

PROCESSO	- A. I. N° 297745.0597/23-3
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- RAIA DROGASIL S/A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 6ª JJF nº 0087-06/24-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 13/01/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0526-12/24-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Constatada dissonância entre a descrição da infração e respectiva capitulação legal, que tratam de ICMS devido pelo regime da Antecipação Tributária Parcial, com os cálculos efetivados pelo Autuante, para fins de apuração do imposto devido, que foram efetuados considerando que as mercadorias adquiridas estavam sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Total, ou seja, com aplicação de Margem de Valor Agregado (MVA). Ofensa aos princípios da legalidade, devido processo legal e da ampla defesa, implicando na declaração de nulidade do lançamento, nos termos do Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, assim como da Súmula nº 01 do CONSEF/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/07/2023, em razão da seguinte irregularidade:

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 previstos na legislação fiscal, em 23/07/2023, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 275.410,65, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A 6ª JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0087-06/24-VD (fls. 57 a 60), com base no voto a seguir transscrito:

“O Auto de Infração em lide exige do Autuado ICMS no valor de R\$ 275.410,65 e é composto 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 N° 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. (grifos nosso)
(...)"

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 vício jurídico intransponível relativo 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 da infração (código 054.005.008) realizada pelo Autuante foi a seguinte (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 preenche os requisitos previstos na legislação fiscal" (grifos nossos)

O enquadramento legal aplicado encontra-se transcrito a seguir (fl. 01), que trata da exigência de imposto devido pelo regime da **Antecipação Tributária Parcial**:

"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."

Imperioso ressaltar que o Autuante, ao efetuar os cálculos do imposto devido (fl. 06), os fez considerando que as mercadorias adquiridas (Ozempic Img; Levemir single pack; Novorapid single pack; Novolin N 100 UI; Novolin R Penfil; Novolin R 100 UI e Fiasp Penfill 100U/ML, acobertadas pelos DANFEs nº 55859 e 55884, emitidos em 12/05/2023 (fls. 07/09), estavam sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Total, haja vista ter realizado a apuração utilizando-se de margem de valor agregado – MVA, prevista no Anexo 01 do RICMS-BA/2012.

Ante o exposto, constato a existência de vício insanável existente no lançamento em exame que é a dissonância entre a descrição da infração e respectivo enquadramento legal, que tratam do Autuado não ter efetuado o recolhimento do ICMS referente à aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Parcial, com os cálculos efetivados pelo Autuante, para fins de apuração do imposto devido, que foram efetuados considerando que as mercadorias adquiridas estavam sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Total (aplicação de MVA).

Entendo que esse vício mácula de nulidade o Auto de Infração, conforme disposto nos incisos II e IV do art. 18 do RPAF-BA/99, a seguir transcritos. Haja vista que deveria o Autuante efetivar os cálculos de apuração do ICMS devido de forma condizente e inquestionável com a infração cometida. 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;
(...)"

Ademais, pertinente neste momento mencionar a Súmula nº 01 do CONSEF/BA, a seguir descrita:

"É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo."

Nos termos expendidos, voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração."

A 6ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, "a" do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela Nulidade do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa, em razão da 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 previstos na legislação tributária.

Verifico que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1^a Instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor corrigido de R\$ 461.836,12, conforme extrato (fl. 62), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Constatou que a desoneração perpetrada decorreu da dissonância entre a descrição da infração imputada, que exigiu o ICMS devido por antecipação parcial, e os demonstrativos anexados, os quais exigem o imposto devido por antecipação tributária.

Restou patente que as mercadorias objeto da autuação, medicamentos – item 9 do Anexo 1 do RICMS/12, estavam enquadrados no regime de substituição tributária, tendo sido calculado o imposto nos demonstrativos com base no referido regime, com aplicação da MVA, mas a descrição da infração imputa a falta de pagamento do ICMS relativo à antecipação parcial.

Ressalto que não é possível sanar esta incongruência, pois implicaria em mudança no fulcro da autuação, o que não é legalmente permitido.

Sendo assim, ficou cristalina a nulidade do Auto de Infração, com base no Art. 18, IV, “a” do RPAF/99, devido à incerteza na determinação da infração, e na Súmula nº 01 deste CONSEF, já que não há, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 297745.0597/23-3, lavrado contra RAIA DROGASIL S/A.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDEI E SILVA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS