

A. I. Nº - 206887.0013/21-1
AUTUADO - HM ATACADO TEXTIL LTDA.
AUTUANTE - JOELSON ROCHA SANTANA
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08/11/2022

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0199-03/22-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Tendo sido apurado pagamento a menos do ICMS mediante levantamento fiscal, a Fiscalização deveria juntar a comprovação inequívoca da irregularidade, permitindo ao autuado o exercício da ampla defesa e do contraditório. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/11/2021, refere-se à exigência de R\$ 193.513,22 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 007.015.002: Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2016.

O autuado apresentou impugnação às fls. 23 a 41 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que o presente Auto de Infração decorreu de “refiscalização”, por determinação da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF Nº 0181-12/21-VD, de 22 de junho de 2021, no julgamento do Auto de Infração de nº 206887.0006/20-7, referente ao período de 01/2015 a 12/2016. Reproduz a ementa.

Alega que o Autuante, ao refazer o procedimento fiscal não se atentou aos ditames do julgado, e reeditou novo auto de infração, objeto desta lide, com os mesmos vícios do auto de infração anulado, ou seja, erro na tipificação da infração, tendo lançado a antecipação parcial como imposto + multa enquanto o correto seria apenas multa, conforme abaixo demonstrado em tópico próprio.

Se o auto de infração fora anulado, na renovação do procedimento fiscal, devidamente determinada pela Corte Administrativa de Julgamento, e o fiscal autuante insiste na mesma nulidade, conclui, por coerência e segurança jurídica, que o novo julgado será também nos termos anteriores, ou seja, nulo, já que “onde há a mesma razão de fato deve haver a mesma razão de direito”.

Apresenta o entendimento de que a narrativa acima, por si só, bastaria para sepultar a pretensão do Ente Estatal no presente lançamento, porém no sentido de reafirmar o seu posicionamento sobre estes aspectos, apresenta argumentos já expostos quando da anulação do auto anterior no sentido de que não sobra qualquer margem de dúvida.

Reproduz o artigo art. 18 e seu § 1º e o art. 19 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto 7.629/2019.

Suscita a nulidade do Auto de Infração alegando erro na tipificação da infração, pois não opera com mercadorias sujeitas à substituição tributária (malharia), tendo destacado ICMS nos documentos fiscais de saídas, como demonstra em anexos. Diz que apenas caberia multa, como previsto no reproduzido § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, equívoco sem possibilidade de saneamento nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF, já que isso implica em mudança de fulcro da acusação fiscal.

Afirma que a nulidade apontada neste item, depreende-se porque o fiscal repetiu o procedimento de auditoria incorrendo no mesmo erro de tipificação o qual foi uma das causas de nulidade do auto de infração ora refeito.

Diz que a planilha anexa aos autos bem como na infração capitulada, a diferença de antecipação parcial é calculada com base no artigo 12-A c/c art. 23 da Lei 7.014/96, com multa prevista no art. 42, II, “d” da referida Lei, diga-se: imposto + multa enquanto o correto seria apenas multa, capitulada no Art. 42 § 1º da mencionada Lei.

Reafirma que tal fato não é passível de saneamento nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF já que isso implicaria em mudança de fulcro da acusação fiscal, repete, mesmo motivo desagou na nulidade do auto de infração original (AI: 206887.0006/20-7).

Diz que o Fiscal cobrou nesta infração o imposto com multa prevista na Lei 7.014/96, o mesmo deixou de observar que o Autuado comercializa mercadorias de tributação normal (malharia) assim sendo, todas as notas fiscais de saídas emitidas têm destaque de imposto, conforme documentos anexos.

A infração imputada no presente auto de infração: INFRAÇÃO: 007.015.002 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial. (Grifo Nossa). Pela descrição da infração e planilha de cálculo anexo aos autos, verifica-se que o ICMS antecipação parcial foi calculado e lançado, porém sob a ótica equivocada do fiscal, recolhido a menos, evidenciado que as notas de saídas foram tributadas e o imposto recolhido.

Ressalta que as saídas foram tributadas, lançadas nos livros fiscais e devidamente recolhidas, neste caso, a Lei 7.014/96 desloca a capitulação da regra geral para específica, que passa do artigo 12-A, art. 23 da Lei 7.014/96, com multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96 para art. 42 § 1º da mesma Lei, que transcreveu.

Conclui que deveria ser o real fulcro da autuação a exigência apenas da multa, pois comprovado está que as mercadorias objeto do presente PAF tiveram a saídas tributadas, afastando, portanto, a exação fiscal da cobrança do ICMS devido por antecipação parcial acrescido da consequente multa de 60% do valor do imposto.

Afirma que a situação aqui apresentada veta prosseguimento do julgamento de mérito neste PAF, uma vez que, a cobrança (Imposto + Multa) constitui situação imbricada e de direta dependência, devendo compor um só e mesmo lançamento tributário, sendo vedado, como dito, excluir o imposto e manter a cobrança apenas da multa.

Alega que nas circunstâncias acima relatadas, a falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, não é passível do saneamento previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/99, e com base no inciso IV, “a” desse mesmo artigo por implicar mudança de fulcro da acusação, aniquilando o Auto de Infração de insanável víncio, deve o mesmo ser declarado nulo. Menciona o posicionamento da jurisprudência pátria neste sentido.

Diz que na antecipação parcial, sendo a infração de imposto + multa, a legislação prevê, em momento seguinte ao desfecho da lide, a possibilidade de creditamento do valor do imposto cobrado no auto de infração o que não ocorre caso a imputação fiscal seja apenas de multa, demonstrado aqui como metodologia correta de autuação, pois que, neste caso, a multa converte-se em obrigação principal sem possibilidade de creditamento posterior, e, por consequência,

exigiria da defesa outro foco de atuação, portanto houve manifesto prejuízo na plenitude da linha defensiva desaguando assim na nulidade deste auto de infração.

Por tudo que fora exposto, afirma que é cristalina a divergência entre o fato apurado (Antecipação Parcial) e o enquadramento legal o qual deveria ser a base da autuação (cobrar apenas multa e não imposto + multa), cerceando assim o direito de defesa, e acarretando insegurança na determinação da infração e seu valor.

Conclui que os fatos acima narrados, por implicar mudança, repete, do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, tornando-se primordial a declaração de nulidade deste auto de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Assim sendo, requer ao CONSEF que julgue o presente auto de infração nulo.

Caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade acima arguida, o que não acredita face a gravidade delas, adentra nas questões de mérito a seguir elencadas.

DECADÊNCIA: Diz que a anulação do auto de infração (AI: 2068870006/20-7) o qual deu suporte ao presente lançamento, teve suporte no artigo 149 do CTN, o qual define as situações em que o lançamento pode ser revisto de ofício pela autoridade administrativa, ressalvando em seu parágrafo único que tal procedimento só pode ser iniciado enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Nesta linha, alega que a extinção do direito da Fazenda Pública de refazer o lançamento, dar-se-á por decadência, cujo marco inicial de contagem para o prazo fatal de 05 (cinco) anos decorre de aspectos do tipo de nulidade ao qual o CONSEF decretou a nulidade do mesmo.

Frisa que a decretação de nulidade decorrente de descumprimento dos ritos formais ou erros na substância material que deu origem ao crédito tributário tem consequência primordial na contagem do prazo decadencial.

Quando opera a nulidade formal, não pode se referir à verificação do fato gerador, determinação da matéria tributável, ao cálculo do montante do tributo devido e identificação do sujeito passivo, enfim, vícios se reportam a estes elementos. Nesta nulidade não há nova fiscalização, mas apenas um novo lançamento a partir das provas e dados já anexados no auto anulado corrigindo falhas procedimentais que ensejaram tal anulação.

Neste caso, como consequência, na renovação do procedimento fiscal, a contagem do período decadencial dar-se-á nos moldes abaixo:

CTN: Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extinguir-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

No caso da nulidade material, uma nova auditoria é efetuada, verificação de livros fiscais, notas, enfim, todo arcabouço para que se apure possível omissão de recolhimento de imposto e neste “refazimento”, nem há certeza de que as infrações serão as mesmas nem que os valores apurados serão os lançados do auto anulado.

Acrescenta: quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, frisando que a acusação é de “recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial”, neste caso, a contagem do prazo decadencial segue regras elencadas parágrafo 4º, inciso I, do art. 150, do CTN.

Entende que tal metodologia de contagem de prazo decadencial é corroborado entendimento da Procuradoria Fiscal que promoveu a uniformização de sua orientação jurídica, segundo os

requisitos e sistemática do Decreto Estadual nº 11.737, de 30/09/2009, exarando entendimento quanto ao prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, parágrafo 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso da presente lide, diz que a motivação da anulação do lançamento julgado pela nulidade deu-se por aspectos formais (itens 01 e 02) e materiais (item 03), abaixo resumidos:

- 1) Não foi lavrado Termo de Início da Ação Fiscal, nem o Autuado foi intimado a apresentar livros ou documentos fiscais, ou quaisquer outros documentos, violando o princípio da não surpresa;
- 2) Embora todos os demonstrativos se refiram à exigência do imposto relativo à Antecipação Parcial, o Auto de Infração exige imposto e multa em razão do 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 do exterior.
- 3) A autuação não considerou que o Autuado é signatário do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/00, fazendo jus à redução de base de cálculo nas suas operações de saída.

Diante do exposto, ficou configurado que o lançamento dificultou a defesa do Autuado e não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Explica: No auto de infração anulado foi cobrado o valor de R\$ 1.831.322,25, porém no refazimento da ação fiscal, o valor passa a ser de R\$ 193.512,22. Assim, fica evidenciado que a auditoria revisional adentrou na apuração do valor a recolher, portanto, aspectos materiais da infração.

Diz que a nulidade tanto formal quanto material estão perfeitamente caracterizadas pelos elementos acima, assim, deve-se ponderar qual nulidade deve preponderar para contagem do período decadencial, a nulidade formal ou material. Nesta linha invoca o artigo 112 do CTN:

CTN: Art. 112: A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

Conclui que operou a nulidade por vício material, então, requer quanto ao mérito, decretação de decadência referente aos meses de 01 a 12 de 2015 e 01 a 11 de 2016, restando então apenas o mês de 12/2016.

Também alega que os cálculos não levaram em consideração remessa para industrialização por conta e ordem do remetente.

Neste aspecto ressalta que a empresa opera com malharia e que, na maioria das operações, seus insumos são remetidos para estampagem (industrialização) em outras empresas em operações denominadas de remessa por conta e ordem disciplinada no art. 281 do RICMS-BA.

Afirma que no presente auto de infração o Autuante efetuou cálculo do ICMS-AP de todas as notas fiscais pelo valor total sem considerar aquelas que tratam de remessas por conta e ordem do Autuado apontando assim divergências entre o imposto por este calculado e o recolhido pela empresa. Reproduz o art. 281 do RICMS-BA/2012 e exemplifica.

O requerente compra 722,4 kg de malha crua em 05/2015:

- a) O requerente (BA) emite em 05/05/2015 a Nfe nº 000.466 para beneficiamento na malharia Textil Lapo (CNPJ: 60.584.984/0001-27) no valor de R\$ 6.212,81 – 722,42 kg de malha crua.
- b) Após a estampagem, a malharia a Textil Lapo devolve ao requerente o produto acabado bem como sobras do material através da nota fiscal de Nº. 000.029.309 no valor de R\$ 6.212,81, cobrando o montante de R\$ 2.854,03 (vide valor da duplicata), a qual, com

redução de 58.824% (Termo de Acordo Atacadista) a base de cálculo da antecipação parcial fica em R\$ 1.678,85.

Afirma que neste caso, a tributação da antecipação parcial dar-se-á apenas sobre o valor agregado, diga-se, R\$ 2.854,03 (conforme valor da duplicata) o qual com redução de 58.824% (Termo de Acordo Atacadista) a base de cálculo da antecipação parcial fica em R\$ 1.678,85. Alega que o autuante não obedeceu a esta regra, porque, conforme demonstrativo deste a cobrança deu-se com base de cálculo o montante total da nota fiscal, ou seja, R\$ 9.066,84. Este fato demonstra de forma cabal que os cálculos elaborados pela empresa e anexo aos autos estão corretos e recolhidos conforme a legislação.

Cita um segundo exemplo: Operação envolvendo industrialização de 1.647,04 kg de malha crua. Nota fiscal de remessa para industrialização nº 000.0462 e Nota fiscal de retorno da industrialização – NF-e 000.029.288:

Afirma que neste segundo exemplo, o auto de infração cobra a antecipação parcial sobre base de cálculo de R\$ 25.337,09 ao invés de R\$ 8.037,70, que é o valor agregado ao processo de industrialização. Assim, com a redução do termo de acordo atacadista (58.824%) resulta numa base de cálculo de antecipação parcial em R\$ 4.728,10.

Diz que recolheu “Antecipação Parcial” sobre o custo de industrialização da primeira fase cobrado no valor de R\$ 3.662,12 (R\$ 49.067,68- R\$ 45.405,36). Recolheu “Antecipação Parcial” sobre o custo de industrialização da segunda fase cobrado no valor de R\$ 22.394,16

Ressalta que se pode observar claramente que o autuante equivocadamente cobrou “Antecipação Parcial” das remessas para industrialização com suspensão do imposto (ICMS) e quando dos seus respectivos retornos, o que, sem quaisquer sombras de dúvidas, poderá ser observado na planilha juntado ao processo pelo próprio autuante, onde confessa o equívoco cometido quando destacou nas planilhas de demonstrativo de débito os CFOPs utilizados para as operações de remessas para industrialização por conta e ordem e retorno de mercadoria recebida para industrialização

Diante dos exemplos acima, para que não reste qualquer dúvida na certeza e convicção dos cálculos e recolhimentos a título de ICMS antecipação parcial, uma vez alocando as notas fiscais nos meses as quais a empresa as escriturou em seu Livro de Entradas e efetuando ajustes de devoluções, fretes, termo de acordo (Decreto 7799/2000), tudo conforme planilhas analíticas as quais anexa ao presente PAF, bem como excluindo do cálculo as notas com CFOP que mencionou, afirma que não há diferença de imposto a recolher.

Por fim, reafirma que calculou e recolheu aos Cofres Públicos do Estado o ICMS “Antecipação Parcial” sobre todas as operações de entrada de mercadorias realizadas no período auditado da maneira correta e valores exatos, incluindo todos os documentos fiscais com o custo adicional de industrialização correspondente à 01 de janeiro de 2015 até 31.12.2016, conforme estabelece e determina a legislação vigente que disciplina a matéria aqui demandada, não havendo quaisquer valores residuais a serem recolhidos.

Anexa aos autos, para que possa dirimir qualquer dúvida, as planilhas de cálculos abaixo:

1. Planilha consolidada do cálculo da Antecipação parcial no ano;
2. Planilha consolidada do cálculo do ICMS-AP por mês de apuração;
3. Relação por nota fiscal de entradas objeto de cálculo do ICMS-AP;
4. Relação por nota fiscal de saídas para industrialização;
5. Cópia dos DANFES exemplificando como se deu o pagamento da “Antecipação Parcial” sobre as operações realizadas com remessa p/Industrialização e seu retorno.

Por tudo que fora acima exposto, requer a nulidade do auto de infração objeto desta lide, por incongruência entre a infração descrita e a objeto da infração, (capitulação da infração no artigo 12-A c/c art. 23 da lei 7.014/96, com multa prevista no art. 42, II, “d” da lei 7.014/96 ao invés de art.

42 § 1º da lei 7.014/96) sem possibilidade de saneamento nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF já que isso implicaria em mudança de fulcro da acusação fiscal, vício que inquinam o lançamento por cerceamento ao direito de defesa e impossibilitam determinar, com segurança, a liquidação da infração cometida.

Em pedido suplementar, caso não acatado a nulidade anterior pleiteada, requer a improcedência total deste auto de infração visto que, como demonstrado acima operou-se a decadência nos meses de 01 a 12 de 2015 e 01 a 11 de 2016, restando então apenas o mês de 12/2016, como também ficou demonstrado que as planilhas de cálculo efetuada pelo autuante contém erros grosseiros no computo das operações de industrialização por conta e ordem.

Reafirma que a empresa calculou e recolheu, como determina a legislação, todos os valores referentes a antecipação parcial.

A informação fiscal foi prestada às fls. 426/427, pelo Auditor Fiscal Adhemar Bispo de Souza, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, que opinou pela nulidade da autuação, dizendo que a peça fiscal apresenta diversos equívocos cujo saneamento é praticamente impossível, tendo em vista a ausência de papéis de trabalho, cópia de notas fiscais, com informações consistentes acerca da operação (compra/entrada) em razão da peculiaridade do estabelecimento, que opera com remessa e retorno de industrialização por terceiros.

Também informa que notou a existência de registros na planilha para cobrança de antecipação tributária (2015 e 2016), apurando que a diferença de alíquota foi cobrada a menos, considerando que a alíquota de origem foi de 4% e, neste caso, não é possível exigir essa diferença na mesma peça fiscal.

Esclarece que a defesa juntou aos autos algumas cópias de notas fiscais para demonstrar que as operações de remessa e retorno, sobre as quais não incidem ICMS antecipação parcial, foram inseridas no cálculo da diferença reclamada pelo Autuante. Na análise que fez, conferindo o CFOP e CST confirmou que a inclusão dos referidos valores gerou uma cobrança indevida de ICMS antecipação tributária através do Auto de Infração em lide.

Diz que acompanha o pleito do contribuinte pela nulidade do presente Auto de Infração, nos termos do artigo 18 do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência por Coriolano Almeida Cerqueira.

VOTO

O presente Auto de Infração trata de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2016.

Na impugnação apresentada, o Defendente afirmou que o presente lançamento decorreu de “refiscalização”, por determinação da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF N° 0181-12/21-VD, de 22 de junho de 2021, no julgamento do Auto de Infração de nº 206887.0006/20-7, referente ao período de 01/2015 a 12/2016.

O Auto de Infração mencionado pelo Defendente foi julgado nulo em primeira instância, conforme ACÓRDÃO JJF N° 0273-02/20-VD com a conclusão de que foi constatada incongruência entre a infração descrita e o objeto da infração, vícios que inquinam o lançamento por cerceamento ao direito de defesa e impossibilitam determinar, com segurança, a liquidação da infração cometida.

Conforme ACÓRDÃO CJF N° 0181-12/21-VD, foi mantida a decisão de primeira instância, com a conclusão de que estão presentes no Auto de Infração as situações a saber:

- 1) Não foi lavrado Termo de Início da Ação Fiscal, nem o Autuado foi intimado a apresentar livros

ou documentos fiscais, ou quaisquer outros documentos, violando o princípio da não surpresa; 2) Embora todos os demonstrativos se refiram à exigência do imposto relativo à Antecipação Parcial, o Auto de Infração exige imposto e multa em razão do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Também foi informado que a autuação não considerou que o Autuado é signatário do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/00, fazendo jus à redução de base de cálculo nas suas operações de saída. Portanto, ficou configurado que o lançamento dificultou a defesa do Autuado e não continha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

O Defendente alegou que no presente lançamento, não se atentou aos ditames do julgado anterior, e foi reeditado novo auto de infração, objeto desta lide, com os mesmos vícios do auto de infração anulado, ou seja, erro na tipificação da infração, tendo lançado a antecipação parcial (imposto + multa) enquanto o correto seria apenas multa.

Informou que não opera com mercadorias sujeitas a substituição tributária (malharia), tendo destacado ICMS nos documentos fiscais de saídas, como demonstra em anexos, e que apenas caberia multa, como previsto no § 1º do art. 42 da Lei 7014/96, equívoco sem possibilidade de saneamento nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF, já que isso implica em mudança de fulcro da acusação fiscal.

Observo que no presente PAF não consta qualquer Termo de Início de Fiscalização ou Termo de Intimação ao contribuinte, e este Órgão Julgador tem decretado a nulidade de procedimentos por cerceamento de defesa e por inobservância do devido processo legal, em virtude de vícios jurídicos, dentre os quais a ausência de intimação para apresentação de livros e documentos e do Termo de Início de Fiscalização.

Se encontram neste processo, “DEMONSTRATIVO 2.3 – ANTECIPAÇÃO PARCIAL (fls. 05/06 do PAF), apurando o “ICMS a pagar” no período fiscalizado, e o DEMONSTRATIVO 2.1 – PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL (Fls. 07 A 09), além de “INTIMAÇÃO DA LAVRATURA” do presente Auto de Infração (fl. 10).

Na Informação Fiscal prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito foi destacado que a peça fiscal apresenta diversos equívocos cujo saneamento é praticamente impossível, tendo em vista a ausência de papéis de trabalho, cópia de notas fiscais com informações consistentes acerca da operação (compra/entrada) em razão da peculiaridade do estabelecimento, que opera com remessa e retorno de industrialização por terceiros.

Também foi informado que existem registros na planilha para cobrança de antecipação tributária (2015 e 2016), apurando que a diferença de alíquota foi cobrada a menos, considerando que a alíquota de origem foi de 4% e, neste caso, não é possível exigir essa diferença na mesma peça fiscal.

Constatou-se, ainda, operações de remessa e retorno, sobre as quais não incidem ICMS antecipação parcial, mas foram inseridas no cálculo da diferença reclamada pelo Autuante.

O Auditor Fiscal estranho ao feito concluiu pela nulidade do presente Auto de Infração, nos termos do artigo18 do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99.

Observo que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas. Neste caso, tendo sido apurado falta de pagamento do ICMS mediante levantamento fiscal, a Fiscalização deveria juntar a comprovação inequívoca da irregularidade apurada, permitindo ao autuado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Nestes autos há vício jurídico que tenho o dever, como julgador, de analisar, pois diz respeito à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos por princípios como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal (art. 2º do RPAF/BA). Neste caso, é indispensável a demonstração pelo Fisco

quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como, a fundamentação legal. Tudo isso decorre dos princípios da legalidade e da verdade material.

A acusação fiscal se refere a recolhimento a menos da antecipação parcial, neste caso, no levantamento fiscal deveria constar as seguintes colunas: NOTA FISCAL Nº E DATA, ESPÉCIE DA MERCADORIA, ESTADO DE ORIGEM, BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA, CRÉDITO FISCAL CONSIDERADO, ICMS DEVIDO, ICMS RECOLHIDO, DIFERENÇA A RECOLHER. Entretanto, no DEMONSTRATIVO 2.3 – ANTECIPAÇÃO PARCIAL (fls. 05/06 do PAF) não há qualquer indicação neste sentido. Portanto, no caso em exame, não é possível atestar, de forma inequívoca, que os dados registrados nos autos sejam exatamente aqueles constantes nos documentos fiscais.

Outro ponto que merece destaque é o fato de não constar no presente processo que o Contribuinte tomou conhecimento do início da ação fiscal e a informação de que em razão de sua peculiaridade, o estabelecimento autuado opera com remessa e retorno de industrialização por terceiros.

É nulo o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, ou seja, que não siga os ditames traçados pela legislação, e no presente processo ficou constatado prejuízo jurídico em que o autuado não contribuiu para a inobservância da lei. Não se trata aqui de “mera” formalidade, mas sim, aplicação do princípio da ampla defesa do contribuinte.

O Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em provas concretas e, neste caso, o procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, por não ter sido seguido o devido processo legal, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa. Ou seja, há incerteza quanto ao imposto lançado, por ausência de elementos para se determinar, com segurança, a infração.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração, impõe-se sua a nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 206887.0013/21-1, lavrado contra **HM ATACADO TEXTIL 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” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA