

**A. I. Nº** - 298948.0004/20-0  
**AUTUADO** - O BARATÃO AUTO PEÇAS LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO- INTERNET** – 10/09/2021

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0126-01/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Autuado realizou operações de saídas de mercadorias adquiridas de terceiros, sujeitas ao regime de substituição tributária, sem destaque do imposto. Indevida a infração atribuída ao autuado, pois o imposto deve ser exigido por antecipação tributária nas aquisições realizadas, caso não tenham sido objeto de tributação. Impossibilidade de se obter eventual montante do débito tributário. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 29/09/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$118.724,71, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (02.01.03), ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 258 a 272. Requereu a nulidade do auto de infração porque não foram relacionadas e discriminadas todas as notas fiscais que compõem o auto de infração e em razão da precária descrição dos fatos. Alegou, também, que não recebeu o demonstrativo de débito tributário. Concluiu que não houve comprovação dos fatos imputados.

Destacou que não poderia figurar no polo passivo devido ao regime de substituição tributária, sendo caso de ilegitimidade passiva. Disse que o fornecedor é o responsável pelo pagamento do imposto por substituição tributária e que o pagamento foi adimplido. Lembrou que a atribuição da responsabilidade tributária ao remetente decorre dos termos estabelecidos no Protocolo ICMS 41/2008.

Disse que o percentual da multa aplicada é elevado e desarrazoado. Destacou que o STF considera confiscatória, por entrar em conflito com inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, toda e qualquer multa que ultrapasse o percentual de 30%.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 299 e 300. Disse que o auto de infração foi elaborado de forma criteriosa. Afirmou que a exigência fiscal recaiu sobre mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme relação das fls. 9 a 253 e Anexo 88 do RICMS.

Presente na sessão de julgamento o ilustre Advogado Dr. Robson Sant’Ana dos Santos OAB/BA.17.172.

**VOTO**

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual nem a negativa de

aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS do autuado em razão de dar saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis no ano de 2015. O autuado é contribuinte varejista de autopeças e as mercadorias objeto da autuação são peças, componentes, e acessórios para veículos automotores. Essas mercadorias estavam incluídas no regime de substituição tributária no ano de 2015, conforme item 28, do Anexo 1 do RICMS.

Assim, partiu o autuante de premissa errada quando afirmou na informação fiscal que a autuação alcançou apenas mercadorias não incluídas no regime de substituição tributária para justificar a exigência de infração decorrente de saídas tributadas como não tributadas, tomando por base as notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado.

Os Protocolos ICMS 41/2008 e 97/2010 estabeleciam a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS por substituição tributária aos remetentes de grande parte das peças, componentes e acessórios para veículos automotores nas operações interestaduais destinadas a contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme relação indicada em seus anexos.

Assim, quando o autuado adquiria peças que não estavam relacionadas nos protocolos citados, quando oriundos dos estados signatários, ou quando adquiria qualquer peça de Estado que não era signatário de qualquer dos dois protocolos, o autuado deveria efetuar a antecipação tributária na entrada das mercadorias, pois toda e qualquer peça, componente, e acessório para veículos automotores estavam incluídas no regime de substituição tributária.

Desse modo, o imposto somente poderia ser exigido do autuado por antecipação tributária e quando oriundas de Estados não signatários dos referidos protocolos ou quando não estivessem expressamente previstas nos acordos interestaduais.

Convém destacar que no demonstrativo constavam mercadorias incluídas nos referidos protocolos, como moto ventiladores da posição NCM 84145990, bem como não incluídas, como engate para siena da posição NCM 8708.99.90.

Ressalto, também, que a exigência fiscal relativa ao período de janeiro a agosto de 2015 já havia sido fulminada pela decadência do direito de a Fazenda Pública exigir o crédito tributário. De acordo com o Ofício PGE/PROFIS/NCA nº 03/2017, acolhido pelo Gabinete do Procurador Geral do Estado, conforme Parecer GAB LSR 09/2017, devido a reiteradas decisões judiciais, é sugerido que a Administração Fazendária reformule suas rotinas de trabalho, a fim de que a notificação regular do contribuinte acerca do lançamento de ofício se ultime ainda no curso do prazo decadencial e que seja reconhecido, ainda na esfera administrativa, que o lançamento do crédito tributário somente se considere concretizado, para fins de afastamento do cômputo decadencial, quando efetuada a respectiva intimação ao contribuinte.

O autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário. Na presente reclamação de crédito não ficou caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação praticada pelo autuado. Desse modo, com fundamento no § 4º, do art. 150 do CTN, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador até a data da ciência do auto de infração pelo autuado. A intimação do autuado acerca da lavratura do presente auto de infração somente ocorreu no dia 30/09/2015, conforme documento acostado à fl. 02.

Desse modo, concluo que não foi determinada com segurança a infração cometida pelo autuado, prejudicando a definição do montante do débito tributário. Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298948.0004/20-0**, lavrado contra **O BARATÃO AUTO PEÇAS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUZA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR