

N. F. Nº - 218323.1071/16-7
NOTIFICADO - LUCIANA FONSECA DA SILVA -ME
NOTIFICANTE - ELIEZER JOSÉ DE MIRANDA
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/02/2025

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0004-06/025NF-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Constatada dissonância entre a descrição da infração, respectiva capitulação legal e cálculos efetivados pelo Notificante, para fins de apuração do imposto devido, com a situação fática. Mercadorias adquiridas em outros estados da federação sujeitam-se ao regime da Antecipação Tributária Parcial, conquanto a acusação fiscal, respectivo enquadramento legal, bem como os cálculos realizados pelo notificante tratam da falta de recolhimento de imposto devido pela compra interestadual de mercadorias submetidas ao regime da Antecipação Tributária Total, ou seja, com aplicação de margem de valor agregado – MVA, inquinando de nulidade o lançamento, nos termos do inciso IV, do art. 18 do RPAF-BA/99. Notificação Fiscal NULA. Em instância ÚNICA. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epigrafe, lavrada em 19/08/2016, exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 5.947,00, acrescido de multa no valor de R\$ 3.568,20 e acréscimos moratórios equivalentes a R\$ 392,38, perfazendo um total de R\$ 9.907,58, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10 - Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, 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 art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96.

Tipificação da Multa: alínea “d”, inciso II, do art. 42 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. 23/53), alegando inicialmente a tempestividade da impugnação, para em seguida asseverar que o lançamento está eivado de nulidades, pois o Demonstrativo elaborado pelo ilustre fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Assim como o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade. Aduzindo que o cumprimento destes requisitos visa assegurar o exercício do direito constitucional da ampla defesa.

Afirma que no lançamento foram apurados valores indevidos no montante de R\$ 5.947,00, corroborando com as alegações de iliquidez e certeza e reconhecendo com devida a quantia de R\$ 3.650,16.

Alega que além dos erros acima, no tocante aos valores apurados, verifica-se que o ilustre Auditor Fiscal não observou a existência da inaplicabilidade da Substituição Tributária nas mercadorias do NCM 2106.90.30, devendo sofrer tributação normal do ICMS, afastando o regime de substituição tributária prevista no art. 289 do RICMS/BA, sendo entendimento do próprio Estado da Bahia, em Parecer nº 11473/2012, em anexo, bem como citando o art. 142 do CTN e decisão do TJ/BA, para embasar suas alegações.

Assevera ter ocorrido duplicidade de cobrança, no valor de R\$ 743,41, referente à operação acobertada pela Nota Fiscal-e nº 5889, haja vista a mesma constar na Notificação Fiscal de nº 218323.1069/16-2.

Menciona, além da nulidade supracitada, que o lançamento não descreve como deveria a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa. Sendo que, assim não entendido, permite-se a notificada requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

No mérito afirma que é empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos, tendo destaque municipal na comercialização de produtos nutricionais em geral e que sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assomam aos empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo a notificação, ora alvo de defesa escrita, incorrido em erro que as tornam nulas de todos os efeitos, sejam fiscais ou legais.

Destaca que durante vários anos e em várias revisões fiscais já ocorridas, a notificada em nenhum momento foi alvo de autos de infração, pois sempre primou pela observância das exigências legais de seu ramo de atividade, sendo tal fato demonstrativo de suas qualidades empresariais.

Expressa o entendimento de restar suspensa a exigibilidade do tributo com base no art. 151 do CTN, que transcreve.

Reconhece não ter recolhido o ICMS antecipado, contudo afirma que não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Logo, entende que inexistente obrigação tributária, comprometendo assim a validade do lançamento.

Alega que a multa exponenciada aplicada, acrescida de suposto valor principal da obrigação, sofreram a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita. Haja vista que a multa, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderia ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, com base no art. 52 da Lei nº 9.298/1996, e não no percentual que restou aplicado, o qual não consta no lançamento.

Afirma que os juros de mora, por sua vez, atingem o valor corrigido da obrigação tributária acrescida da multa, restando visível que foram praticados em excesso, dado que os juros convencionais das penalidades brasileiras, conforme é disposto pelo Código Tributário Nacional, é de 1% (um por cento) ao mês. Aduzindo que, estas penalidades, multa e juros, se mantidos, deverão ser reduzidos ao suportável pela capacidade contributiva, esvaziando os contribuintes e locupletando o Estado.

Finaliza a peça defensiva requerendo: 1) que seja regularmente distribuída e conhecida a presente peça defensiva; 2) que seja declarada a nulidade do lançamento, destinando-o ao arquivo administrativo, suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela notificada na produção da presente defesa escrita. Aduzindo que, se assim não entendido, que seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo agente fiscal nos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, 3) que seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo

administrativo para regular exercício da ampla defesa; 4) que seja procedida a exclusão da cobrança referente à Nota Fiscal-e nº 5889, pois já foi objeto da Notificação Fiscal nº 218323.1069/16-2 e 5) que seja afastado o regime de substituição tributária prevista no art. 289 do RICMS/BA, ratificando o Parecer nº 11473/2012 do estado da Bahia, em anexo.

Cabe registrar que não consta Informação Fiscal nos autos.

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\$ 5.947,00, acrescido de multa no valor de R\$ 3.568,20 e acréscimos moratórios equivalentes a R\$ 392,38, perfazendo um total de R\$ 9.907,58 e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A acusação fiscal trata da falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, 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 (fl. 01). O trânsito das mercadorias foi acobertado pelos DANFES de nºs 1536, 2696, 1246, 5889, 14907 a 14909 (fl. 01).

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 54.05.10**) realizada pelo Notificante foi a seguinte (fl. 01):

*"Falta de recolhimento do ICMS referente a **antecipação tributária total**, 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. (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 Total**: "alíneas "a" e "d" do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º; § 6º do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96".

Cabe ressaltar que o Notificante, ao efetuar os cálculos do imposto devido (fl. 06), os fez considerando que as mercadorias adquiridas (suplementos alimentares, camisetas temperos, molhos de salada, coqueteleiras, luvas esportivas) acobertadas pelos DANFES supramencionados (fls. 07/15), 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 situação fática, que trata da aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Parcial, com a descrição da infração, respectivo enquadramento legal, bem como os cálculos efetuados para fins de apuração do imposto, que dizem respeito ao regime da Antecipação Tributária Total.

Imperioso registrar que para uma mercadoria estar sujeita ao regime da Antecipação Total deve haver não apenas a correspondência da numeração do NCM especificada no Anexo 01 do RICMS/2012, mas também a correlação com a descrição nele contido. Isto posto, conforme tabela abaixo, não se identificou este binômio.

N.F.	PRODUTO	NCM	ANEXO I - DESCRIÇÃO	SITUAÇÃO FÁTICA
1536	ISO WHEY	21069030	XAROPES; BEBIDAS ISOTÔNICAS E PREPARADOS P/ FABRICAÇÃO DE SORVETES	SUPLEMENTO
1536	REGATA FEMININA	61091000	NÃO CONSTA	VESTUÁRIO
1536	CREATININA	29252990	NÃO CONSTA	SUPLEMENTO
2696	TEMPEROS	21039021	NÃO CONSTA	CODIMENTOS USADOS NOS ALIMENTOS
2696	MOLHOS	21039091	NÃO CONSTA	MOLHOS USADOS EM SALADAS
1246	ÔMEGA 3 CAPS	21069030	XAROPES; BEBIDAS ISOTÔNICAS E PREPARADOS P/ FABRICAÇÃO DE SORVETES	SUPLEMENTO
1246	CREATINA	29252990	NÃO CONSTA	SUPLEMENTO
1246	GLUTAMINA	29241999	NÃO CONSTA	SUPLEMENTO
1246	COQUETELEIRA	39233000	RESERVATÓRIO DE ÓLEOS E MAMADEIRAS	USO P/ INGESTÃO DE SUPLEMENTO
5889	LUVAS ESPORTIVAS	61169300	NÃO CONSTA	ACESSÓRIO P/PRÁTICA DE ESPORTE
14907	BCAA	21069030	XAROPES; BEBIDAS ISOTÔNICAS E PREPARADOS P/ FABRICAÇÃO DE SORVETES	SUPLEMENTO
14908	ISOLON CHOCOLATE	21069030	XAROPES; BEBIDAS ISOTÔNICAS E PREPARADOS P/ FABRICAÇÃO DE SORVETES	SUPLEMENTO
14909	CAMISETA BLACK SKULL	61091000	NÃO CONSTA	VESTUÁRIO

Entendo que esse vício macula de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto no inciso IV, alínea "a", do art. 18 do RPAF-BA/99, a seguir transcrito. Haja vista que deveria o Notificante realizar a descrição da infração, respectivo enquadramento legal, bem como os cálculos efetuados para fins de apuração do ICMS devido de forma condizente e inquestionável com a

situação fática. 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;

(...)”(grifos nossos)

Nos termos expendidos, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênica ao nobre relator para apresentar entendimento divergente, nos termos em que segue.

Entendeu, o relator, que o presente lançamento é nulo ao fundamento de *“ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”*, tendo feito expressa citação do quanto disposto no art. 18, inciso IV alínea “a” do RPAF/99.

Processo nulo é aquele imprestável aos fins a que se destina. Ovídio A. Baptista da Silva fala em atos “inválidos” ou “ineficazes”, conforme abaixo.

“Os atos processuais, como todos os atos jurídicos, podem apresentar certos vícios que os tornem inválidos e ineficazes (grifos acrescidos). No campo do processo civil, estes vícios em geral, decorrem da inobservância de forma por meio da qual um ato determinado deveria realizar-se. Observe-se que o conceito de forma, aqui deve corresponder ao modo pelo qual a substância se exprime e adquire existência, compreendendo, além de seus requisitos externos, também as circunstâncias de tempo e lugar, que não deixam de ser igualmente modus por meio dos quais os atos ganham a existência no mundo jurídico.”

Ou seja, nula é a lide em torno da qual não é possível se chegar à conclusão acerca da ocorrência da infração ou do infrator (nos termos do inciso IV, do art. 18 do RPAF, citado), em face do que o diploma regulamentar processual prevê a representação, com vistas à **repetição dos atos**, conforme art. 21, abaixo.

*“Art. 21. A autoridade que decretar a nulidade deverá mencionar os atos atingidos, determinando ou recomendando, se for o caso, a **repetição dos atos** (grifo acrescido), a salvo de falhas.”*

O legislador processual civil, igualmente, prevê a renovação ou retificação dos atos, conforme art. 249, abaixo reproduzido.

*“Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, **ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados** (grifo acrescido).
...”*

Noto, todavia, que, a despeito da decretação de nulidade, o nobre relator fez a cognição, normalmente, dos fatos e, ato contínuo, chegou à conclusão de que as mercadorias autuadas não se enquadram no regime de substituição tributária, conforme se extrai de trecho do seu voto, abaixo transcrito.

“Imperioso registrar que para uma mercadoria estar sujeita ao regime da Antecipação Total deve haver não apenas a correspondência da numeração do NCM especificada no Anexo 01 do RICMS/2012, mas também a correlação com a descrição nele contido. Isto posto, conforme tabela abaixo, não se identificou este binômio (grifo acrescido).”

N.F.	PRODUTO	NCM	ANEXO I - DESCRIÇÃO	SITUAÇÃO FÁTICA
1536	ISO WHEY	21069030	XAROPES; BEBIDAS ISOTÔNICAS E PREPARADOS P/ FABRICAÇÃO DE SORVETES	SUPLEMENTO
1536	REGATA FEMININA	61091000	NÃO CONSTA	VESTUÁRIO
1536	CREATININA	29252990	NÃO CONSTA	SUPLEMENTO
2696	TEMPEROS	21039021	NÃO CONSTA	CODIMENTOS USADOS NOS ALIMENTOS

2696	MOLHOS	21039091	NÃO CONSTA	MOLHOS USADOS EM SALADAS
1246	ÔMEGA 3 CAPS	21069030	XAROPES; BEBIDAS ISOTÔNICAS E PREPARADOS P/ FABRICAÇÃO DE SORVETES	SUPLEMENTO
1246	CREATINA	29252990	NÃO CONSTA	SUPLEMENTO
1246	GLUTAMINA	29241999	NÃO CONSTA	SUPLEMENTO
1246	COQUETELEIRA	39233000	RESERVATÓRIO DE ÓLEOS E MAMADEIRAS	USO P/ INGESTÃO DE SUPLEMENTO
5889	LUVAS ESPORTIVAS	61169300	NÃO CONSTA	ACESSÓRIO P/PRÁTICA DE ESPORTE
14907	BCAA	21069030	XAROPES; BEBIDAS ISOTÔNICAS E PREPARADOS P/ FABRICAÇÃO DE SORVETES	SUPLEMENTO
14908	ISOLON CHOCOLATE	21069030	XAROPES; BEBIDAS ISOTÔNICAS E PREPARADOS P/ FABRICAÇÃO DE SORVETES	SUPLEMENTO
14909	CAMISETA BLACK SKULL	61091000	NÃO CONSTA	VESTUÁRIO

...”

Assim, ao que parece, não houve “*erro in procedendo*”, por parte da autoridade fiscal, mas um erro de avaliação do fato que lhe levou a uma conclusão equivocada acerca do tratamento jurídico a ser dispensado às operações.

Tal equívoco, contudo, não impediu que os julgadores avaliassem o caso concreto submetido a esta Corte e que chegassem à conclusão acerca da legitimidade (ou não) da exigência fiscal, o que nos conduz à conclusão de que o processo atendeu, sim, aos fins a que se destina, pois evidenciou que o lançamento não procede, não havendo sentido repetir os atos ora submetidos à apreciação deste colegiado.

Ora, se as mercadorias não se submetem ao regime de substituição tributária, é forçoso concluir que a presente notificação fiscal é improcedente, e não nula.

Do exposto, peço vênica ao nobre Relator para divergir e votar pela IMPROCEDÊNCIA do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **218323.1071/16-7**, lavrada contra **LUCIANA FONSECA DA SILVA – ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2025.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE