

N. F. Nº - 211311.0607/18-9
NOTIFICADO - SEIKOMAR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - LUIZ MARCOS REZENDE FONSECA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/05/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0036-06/24NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL NULIDADE. Não restou caracterizada a infração imputada ao sujeito passivo, mostrando-se eivada do vício de nulidade a autuação, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Instância única. Notificação Fiscal **NULA**, Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 26/07/2018, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 5.649,12, acrescido de multa de 60% no valor de R\$ 3.509,478 perfazendo um total de R\$ 9.358,59.

Infração 01 – 54.05.08 Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c § 3º e inciso I, do § 4º, do art. 8º § 6º, do arts. 23, 32 e 40 da Lei nº 7.014/96, com tipificação da multa prevista na alínea “d”, inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O Notificado apresenta defesa, na qual inicialmente, destaca o bom relacionamento mantido entre o Fisco e o contribuinte, ora autuado, ao longo do período da fiscalização. Afirma, ser Justo, também, que se faça referência, neste momento, acerca da reconhecida capacidade técnica dos prepostos fiscais da SEFAZ-BA.

Antes de discutir o mérito da lide, o sujeito passivo demonstrará a existência de diversos vícios insanáveis neste processo, provocados pelo ilustre autuante; vícios estes que, conforme os nobres representantes deste órgão julgador irão constatar, implicam na nulidade da infração da presente Notificação Fiscal, nos termos do art. 18 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

De acordo com o art. 18, inciso 1º, da RPAF/99, um AUTO DE INFRAÇÃO que apresente “eventuais” incorreções ou omissões”, ou que esteja viciado pela “não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação”, não deve, de logo, ser julgado nula. Neste sentido, é condição **sine qua non** para que uma Notificação Fiscal seja objeto de revisão fiscal, que incorreções ou omissões existentes nele sejam eventuais, e que a não-observância de certas exigências digam respeito àquelas de natureza meramente formais.

Portanto, não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências observadas de caráter meramente formal, **não** cabe qualquer tipo de revisão fiscal. É caso de nulidade da Notificação Fiscal. Esta é a regra imposta pelo Inciso 1º do art. 18 do RPAF/99.

Assim é que, após a leitura completa da presente Impugnação, ficará claro para os membros desta JFF, que esta Notificação Fiscal, possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), e as exigências não observadas pelo autuante, nos seus trabalhos, não são

meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

É certo que, para uma acusação ser levada adiante, é imprescindível não só que o Fisco a descreva de forma clara, precisa e sucinta, mas que, acima de tudo, sejam trazidas à luz as provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos pelo autuante, que dariam suporte fático à mesma.

No caso da presente Notificação Fiscal, percebe-se claramente que os fatos arguidos pelo i. autuante, para fundamentar, faticamente, a infração 01 foi o seguinte: Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal

Pergunta: Essa mercadoria sofre antecipação tributária parcial? - Lógico que não, porque essa mercadoria sofre a tributação por antecipação tributária. Ocorre que o preposto fiscal não atendeu ao que determina o art. 28, inciso 4º, II, da RPAF, e nem ao mandamento do disposto no art. 46 da RPAF/99, já que os fatos por ele arguidos precisariam estar acobertados por provas matérias trazidas aos autos, o que não aconteceu.

Art. 28 A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

Inciso 4º O RPAF far-se-á acompanhar:

I – (...)

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Vale ressaltar que diante desta omissão comprobatória por parte do autuante, ficou o sujeito passivo impedido de, no mérito, exercer o contraditório e a ampla defesa, já que o mesmo não tem como se certificar dos fatos arguidos pelo autuantes, no que diz respeito à situação cadastral dos clientes (destinatários das mercadorias) da empresa autuada.

Neste sentido, á vista do previsto no art. 18, II, e IV, “a”, do RPAF/99, não há outro caminho, senão o de julgar NULA a infração 01.

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;

Neste contexto, vejamos como a doutrina trata a questão, no caso de fato gerador descrito de forma equivocada, obscura ou incompreensível.

ALBERTO XAVIER, in Do Lançamento: Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, Ed. Forense, 2º edição, pg. 161/162, lembra:

“o significado imediato deste constitucionalmente reconhecido(e , portanto, vinculativo para todos os Estados) é a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se faça nos termos de um procedimento justo (fair procedure). Tal implica para o particular afetado, em princípio, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, o direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas e, ainda, de

confrontar as posições dos adversários (...)"

É nesta mesma linha de entendimento que segue o Professor HUGO DE BRITO MACHADO, em seu livro Curso de Direito Tributário, Ed Malheiros, 14ª edição, pg. 348:

Pontua que a infração deve estar bem descrita pelo autuante na Notificação Fiscal a fim de possibilitar ao contribuinte, que se defenda amplamente.

Entre os requisitos acima enumerados, deve ser destacada, por sua grande importância, a descrição do fato que, no entender do autuante, configura infração da legislação tributária. Essa descrição há de ser objetiva clara e tão completa quanto necessária a que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal. ”

Aliás, por falar em falta de elementos suficientes para se determinar com segurança e clarezas, o fato gerador, vejam, então, como dispõe a legislação processual tributária (RPAF) a respeito:

Art. 18 São nulos:

(...)

IV – o lançamento de ofício:

I-Que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator:

Assim é que, sem dúvida, há razão suficiente para se decretar a nulidade da notificação fiscal.

Este próprio CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação contida em uma Notificação Fiscal seja obscura e, conseqüentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. É neste sentido, portanto, que seguem as decisões prolatadas por este Conselho, senão vejamos

Faz recortes de ementas do CONSEF.

“Empresa autuada: Garcia Peres e Cia. Ltda.; Acórdão: 0520/99; AUTO DE INFRAÇÃO: 07096860/95; 5ª JJF; Relatora: Dra. Mônica Maria Roters; DOE: 25.10.99

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. DOCUMENTAÇÃO FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA POR DIVERGÊNCIAS NAS QUANTIDADES DAS MERCADORIAS ENCONTRADAS. IMPRECISÃO QUANTO AS DIVERGÊNCIAS APONTADAS. Inexistência de demonstrativo para apuração da base de cálculo do imposto. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determina, com precisão a infração argüida. AUTO DE INFRAÇÃO Nulo. Decisão unânime”

EMENTA-CONSEF

“Empresa autuada: Usina Itaigara de Açúcar e Alcool S/A; Acórdão: 0787/99; AUTO DE INFRAÇÃO 206892.0016/99-5; 4ª JJF; Relato: Dr. José Bezerra Lima Irmão; DOE 11.11.99.

EMENTA: ICMS. CREDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO ENTRE DIVERSOS ESTABELACIMENTOS NESTA CAPITAL IMPUTAÇÃO INSEGURA.

Descrição do fato de forma imprecisa e contraditória. AUTO DE INFRAÇÃO Nulo. Decisão unânime.

Pede-se que, ainda na fase de instrução do julgamento deste AUTO DE INFRAÇÃO, os autos sejam convertidos em diligência até a Secretaria deste CONSEF, objetivando-se o acostamento das íntegras das decisões, devidamente autenticadas, cujas Ementas aqui foram oferecidas, visando-se enriquecer os elementos de convicção dos representantes deste órgão julgador”

Aponto que o percentual das multas fuge das margens de multas aplicadas no país, ainda mais em um contexto de crise que vivemos, o que prejudica de forma considerada a continuidade dos trabalhos por parte dos comerciantes e empresários.

Com isso, tendo como base a multa de 60% do valor de uma infração que gira em torno de R\$ 9.358,59, daria R\$ 5.615,15 só de multa que o contribuinte tem a pagar.

Pontua que o valor da multa é maior do que o valor devido para o pagamento do tributo, o que evidencia que a multa se torna um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária. A jurisprudência já tem se posicionado de outra forma, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA MORATÓRIA. CONFISCO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Redução da multa de 60% para 20% de acordo com a Lei nº 9.430/96. Entende-se ser possível a redução da multa de 60% para 20% de acordo com a Lei nº 9.430/96, conforme entendimento deste Tribunal: "5. Legitimidade da aplicação retroativa, com fundamento no artigo 106, II, c, do CTN, do artigo 35 da Lei 8.212/1991, que remeteu a fixação do percentual da multa ao artigo 61, parágrafo 2º, da Lei 9.430/1996, o qual a limitou em 20%. Precedentes. (AC 2006.01.99.005727-0/MG, Rel. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga, Conv. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.265 de 18/01/2012) - O valor de 20% atribuído à multa é razoável para desestimular o contribuinte à prática de transgressões à ordem jurídica e está em consonância com o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 61 da Lei 9.430/1996. No caso dos autos, a multa moratória foi fixada em 30% e deve ser reduzida." (AC 2004.40.00.006756-9/PI, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p.451 de 15/04/2011) 2. Ao caso aplica-se a lei nova mais benéfica (art. 106, II, c, do CTN) que é a redação do art. 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009 que manda aplicar a multa prevista no § 2º do art. 61 da Lei 9.430/96." (EDAC 2001.01.99.047483-7/GO, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Conv. Juiz Federal Cleberson José Rocha (conv.), Oitava Turma, e-DJF1 p.2242 de 17/12/2010). 2. Súmula 648 do STF. "A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar". Compatibilidade dos artigos 84 da Lei 8.981/1995 e 13 da Lei 9.065/1995 com o artigo 161, parágrafo 1º, do CTN. Precedentes desta Corte e do STJ. 3. Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com as respectivas custas processuais, isento o INSS, bem como com os honorários advocatícios de seus patronos. 4. Apelação da Embargante parcialmente provida.

(TRF-1 - AC: 68384 MG 2000.01.00.068384-1, Data de Julgamento: 10/07/2012, 5ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.922 de 20/07/2012)''

Diante tanta falta de clareza nessa notificação fiscal, entretanto fica até difícil compreender a finalidade dessa incompreensível notificação, mesmo assim a autuada estará explicando o cálculo correto das mercadorias.

Objeto dessa autuação a Nota Fiscal n.º 491573, data 22 de julho de 2018, emitida pela empresa Companhia de Alimentos UNIAVES, a autuada recolheu corretamente o ICMS de Antecipação Tributária, no valor de R\$ 11.150,95, que essa mercadoria sofre tributação pelo Regime de Substituição Tributária, conforme o Anexo 1 do RICMS-BA. Vejamos os cálculos:

Valor total da nota fiscal - R\$ 91.800,00. (ANEXO-III).

Destaque do ICMS - R\$ 11.016,00

Cálculo do ICMS de antecipação tributária.

Valor da total da nota fiscal - R\$ 91.800,00

MVA de 17,65% (conforme anexo-3) ANEXO 1 DO RICMS-BA

Base de cálculo - R\$ 98.737,76 X MVA 34,15% = R\$ 123.149,70.

(+) ICMS 18% - R\$ 22.166,95

(-) Crédito ICMS - R\$ 11.016,00

(=) ICMS à recolher - R\$ 11.150,95

ICMS recolhido - R\$ 11.150,96, data do pagamento 23/07/2018, sob o Código 1145.

DO PEDIDO

Por último, consubstanciado nos elementos materiais e jurídicos ora apresentados, requer o autuado, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da presente Impugnação, que seja reconhecida a NULIDADE e a IMPROCEDÊNCIA da infração ora defendidas, nos exatos termos presentes nesta Impugnação.

O Notificante não apresenta Informação Fiscal.

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.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 5.849,12 e multa de 60% no valor de R\$ 3. 509,47 perfazendo um total de R\$ 9.358,59 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Trata-se de notificação fiscal pela Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Conforme recibo (11), com intimação via postal, de cópia da Notificação Fiscal e demonstrativos foram entregues ao contribuinte.

O presente lançamento de ofício foi lavrado com o objetivo de cobrar ICMS referente à Antecipação Tributária Parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias, para fins de comercialização (miúdos congelados de bovino), destinadas a contribuinte neste Estado, que não possui regime especial para pagamento no prazo, conforme descrito no corpo da Notificação Fiscal.

Observo que as mercadorias descritas no DANFE nº 491573 são mercadorias que de de acordo com a legislação vigente, estão inclusos no Anexo 1 do RICMS/BA, sujeitos, portanto, a Antecipação Tributária Total, devendo ser recolhido o imposto antes da entrada no Estado da Bahia, conforme estabelecido na alínea “a” do inc. III do art. 332 do RICMS/BA, *in verbis*:

“RICMS/BA - Decreto nº 13.780/2012

(...)

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III – 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:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes.

(...)”

A Notificada recolheu o ICMS Substituição Tributária na data da emissão do DANFE nº 491573 (23/07/2018), conforme comprovante de pagamento bancário anexo à defesa, utilizando a MVA de 34,15%, de acordo com a previsão do Anexo 1 do RICMS, cálculos anexos à defesa. ICMS recolhido - R\$ 11.150,96, data do pagamento 23/07/2018, sob o código 1145.

Quanto à alegação de que as multas fogem das margens de multas aplicadas no país, este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de seus dispositivos legais, conforme dispõe o art. 167 do RPAF/BA.

Após análise das peças processuais, chego à conclusão de que assiste razão ao contribuinte quanto a nulidade do lançamento. Não restou caracterizada a infração descrita – 54.05.08- Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias procedentes de outras unidades da federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação tributária.

Verifico que o demonstrativo apresentado pelo notificante (fl. 04) dos cálculos da infração foram elaborados para a hipótese de Antecipação tributária total, inclusive com a indicação de MVA. Isto posto, conforme se constata no lançamento ora em discussão, a conduta infracional descrita na infração não coincide, como o fato violador da obrigação tributária.

Concluo, após o exame acima colocado, que a existência defeituosa da acusação, é o fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Dessa forma, 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 211311.0607/18-9, lavrado contra SEIKOMAR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2024.

VALTERCIO SERPA JUNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

MAURICIO SOUZA PASSOS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR