao mérito da infração que lhe fora imputada, em observância ao princípio da eventualidade, que nada mais é do que a obrigação da parte produzir de uma só vez, todas as alegações e requerimentos, ainda que estas razões sejam excludentes e incompatíveis umas das outras.

Em vista do exposto, a empresa autuada protesta pelo acatamento incólume da presente defesa, com reconhecimento da nulidade da Notificação Fiscal nº 272466.0987/22-0, com cancelamento do lançamento que lhe é objeto, dentro da fundamentação acima representada, expurgando a multa em percentual confiscatório, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante do RICMS, por ser medida de direito e justiça.

Requer que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da notificada constante no rodapé destas páginas.

Não contém informação fiscal.

Este é o relatório.

VOTO

Essa Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS referente a antecipação tributária parcial, conforme descrito no corpo da referida Notificação Fiscal, no valor histórico de R\$ 22.370,89.

Na análise da documentação anexada ao processo, em especial o DANFE nº 385.230, constato que está equivocado o enquadramento da infração pelo nobre Notificante.

O produto Álcool Etílico Hidratado Neutro (Não Automotivo) a Granel está sujeito a Antecipação Tributária Parcial do ICMS antes da entrada no Estado da Bahia nas transações comerciais interestaduais, sendo a empresa destinatária responsável pelo recolhimento do imposto conforme estabelece os artigos 296 e 332, inc. V, alínea “i”, e § 4º do Decreto 13.718/12, e não ser enquadrado como sujeito a substituição tributária parcial estabelecido pelo art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Art. 296. Será exigida dos estabelecimentos industriais e comerciais a antecipação parcial do imposto nas entradas de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, antes da entrada no território deste Estado, observando-se o seguinte:

I - o valor do imposto será aquele resultante da aplicação da alíquota prevista para o produto nas operações internas sobre o valor da operação ou valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior, deduzindo o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual.

(...)

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:

(...)

i) com álcool a granel, não destinado ao uso automotivo;

§ 4º O recolhimento do imposto no prazo previsto nos incisos V (exceto as alíneas “a”, “b”, “c” e “d”) e VII poderá ser efetuado no dia 9 do mês subsequente, desde que o contribuinte seja autorizado pelo titular da repartição fiscal a que estiver vinculado.

Na defesa a Notificada solicita a nulidade da presente Notificação Fiscal pois o fato gerador objeto da presente autuação também é objeto da Notificação Fiscal nº 272466.0955/22-1, com o mesmo TOF e NF, tendo sido lavrado pelo mesmo Auditor Fiscal, Renato Aguiar de Assis, e possuindo o mesmo valor. Destaca que a imposição de mais de uma sanção para uma mesma conduta ilícita constitui flagrante ofensa ao *non bis in idem*, enquanto projeção jurídica ao princípio da proporcionalidade, ambas garantias constitucionais de inegável positividade no direito brasileiro. E esta violação vicia de nulidade absoluta o presente lançamento.

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.

Compulsando os documentos anexados ao processo pela defesa e em consulta ao SIPRO, constato que cabe razão ao Impugnante. Em 21/07/2022 foi lavrada a Notificação Fiscal nº 2724660955/22-1, tendo como fato gerador o mesmo DANFE nº 385.230, com o mesmo valor histórico R\$ 22.370,89 e tendo como fundamentação da lavratura o mesmo TOF nº 152701553/22-6. Conforme consulta ao SIPRO este PAF está tramitado para o Relator Olegário Miguez Gonzalez para instrução.

A lavratura das duas Notificações Fiscais tendo como fato gerador a mesma ação fiscal e documentação, caracteriza vício material, que é um vício insanável, não restando senão a sua nulidade.

Assim, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **272466.0987/22-0**, lavrada contra **BOTICA COMERCIAL FARMACÊUTICA LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2023.

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR