

N. F. Nº - 297745.0146/23-1  
NOTIFICADO - RAIA DROGASIL S/A  
NOTIFICANTE - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES  
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/05/2024

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº. 0022-06/24NF-VD**

**EMENTA:** ICMS.TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Discrepância entre a descrição dos fatos, a tipificação e o enquadramento legal. Produtos da Antecipação Tributária Parcial, tratados como se enquadrados no Regime de Antecipação Tributária Total. Cerceamento do direito de defesa e insegurança quanto a base de cálculo do tributo lançado. Aplicação da Súmula 01 do CONSEF. Instância Única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal ora apreciada foi lavrada em 14 de fevereiro de 2023 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 2.894,05, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **054.005.008.** Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação 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.

A notificada, por seus advogados, devidamente constituídos nos termos do instrumento de fl. 33, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 17 a 26, onde argumenta não poder prosperar o lançamento, na medida em que o débito apontado na situação irregular do contribuinte no momento da lavratura da autuação em tela, já se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por medida liminar do Poder Judiciário.

Se insurge, igualmente, contra o percentual de multa sugerido (60%), considerada como confiscatória, já visar apenas e tão somente aumentar a arrecadação tributária em detrimento do seu patrimônio. Fala que o estabelecimento Notificado se constitui em Centro de Distribuição que promove o recebimento de mercadorias de outros estados e a transferência às filiais estabelecidas na Bahia e em outras unidades da Federação.

Diante da acusação formulada de que estaria o estabelecimento inapto em decorrência de situação irregular no cadastro de contribuintes, assegura que o único débito apontado na situação cadastral no momento da lavratura da Notificação em tela, estava circunscrito à autuação 281071.0036/20-4, cujo crédito já se encontrava garantido, em discussão judicial e suspenso por decisão liminar do Poder Judiciário.

Observa o extrato do Processo 8008797-05.2023.8.05.0001, distribuído em 24/01/2023, em trâmite perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador (Doc. 5), no qual apresentou seguro-garantia (Doc. 6), no valor integral do débito oriundo do Auto de Infração 281071.0036/20-4, a fim de discutir a sua validade, o qual foi aceito pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia – PGE (Doc. 7). Menciona que conclusos, o juízo prolatou decisão em 02/02/2023 (Doc. 8), suspendendo expressamente a

exigibilidade do débito objeto da referida autuação, conforme reproduz trecho, e ato contínuo, sobreveio intimação processual do Estado da Bahia, em 13/02/2023 (Doc. 9).

Uma vez comprovada que a Notificação foi lavrada após a distribuição do feito judicial, do oferecimento da garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação mencionada, assim como da intimação do Estado da Bahia, entende jamais poderia este débito ter sido indicado como óbice à regular situação da empresa, culminando com a exigência em tela. Estando regular, consoante relato, e a empresa regular, o recolhimento do ICMS-ST deve ser feito de forma ordinária, ou seja, no dia 09 do mês subsequente ao do ingresso das mercadorias, arremata.

Argui ser tal constatação de extrema importância no caso em tela, na medida em que, tendo sido lavrada a Notificação no final do mês de fevereiro de 2023, estando o contribuinte regular (Doc. 11), o recolhimento da exação destacada nas Notas Fiscais objeto da imputação foi realizado no mês de março de 2023. Consigna dever ser aplicada a disposição do artigo 332, § 2º, do RICMS/BA, copiado, pois, como comprovado, o único débito que estava sendo apontado como óbice à sua regular situação, se encontrava com exigibilidade suspensa no momento da Notificação.

Diante do exposto, comprovado que o lançamento ocorreu após a distribuição do feito judicial, do oferecimento de garantia, da decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação indicada, assim como as intimações do Estado da Bahia, confia no provimento da impugnação, com o cancelamento do lançamento tributário.

Por fim, se mantida a exigência ora combatida, considera estar sendo ferido o princípio do “não-confisco” previsto na Constituição Federal, vez lhe estar sendo imputada multa de 60% sobre o valor do tributo devido, com violação do artigo 150, inciso IV, da Carta Magna, e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicáveis com ênfase nos atos da Administração Pública.

Após discorrer sobre tais princípios, invocando, inclusive, doutrina de Hugo de Brito Machado, a amparar a tese defensiva, traz decisões do STF (ADI 551/RJ e RE 81.550), em trechos copiados.

Aduz em acréscimo, que sendo a multa uma pena pecuniária imposta ao contribuinte, não pode sobre ela incidir juros, que também possuem natureza punitiva, sob pena de ser o contribuinte duplamente penalizado, o que, evidentemente, não poderá prevalecer. Ao subsistir a cobrança dos juros, estará caracterizado verdadeiro enriquecimento sem causa, em seu detrimento, com o que não concorda. Confia, pois, no provimento de sua defesa, com o reconhecimento da abusividade da penalidade combatida, seja pelo caráter confiscatório, seja pela afronta perpetuada à razoabilidade, a qual deverá ser integral ou parcialmente cancelada, com o afastamento dos juros moratórios sobre a multa objeto da ação em análise.

Diante do exposto, comprovado que a presente Notificação foi lavrada depois da distribuição do feito judicial, do oferecimento da garantia, da decisão que suspendeu a exigibilidade do débito oriundo da autuação 281071.0036/20-4, assim como da intimação do Estado da Bahia, tem que a sua situação cadastral, quando do recebimento das mercadorias aqui arroladas, se encontrava absolutamente regular, razão pela qual requer o provimento da presente defesa, com o cancelamento da cobrança ora combatida, visto ter integralmente recolhido o tributo devido no prazo legal, e quanto menos, deve ser aplicado ao caso, a disposição do § 2º, do artigo 332 do RICMS/BA.

Subsidiariamente, requer o cancelamento parcial do lançamento, pelo reconhecimento do caráter confiscatório da multa imposta e da invalidade da aplicação de juros moratórios sobre tal penalidade. Protesta, ao fim, pela produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente a juntada de

novos documentos, realização de prova pericial e sustentação oral de seus direitos, informando o endereço de seus advogados. Não há Informação Fiscal prestada, diante da previsão normativa.

Foram os autos remetidos ao CONSEF 06/04/2023 (fl. 112), recebidos no órgão em 10/04/2023, e encaminhados a este relator em 18/12/2023 (fl. 112-v), tendo sido devidamente instruídos e considerado aptos para julgamento.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, relativa à cobrança de ICMS, objeto de impugnação pela empresa notificada.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da lavratura de Termo de Ocorrência Fiscal 210545.1002/23-5, em 14/02/2023, de acordo com o documento de fls. 03 e 03-v. Já a ciência do lançamento se deu de modo expresso, pelo encaminhamento de comunicação enviada pelo Domicílio Tributário Eletrônico, em 08/03/2023 (fl. 11). Os documentos que suportam a acusação se encontram às fls. 04 a 09 dos autos.

Antes de qualquer apreciação outra, constato da leitura das peças que compõem o lançamento, que a acusação a recair sobre a empresa Notificada teria sido, como já relatado linhas acima, a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de antecipação parcial, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal.

Teria sido feita, pois, com base, segundo o Notificante, na alínea “b” do inciso III do artigo 332 do RICMS/12 (*O recolhimento do ICMS será feito 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, não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS*), combinado com a artigo 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*), dos artigos 23, inciso III, 32 e 40 da Lei nº 7.014/96, o qual se endereça às mercadorias enquadradas no regime de antecipação parcial, e na condição da Notificada de ser contribuinte em situação cadastral irregular, não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria, na alínea “b”.

A planilha de cálculo do ICMS de fl. 09, somente se aplicaria ao cálculo de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, com a inclusão de Margem de Valor Agregado, o que não vem a ser a hipótese dos autos, uma vez que a Nota Fiscal 43.124, emitida em 08/02/2023, lista produtos de NCM 3305.90.00 e NCM 3304.99.10, que à época dos fatos geradores não se encontravam listadas no Anexo 1 ao RICMS/12 como sujeitas à Substituição Tributária.

Este CONSEF já possui pacificado entendimento quanto a situações semelhantes, quanto ao fato de ser nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo, nos termos da SÚMULA CONSEF Nº 01: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO, CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO:

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

No caso em comento, embora o Notificante tenha indicado a infração como falta de recolhimento do ICMS - Antecipação Parcial, a planilha de Débito foi elaborada como se fosse cobrar a Antecipação Tributária Total, com encerramento de tributação e o implemento de MVA.

Diante de tais fatos, a capitulação legal constante da infração e utilizada para seu embasamento não se coaduna com os fatos e o direito aplicável, o que vem a violar os princípios da legalidade e devido processo legal, trazendo como consequência insegurança quanto a determinação da infração, situação que se enquadra na previsão do artigo 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/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”.*

Inexiste, pois, como visto, qualquer segurança jurídica em relação ao lançamento, diante dos procedimentos adotados pelo Notificante, que não atentou aos princípios do Processo Administrativo Fiscal, sequer assegurou o direito a ampla defesa do sujeito passivo, bem como o exercício do contraditório, como se pode observar na planilha demonstrativa de débito inserida à fl. 09 dos autos, onde consta, inclusive, a aplicação de MVA no percentual de 60%, o que não se concebe em operações sujeitas à antecipação parcial. Informo não ser esta posição isolada deste julgador ou desta Junta de Julgamento Fiscal, a se ver pelas decisões de igual teor constante nos Acórdãos JJF 0272-04/22NF-VD, JJF 0075-06/23NF-VD, JJF 0148-05/23NF-VD e JJF 0075-06/23NF-VD, em situações idênticas a ora apreciada. Assim, consoante já firmado, tal fato traz como consequência ser a Notificação Fiscal nula, o que declaro de ofício.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, e em instância única, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº. **297745.0146/23-1**, lavrada contra **RAIA DROGASIL S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - JULGADOR