

A. I. Nº - 297745.0597/23-3
AUTUADO - RAIA DROGASIL S/A
AUTUANTE - JORGE LUIZ MAGALHÃES NUNES
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28/05/2024

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº. 0087-06/24-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 inciso II e IV do art. 18 do RPAF-BA/99, assim como da Súmula nº 01 do CONSEF/BA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 23/07/2023, no Posto Fiscal Honorato Viana, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 275.410,65 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 Autuado apresenta peça defensiva com anexos, através de advogado (fls. 19/44), 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 e reproduz as argumentações já realizadas. Pontua que os débitos listados que serviram de base para o descredenciamento do defendantem 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, inquia 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. 49/50), o Autuante inicialmente reproduz sinteticamente o conteúdo da defesa, para em seguida afirmar que: 1) o contribuinte afirma ter pago o imposto devido, mas não apresenta nenhuma prova, ao contrário do histórico da conta fiscal do Estado, (fl. 10), na qual consta a não quitação; 2) Na fl. 06, verifica-se que a redução da base de cálculo em 28,53%, de que trata o Decreto Estadual 11872/2009, foi considerada e 3) “A multa de 60% está prevista no RICMS/BA” e o Sistema de Lançamento de Crédito Tributário faz o cálculo automaticamente.

Considera que existe um equívoco no entendimento do fato imponível, haja vista decorrer do descredenciamento do contribuinte. Nesta condição, consoante o art. 332, inciso III, o Autuado está obrigado ao recolhimento antecipado, quando das aquisições interestaduais. Assevera que a imputação está de acordo com legislação vigente e que, para cessar a exigência, o Autuado deve entrar em contato com sua Inspetoria, para quitar o débito. Colaciona, na Informação Fiscal, orientação da DEREF, que foi seguida à risca. No dia 22/03/2024, o autuado envia memoriais, por e-mail, para a Sexta Junta CONSEF (sextajuntaCONSEF@sefaz.ba.gov.br), nos quais reproduz os argumentos esboçados na Impugnação.

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

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 nossos)

(...)"

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 1mg; 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 297745.0597/23-3, lavrada contra **RAIA DROGASIL S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal Recorre de Ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

MAURICIO SOUZA PASSOS – JULGADOR