

N. F. Nº - 298628.0792/23-4
NOTIFICADO - RAIA DROGASIL S/A
NOTIFICANTE - DJALMIR FREIRE DE SÁ
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/05/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-06/24NF-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 Notificante, para fins de apuração do imposto devido, que foram efetuados como se as mercadorias adquiridas fossem 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 inciso II do art. 18 do RPAF-BA/99, assim como da Súmula nº 01 do CONSEF/BA. Instância ÚNICA. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 31/07/2023, no Posto Fiscal Honorato Viana, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 5.700,51, acrescido de multa no valor de R\$ 3.420,31, perfazendo um total de R\$ 9.120,82, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

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 inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Tipificação da Multa - Art. 42, II, “d”, da Lei nº 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, através de advogado (fls. 20/46), reproduzindo o conteúdo do lançamento, para em seguida preliminarmente afirmar que o imposto exigido na autuação foi integralmente recolhido na forma antecipada. Aduzindo que o agente fiscal desconsiderou a redução de que trata o Decreto Estadual nº 11.872/2009. Além disto, considera que a multa aplicada é confiscatória, já que visa tão somente aumentar a arrecadação tributária em detrimento do patrimônio do Contribuinte.

No mérito alega que o estabelecimento impugnante é um centro de distribuição, que promove o recebimento de mercadorias de outros estados e a transferência para as filiais sediadas na Bahia e em outras unidades da Federação.

Pontua que os débitos listados que serviram de base para o descredenciamento do defendente

estavam garantidos em discussão judicial nos processos nº 8075331-28.2023.8.05.0001, 8110591-69.2023.8.05.0001, 8120501-23.2023.8.05.0001 e 8124141-34.2023.8.05.0001, os quais tramitam no sistema PJe do Tribunal de Justiça da Bahia.

Assevera que o agente fiscal não respeitou o prazo mínimo legalmente previsto para a conversão do Termo de Ocorrência Fiscal em autuação formal, a fim de implementar a exigência, em desatendimento ao comando legal do art. 28, § 1º do Decreto Estadual nº 7629/99. Expressa o entendimento de que a cobrança, da forma que foi realizada, inquina o lançamento de nulidade, devendo ser cancelada em vista da quitação do tributo exigido.

Novamente afirma o caráter confiscatório da multa aplicada, aduzindo a impossibilidade de aplicação de juros sobre a penalidade exigida, com base no art. 150, inciso IV da Constituição Federal e nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, aplicáveis aos atos da administração pública. Mencionando citações doutrinárias, assim como decisões do Supremo Tribunal Federal. Finaliza a peça defensiva requerendo:

- 1) O provimento da Impugnação com o cancelamento do lançamento dada a comprovação do pagamento exigido, ou, quando menos, cancelamento do débito principal, dado seu recolhimento, ou, ainda, pela desconsideração pelo agente fiscal, quanto à redução da base de cálculo do imposto de que trata o Decreto Estadual nº 11.872/2009;
- 2) Subsidiariamente, o cancelamento parcial do lançamento pelo caráter confiscatório da multa aplicada e da invalidade da aplicação de juros moratórios sobre a penalidade
- 3) A produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente pela juntada de novos documentos, realização de prova pericial e sustentação oral. Informando para fins de intimação o endereço de seus advogados, qual seja, Rua do Rócio, 423, conjunto 1.808, Vila Olímpia, CEP 04552-000, São Paulo/SP, telefone (11) 2177-2177, e-mails rodrigo@carreiro.adv.br e Leonardo.laterza@carreiro.adv.br.

Na Informação Fiscal (fls. 46/49), o Notificante, inicialmente reproduz sinteticamente o conteúdo da defesa e do lançamento, para em seguida afirmar que discorda da Impugnação pelos seguintes motivos:

- 1) Apesar do defendente alegar que os valores exigidos foram pagos, não anexou comprovante do recolhimento relativos aos DANFES nº 382688 e 382687, pelo que entende que deverá ser mantida a integralidade do imposto devido;
- 2) Em relação à alegada desconsideração da redução de base de cálculo, afirma que os produtos descritos nos DANFES supracitados, com NCM 33051000, 33049990 e 33049910, não estão relacionados nos itens I a XI do art. 1º do Decreto Estadual nº 11.872/2.
- 3) Em relação a alegação de que os débitos, que serviram de base para o descredenciamento, estariam em discussão judicial, considera não ter competência para esta análise, que cabe à gestão tributária da SEFAZ. Aduzindo que, na data da ocorrência do fato gerador, (30/05/2023) a autuada encontrava-se descredenciada, conforme demonstrado na fl. 10 do PAF;
- 4) Com relação ao prazo para autuação, registra que o lançamento foi realizado dentro do prazo previsto em lei;
- 5) Em relação ao valor da multa, afirma que a mesma está legalmente prevista e pode ser reduzida nos termos do art. 45 da Lei Estadual nº 7014/96. Finaliza a Informação Fiscal expressando o entendimento de que persistem os valores exigidos, devido à ausência de comprovação do recolhimento e da multa por ter previsão legal.

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.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 5.700,51, acrescido de multa no valor de R\$ 3.420,31, perfazendo um total de R\$ 9.120,82 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.(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 Notificante 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 preencha 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 Notificante, ao efetuar os cálculos do imposto devido (fl. 08), os fez considerando que as mercadorias adquiridas (emulsão solar, creme hidratante, loções, etc), acobertadas pelas NF-e nº 382687 e 382688, emitidos em 25/05/2023 (fls. 05/07), 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 Notificado não ter efetuado o recolhimento do ICMS referente à aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Parcial, com os cálculos efetivados pelo Notificante, para fins de apuração do imposto devido, que foram efetuados considerando que as mercadorias adquiridas fossem sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Total (aplicação de MVA).

Entendo que esse vício macula de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto no inciso II do art. 18 do RPAF-BA/99, a seguir transcrito. Haja vista que deveria o Notificante 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;

(...)”

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 compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.”

Em relação à alegação do Impugnante, que trata da inconstitucionalidade de lei e do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, esclareço que este órgão julgador não tem competência para avaliar questões de inconstitucionalidade, temas sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidido, assim como negar a aplicação de atos normativos originários de autoridades superiores, nos termos do art. 167 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. ”

Quanto ao pleito que trata do endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

(...)

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

(...)”

Nos termos expendidos, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 298628.0792/23-4, lavrada contra RAIA DROGASIL S/A.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

MAURICIO SOUZA PASSOS - JULGADOR