

A. I. Nº - 110085.0007/20-0
AUTUADO - TAQUARAL COMÉRCIO DE VESTUÁRIO - EIRELI
AUTUANTE - JOSÉ ARNALDO BRITO MOITINHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-04/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. Há contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte. Decretada de ofício a nulidade do lançamento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2020, exige ICMS no valor de R\$37.736,47, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01 - 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O autuado apresentou impugnação (fls. 18/19) e após transcrever o teor da acusação, enquadramento legal e multa aplicada, assevera que não deixou de recolher o ICMS referente aos DANFES mencionados na planilha elaborada pela fiscalização e sim pagou parte do ICMS, conforme DAE, código de receita 2175-ICMS Antecipação parcial de nº 1902581890, pagamento efetuado em 29/04/2019, no valor de R\$10.747,03, referentes aos DANFES nºs 553, 8370, 83,75, 8376, 8377, 8379, 986, 948475 e 12773. Antecipação parcial de nº 1903135058, pagamento efetuado em 27/05/2019, no valor de R\$10.781,48, referentes aos DANFES nºs 558, 8372, 8373, 8374 e 8378, perfazendo um total de R\$21.528,51.

Informa estar anexando relatórios dos DANFES que geraram os valores do ICMS de antecipação parcial no valor de R\$21.528,51, para conferência do Fisco.

Solicita ainda que após o levantamento do FISCO, a diferença a recolher apurada da antecipação parcial seja aplicada a redução da multa em 90%, conforme art. 45-B.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 47 a 48 informa que o valor de R\$10.747,03, que é realmente de competência de março de 2019 já foi considerado e abatido no seu trabalho, conforme planilha de cálculo anexado ao Auto de Infração.

Observa que o valor da Base de Cálculo era de R\$415.852,40, que a alíquota de 18% gerou o ICMS de R\$74.853,43. Desse valor foi abatido o total dos créditos de R\$26.369,93, gerando um débito de R\$48.863,50. Desse valor foi abatido o valor pago de R\$10.747,03 resultando no valor apurado a recolher de R\$37.736,47.

O outro valor recolhido de R\$10.781,48 tem a competência de 04/2019 e parte em março de 2019, por esta razão só pode ser aproveitado como pagamento de março o valor de R\$9.355,19, portanto, o Auto de Infração continua exigido, com redução de R\$9.355,19, resultando no imposto a ser exigido de R\$28.381,28, retificado como multa sobre o valor apurado da ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

O contribuinte foi cientificado, porém não se manifestou.

VOTO

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo, são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso, apesar de não ter sido arguido pelo autuado, verifico que o Auto de Infração apresenta uma contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, como a seguir demonstrado:

A acusação tributária encontra-se posta da seguinte forma: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação”*.

Os fatos descritos *tem fundamento no art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, reproduzida no art. 289, RICMS BA-12, vigente à época dos fatos, ao prescrever que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado*.

Por outro lado, verifico que os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, em verdade, dizem respeito ao ICMS devido por Antecipação Tributária Parcial. Aliás, no próprio título do demonstrativo, fl. 06, foi mencionado que se tratava de “PLANILHA ANTECIPAÇÃO PARCIAL”.

Quando da informação fiscal, o autuante abandona completamente a acusação (materializada, pois assim lançada), e segue o caminho de recolhimento a menos do ICMS - Antecipação Tributária Parcial, inclusive acatando parte da defesa apresentada, ou seja, diz que a situação fática constatada pela fiscalização, não havia sido aquela motivadora da autuação, pois estavam exigindo o recolhimento a menos do ICMS-Antecipação Parcial.

É, portanto, flagrante a falta de nexo entre o fulcro da acusação e os fatos. Ademais, a Substituição tributária e a Antecipação Parcial são exigências diferentes. Possuem natureza jurídica diversa. Não podem ser cobradas sob a mesma rubrica, sem prejuízo ao devido processo legal. De comum, apenas o fato que ambas se referem às operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal.

A primeira espécie encerra a fase de tributação e a exigência do tributo se dá antes da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 7º da CF 88). Na antecipação tributária parcial (art. 12-A da Lei nº 7.014/96), sem encerramento da tributação, exige-se apenas parte do tributo devido na operação, razão porque, ela é chamada de parcial. O restante do tributo deverá ser recolhido oportunamente, quando da ocorrência efetiva do fato gerador.

Apesar de se valerem de técnica semelhante, na antecipação parcial, exige-se o tributo originário do fato gerador que o contribuinte realizará, ao passo que na substituição tributária, há antecipação do tributo decorrente do fato gerador a ser praticado por terceiro, razão porque atua como substituto, na qualidade de responsável tributário.

Logo, em que pese o fato da empresa autuada não ter se apercebido de tal falha, sequer ter suscitado a mesma em sua peça defensiva, esta autuação não pode prosperar, pois a acusação descrita no auto de infração, não está de acordo com os cálculos demonstrados nos papéis de trabalho, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do

contribuinte.

Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, razão pela qual, decreto, de ofício, nos termos do artigo 20 do RPAF/99, a nulidade do Auto de Infração, com fundamento nas disposições dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, e 39, inciso III do RPAF/99, ficando prejudicada qualquer apreciação defensiva.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110085.0007/20-0**, lavrado contra **TAQUARAL COMÉRCIO DE VESTUÁRIO – EIRELI**. Recomenda-se à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR