

A. I. Nº - 206887.0007/20-3  
AUTUADA - PAULO PINTO COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - JOELSON ROCHA SANTANA  
ORIGEM - INFACZ CENTRO NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.08.2021

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0080-05/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA. DESCONFORMIDADE ENTRE OS FATOS DESCritos NA PEÇA DE LANÇAMENTO E O CORRESPONDENTE ENQUADRAMENTO E OS DEMONSTRATIVOS QUE DÃO SUPORTE ÀS COBRANÇAS. Os fatos descritos no Auto de Infração e o correspondente enquadramento legal fazem referência à cobrança de ICMS por substituição tributária, com encerramento da tributação nas etapas subsequentes de saídas das mercadorias. Os demonstrativos que serviram de suporte do lançamento referenciam cobrança do ICMS a título de Antecipação Parcial, por entradas de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização. Incompatibilidade entre a peça acusatória e os demonstrativos de apuração do imposto. Vício formal insanável do ato administrativo, não passível de correção pelo órgão de julgamento. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 02/06/2020 para exigência de ICMS no valor principal de R\$32.597,80, contendo a seguinte acusação fiscal:

**Infração 01 – 07.01.02** – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior. Fatos geradores dos meses de janeiro, fevereiro, abril, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do exercício de 2015; março, abril, junho e outubro do exercício de 2016. Multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Juntados na peça acusatória: a) Demonstrativo da Antecipação Parcial – Levantamento realizado com base nas notas fiscais eletrônicas – 2015 e 2016; b) mídia digital contendo os demonstrativos; e, c) Intimação da lavratura do Auto de Infração enviada pelos Correios, com ciência do contribuinte em 04/08/2020.

Defesa administrativa protocolada em 15/10/2020, através da peça processual juntada às fls. 10 a 19 dos autos, subscrita pelo sr. Paulo Pinto, documento de identificação juntado à fl. 20.

Suscitou em razões preliminares a nulidade do Auto de Infração, por estar este documento desprovido de formalidades legais, na forma do art. 18 do RPAF/99 e considerando a jurisprudência administrativa da SEFAZ-Ba.

No mérito a impugnante afirmou, inicialmente, que o lançamento fiscal é parcialmente procedente. Disse que diversos produtos adquiridos em outras Unidades da Federação e comercializados pela empresa autuada estão sujeitos ao pagamento da antecipação total com encerramento da fase de tributação nas etapas posteriores de circulação. Declarou ainda que em algumas operações os remetentes das mercadorias promoveram o devido recolhimento do ICMS-ST, encerrando igualmente a fase de tributação.

No que se refere às operações que estavam efetivamente sujeitas à antecipação parcial a fiscalização teria desconsiderado diversos pagamentos efetuados de forma antecipada pela impugnante. Fez referência à juntada de documentos na inicial, com o indicativo de notas fiscais de aquisição cujas entradas foram registradas em determinado mês, mas o pagamento do ICMS quitado de forma antecipado, considerando que a empresa autuada ainda não se encontrava credenciada para o recolhimento do imposto no mês seguinte às operações de aquisição, conforme previsto no art. 332, § 2º, do RICMS. Discorreu sobre a existência de DAES (documentos de arrecadação estadual), que comprovariam os pagamentos realizados de forma antecipada.

Mais à frente, a defesa passou a combater a aplicação da multa de 60% do valor do imposto, lançada no Auto de Infração, que foi fundamentada na peça de lançamento nas disposições do art. 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96. Formulou pedido de que a multa seja reduzida para o patamar de 20%, caso o órgão julgador venha a declarar a total subsistência das cobranças de ICMS lançadas na peça acusatória. Embasou o pedido de redução da penalidade pecuniária nas disposições do art. 158 do RPAF e art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

A defendente sustenta que no caso em exame não houve conduta dolosa ou mesmo a prática de fraude ou simulação visando prejudicar o fisco. Trouxe para exame o precedente originário de Decisão da 2ª Câmara do CONSEF, no Acórdão CJF nº 0148-12/2015.

Ainda no que se refere às multas aplicadas no Auto de Infração, a defesa fez considerações em torno da vedação constitucional de utilização de cobrança de tributos com efeitos confiscatórios. Transcreveu as disposições do art. 150, inc. IV da Lei Maior, para afirmar que a imposição de multa fiscal de 60%, em um sistema onde há previsão de juros para indenizar a mora e correção monetária para manter o poder aquisitivo, é flagrante ofensa ao princípio constitucional do não confisco.

Ao finalizar a peça de defesa o contribuinte formulou os seguintes pedidos:

- 1 - declaração de nulidade do Auto de Infração em razão da irregularidade apontada na inicial;
- 2 - improcedência do lançamento fiscal, vez que as operações objeto da autuação se referem a aquisições de mercadorias submetidas ao pagamento do ICMS-ST com recolhimento do tributo promovido pelos remetentes, na condição de substitutos tributários. No que se refere às operações sujeitas à antecipação parcial houve a desconsideração por parte da Auditoria dos pagamentos realizados pela autuada;
- 3 - caso não se acolha os pedidos anteriores, no todo ou em parte, requer a redução da penalidade pecuniária para o patamar de 20%, considerando a inexistência de dolo, fraude ou simulação, bem como o efeito confiscatório da multa lançada no Auto de Infração.

Informação fiscal prestada em 07 de dezembro de 2020, através da peça processual apensada às fls. 22/23 dos autos, subscrita pelo próprio autuante.

Discorreu o autuante que as alegações apresentadas pela defesa não são pertinentes. O lançamento fiscal encontra-se fundamentado nas planilhas anexadas nos autos (doc. fl. 06 – que contém a mídia digital), não havendo com se acatar o pedido de nulidade formulado pela defesa. Os pagamentos efetuados pelo contribuinte foram integralmente deduzidos, conforme indicado nas planilhas de fls. 03 e 04, totalizando os valores de: R\$32.397,96, no exercício de 2015; e de R\$64.422,74, no exercício de 2016. Mais à frente observou que a defesa não fez a juntada na inicial de quaisquer documentos visando comprovar as suas alegações de recolhimentos que eventualmente tenham sido deixados de ser considerados na ação fiscal.

Finalizou a peça informativa afirmando que o contribuinte não conseguiu comprovar os fatos alegados na peça de defesa, razão pela qual pugna pela manutenção de todas as cobranças lançadas no Auto de Infração.

Este é o Relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única ocorrência fiscal. Imputa-se ao contribuinte o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Na peça de lançamento, a referência ao recolhimento insuficiente do imposto é vinculada a operações de aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com enquadramento do contribuinte na condição de sujeito passivo por substituição.

Todavia, os Demonstrativos que serviram de lastro da acusação fiscal fazem referência ao recolhimento a menor do ICMS a título de antecipação parcial, referenciado que as mercadorias foram adquiridas para fins de posterior comercialização, não havendo na composição da base imponível adição de margem de valor agregado (MVA), para a determinação do valor presumido das operações de saídas subsequentes.

Por sua vez, o enquadramento legal da infração vincula as cobranças a dispositivos normativos relacionados ao ICMS substituição tributária, com encerramento da fase de tributação nas etapas seguintes de circulação das mercadorias. A auditoria referenciou na peça de lançamento os seguintes dispositivos legais considerados infringidos: art. 8º, inc. II e § 3º, e art. 23, todos da Lei nº 7.014/96. Mencionou ainda o art. 289 do RICMS/Ba (Dec. n° 13.780/12).

O contribuinte, na peça impugnatória, se defende da acusação de cobrança do ICMS a título de antecipação parcial.

Há portanto, no caso em exame, uma flagrante desconformidade situada na descrição dos fatos e no enquadramento legal inseridos no Auto de Infração que não se coadunam com os valores apurados nos Demonstrativos que dão suporte às cobranças objeto do lançamento. Configurado, nesta situação, vício formal insanável do ato administrativo, vez que essa desconformidade não é possível de ser saneada. Aqui a incompatibilidade é total. A descrição de fatos e o enquadramento legal na peça acusatória é totalmente divergente do que se apurou nos demonstrativos de débito. Alterar de ofício a peça acusatória implicaria em modificar todos os fundamentos da acusação fiscal.

Esta incompatibilidade impede que o órgão julgador avance no exame de mérito do lançamento, considerando a impossibilidade de correção de ofício da peça acusatória.

Impõem-se então a declaração de nulidade do Auto de Infração, com fundamento no disposto no art. 18, inc. IV, letra “a” do RPAF/99, considerando que o ato de lançamento tributário não apresenta elementos suficientes para se terminar com segurança a ocorrência de infração à legislação tributária.

Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo dos vícios formais acima apontados.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 206887.0007/20-3, lavrado contra **PAULO PINTO COMÉRCIO LTDA**.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 23 de junho de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR