

**A. I. N°** - 203459.0003/16-5  
**AUTUADO** - NELBLU CONFECÇÕES LIMITADA  
**AUTUANTE** - RICARDO FRANÇA PESSOA  
**ORIGEM** - INFAZ/VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 15.12.2016.

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0236-04/16**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no RICMS/BA. De fato, o lançamento diz respeito a falta de recolhimento/recolhimento a menor de antecipação parcial, havendo desconformidade que vicia o lançamento, diante do fato de que sua correção no Auto de Infração não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 22 de março de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 105.177,58, bem como multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **07.01.04.** Efetuiu o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 60 a 62, onde argui em sua defesa, que na infração 01, ocorrência do mês de julho de 2014, a antecipação do imposto foi recolhida em 25 de agosto de 2014 no valor de R\$ 41.489,26, sendo que o código da receita, quando do preenchimento do DAE foi erroneamente informado, quando o correto seria 2175, ao tempo em que informa que a sua retificação foi providenciada através do processo indicado, encontrando-se pendente de deliberação.

Já na ocorrência do mês de agosto de 2014, também não existe o que se cobrar, pelo fato de que a antecipação do ICMS foi recolhida em 25 de setembro de 2014, no montante de R\$61.943,05, na mesma situação de código de receita incorreto, já tendo sido protocolado o pedido para retificação do DAE, conforme indica, e encontra-se em processo de deliberação.

Reconhece como devidos os débitos relativos aos meses de junho e dezembro de 2014, tendo recolhido em 19 de maio de 2016 parcela de R\$15.393,74 a título de diferença de recolhimento a menor por antecipação.

Requer o julgamento do lançamento como procedente em parte, isentando-a de qualquer espécie de penalidade.

Encaminhado para informação fiscal por parte do autuante, este, à fl. 77 observa que, de fato, o contribuinte de fato recolheu tais valores, com o código de receita 1145, quando o correto seria o

código 2175. Todavia, observa que a SEFAZ indeferiu o pedido, de acordo com cópia do processo em referência, que anexa, o que o leva a manter a cobrança dos meses de julho e agosto de 2014.

Na sessão de julgamento, compareceu o representante da empresa, o qual realizou sustentação oral, reiterando os termos da defesa, tendo, nesta oportunidade asseverado que não tomou conhecimento do indeferimento do pedido de retificação dos documentos de arrecadação solicitados.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, qual seja, recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88.

O argumento da defesa é o de que os valores relativos à antecipação lançada foram recolhidos, ainda que com o preenchimento errado do código da receita, tendo, inclusive solicitado retificação dos documentos de Arrecadação, o que de acordo com o autuante, ocorreu, todavia, o pleito foi indeferido por falta de elementos de comprovação.

Em primeiro lugar, observo que o sujeito passivo, de forma direta, não arguiu qualquer preliminar a título de nulidade, adentrando, sem maiores outros comentários, na análise do mérito da autuação para contestá-la, conforme já relatado.

Todavia, o julgador deve analisar todos os aspectos do lançamento, e na hipótese de verificar qualquer desconformidade, tem o dever de ofício de apontá-lo. Pois bem: observo que a acusação firmada pelo autuante é a de cometimento de “recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88”.

Verifico, ainda, que os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, em verdade, se referem a recolhimento de antecipação tributária parcial, onde não há encerramento de tributação, apenas o seu recolhimento de forma precoce, com a possibilidade de aproveitamento do crédito fiscal do valor recolhido, contrariamente à figura da acusação, na qual ocorre o encerramento da tributação, e que não propicia aproveitamento de qualquer crédito fiscal, além de possuir modalidade de cálculo bem diversa daquela outra acima abordada. Aliás, o próprio título dos demonstrativos fala de “antecipação parcial”, ao contrário da acusação que se reporta a recolhimento do “sujeito passivo por substituição”.

Por outro lado, sendo a autuada empresa que tem como atividade o comércio varejista de confecções, mercadorias que não estão sujeitas a substituição tributária, bem como da análise do pedido realizado para a retificação do código de receita, o qual se reporta a antecipação parcial, e não substituição tributária, além do que, da análise do extrato de recolhimento acostado pelo autuante ao feito, no qual aparecem apenas dois tipos de recolhimento de ICMS (regime normal e antecipação parcial) constato que, em verdade, o autuante deveria lançar no Auto de Infração o recolhimento pela falta ou feito a menor de antecipação parcial.

Logo, em que pese o fato, reitero, da empresa autuada não ter se apercebido de tal falha, sequer ter suscitado o mesmo em sua peça defensiva, esta autuação não pode prosperar, diante do descompasso existente entre a acusação posta e os fatos verificados, que se apresentam como situações bastante distintas, o que contamina de vício insanável o Auto de Infração. Desta forma, vemos que houve mudança no fulcro da autuação, o que implica, com base no artigo 18, inciso IV, do RPAF/99, na nulidade da infração.

Da mesma forma, diante do fato de, na sustentação oral, o sujeito passivo ter afirmado que não tomou qualquer ciência acerca da decisão denegatória de seu pleito de retificação dos documentos de arrecadação, desnecessária a conversão do feito em diligência para tal fim, frente a existência de fato superveniente, que fere de morte o lançamento.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado nulo, entretanto, recomendo a repartição competente analisar a possibilidade de refazimento da ação fiscal, respeitado o prazo decadencial.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº. **203459.0003/16-5** lavrado contra **NELBLU CONFECÇÕES LIMITADA**. A repartição fazendária deverá avaliar a possibilidade de refazimento do lançamento, a salvo das falhas aqui apontadas, respeitado o prazo decadencial.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA