

**PROCESSO** - A. I. Nº 207160.0003/19-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - POLIMPORT - COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0198-04/22-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 17/08/2023

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF Nº 0231-12/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INCERTEZA E INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA CONSUBSTANCIAR A IMPUTAÇÃO. Nos termos do Art. 18, inc. IV, “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento que não demonstre, de forma segura, a forma de apuração do imposto, e a fundamentação legal que consubstancie a acusação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado, no qual a JJF julgou Nulo o presente Auto de Infração em referência foi expedido em 30/09/2019, com ciência pelo autuado em 07/10/2019, objetivando reclamar crédito tributário no total de **R\$ 137.236,72** em decorrência da acusação abaixo:

***Infração 01 – 07.01.04** – “Efetuou 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 as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88.*

*1 – Nos exercícios de 2014 e 2015 o contribuinte utilizou o seguinte critério para apuração do ICMS relativo antecipação tributária de mercadorias enquadradas na ST: Tributo nas saídas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, utilizando os créditos fiscais a elas atinentes, dando assim o tratamento tributário previsto para as mercadorias tributárias normais.*

*2 – O fisco calculou o imposto corretamente, de acordo com a previsão legal, abatendo do montante o imposto lançado pelo contribuinte.*

*Anexos: Nas planilhas em excel.*

*Valor lançado para o exercício de 2014 R\$ 82.035,99 e de 2015 R\$ 55.200,73”. **Multa** aplicada no percentual de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

Em 06/12/2019 foi anexado o Processo SIPRO nº 568707/2019-9, relacionado a Impugnação do lançamento apresentada pelo autuado. Arguiu a decadência parcial do lançamento, referente a fatos geradores praticados anteriormente a 5 anos contados da data da ciência da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 07/10/2019, nos termos do Art. 150, § 4º do CTN e que os lançamentos das operações foram realizadas nas declarações competentes, entregues ao Fisco, portanto colocados à disposição da Fazenda Estadual, sendo que, sua conduta não se enquadra nas situações de dolo, fraude e simulação, o que afasta a contagem do prazo decadencial pela regra contida no Art. 173, I do CTN, razão pela qual pugnou pela decadência atinentes aos fatos geradores praticados anteriormente a 07/10/2014.

Suscitou a falta de fundamentação legal para a autuação, citando que teria deixado de recolher ICMS relativo às saídas sujeitas à substituição tributária, tributando regularmente as saídas de mercadorias e tomando o crédito relativo às entradas, como se as mercadorias não estivessem sujeitas à tributação antecipada, o que teria ocasionado falta de pagamento de imposto.

Requeru o acolhimento a fim de reconhecer a decadência parcial do Auto de Infração e, no mérito, o mesmo seja julgado improcedente, requerendo, subsidiariamente, a conversão do feito em diligência e perícia.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 148 a 153, combateu todos os argumentos defensivos concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Em 31/08/2020 o PAF foi convertido em diligência, fl. 156, no sentido de que fosse providenciada assinatura pelo autuado da peça defensiva, tendo o mesmo retornado ao CONSEF sem atendimento do quanto solicitado, o que motivou novo pedido de diligência, fl. 165, no sentido de que *“a autoridade fiscal competente verifique a possibilidade do efetivo saneamento do processo, sendo que, na sua impossibilidade, analise a pertinência da aplicação da norma estabelecida pelo Art. 111 do RPAF/BA”*.

Consta às fls. 169 e 170 dos autos, pronunciamento da lavra do Sr. Supervisor da INFAZ VAREJO, o qual, em sua conclusão, assim se posicionou: *“Diante do exposto e com fundamento nos dispositivos legais indicados, sugiro que a defesa apresentada seja considerada inepta, por falta de requisito essencial à sua subsistência, e que seja lavrado Termo de Revelia para encaminhamento de inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa”*, pronunciamento este que obteve o *“De acordo”* do Inspetor Fazendário – INFAZ VAREJO.

Em 29/10/2021, o PAF foi novamente encaminhado em diligência, fls. 173 e 174, desta feita para a Coordenação Administrativa do CONSEF, oportunidade em que foi reproduzido os termos da diligência anterior e sua resposta, com o seguinte pedido: *“Tendo em vista o constante no despacho constante à fl. 172, oriundo da SAT/DAT Metro/CPAF, datado de 16.08.2021, nos seguintes termos: “Ao CONSEF – Para análise e conhecimento da conclusão da diligência nas fls. 169/170. Em tempo: Informo que o SIGAT não permite a lavratura do Termo de Revelia. Ass. Rita Lago. Tec. Administrativo”, e pelo fato do presente PAF ter sido encaminhado a este Julgador para efeitos de instrução, decidi a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pelo encaminhamento do presente PAF para essa Coordenação Administrativa no sentido de que os fatos narrados sejam devidamente analisados e deliberada qual a providência a ser adotada de forma definitiva”*.

À fl. 177, consta despacho da lavra do auditor fiscal Eduardo do Rego Avena, com data de 06/07/2022, encaminhando os autos ao setor de intimação deste órgão julgador, solicitando ao autuado seu comparecimento para fim de assinatura na petição defensiva, tendo sido juntada às fls. 179 a 187 a Impugnação devidamente assinada, nos mesmos termos da já apresentada anteriormente, com o consequente encaminhamento dos autos para instrução de acordo com o constante à fl. 225.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

#### **VOTO**

*A acusação que versa nos presentes autos, para efeito de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 137.236,72, está posta nos seguintes termos: “Infração 01 – 07.01.04 – Efetuou 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 as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88.*

*(...)*

*Analizando os fatos e elementos presentes nos autos, concluí que a acusação fiscal contém diversos equívocos, tanto no que diz respeito a acusação quanto a sua apuração.*

*Assim é que a acusação se inicia reportando-se aos Anexos 69 e 88 que dizem respeito ao RICMS anterior, não mais em vigor.*

*Não foi apresentado pelo autuante um demonstrativo mensal das mercadorias consideradas para efeito da autuação, comprovando que as mesmas se enquadram no rol da substituição tributária, na forma constante do Anexo I do RICMS/12, sequer citado na autuação.*

*O demonstrativo juntado aos autos a título de “Substituição Tributária – Antecipação a menor / falta de antecipação – Resumo”, fls. 07 e 08, aponta um valor devido mensal, o qual após totalizado, indica um valor devido anual, do qual foi deduzido o valor do ICMS a pagar pelo autuado (débito pelas saídas – créditos pelas entradas), não se sabendo como foi determinado tal valor, para chegar ao valor anual a recolher indicado na autuação.*

*Consoante se verifica acima, a metodologia utilizada pelo autuante para apuração do valor do imposto exigido se encontra totalmente equivocada, na medida em que: i) a apuração do imposto devido por substituição tributária, desde que comprovado, deveria ter sido feita por mês, nota a nota, e não de forma anual como foi feito, inclusive com evidente prejuízo ao Estado, caso a exigência tributária estivesse correta, posto que incidiria acréscimos legais em valores inferiores aos devidos. ii) a falta de antecipação e a antecipação efetuada a menos deveria ter sido demonstrada, também mensalmente, de forma separada, por cada documento fiscal, confirmando a real inclusão na substituição tributária das mercadorias envolvidas. iii) o valor a pagar indicado na autuação não pode ser compensado com o ICMS tido como sendo a pagar, apurado pelo contribuinte, pois são situações distintas.*

*De maneira que o lançamento como se apresenta, deixa a transparecer que o autuante pretendeu efetuar uma espécie de reconstituição da escrita fiscal do autuado, porém de forma imprecisa, equivocada e sem qualquer previsão legal que autorizasse tal procedimento.*

*Não se pode perder de vista, também, que o próprio autuante declarou que o autuado tributou nas saídas as operações como se estivessem enquadradas no regime normal de apuração, significando dizer, que o imposto foi pago nas saídas, o que implicaria em aplicação de multa pecuniária de 60% e não em exigência de imposto.*

*Neste contexto, entendo que o autuante criou uma metodologia de apuração de imposto não prevista pela legislação tributária pertinente, com total ausência de fundamentação legal, ocasionando insegurança na determinação da base de cálculo e cerceamento ao direito de defesa do contribuinte autuado, razão pela qual, com fulcro no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA voto pela nulidade do presente Auto de Infração.*

*Registro por fim, que em face do quanto acima exposto, resta prejudicada a análise relacionada a preliminar de mérito arquivada pela defesa, no tocante a decadência.*

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, devido a desoneração estabelecida pelo RPAF/99.

É o relatório.

## **VOTO**

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão Nº 0198-04/22-VD) desonerou o sujeito passivo do lançamento tributário de R\$ 295.898,54, em valores atualizados à data do julgamento, fls.235, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF em relação à decisão que julgou Nulo em decisão unânime o Auto de infração em epígrafe, constata-se que, a desoneração decorreu em razão de equívocos cometidos pela fiscalização tanto na acusação, bem como na apuração do lançamento em lide.

Verifico que, o presente lançamento se deu em razão do sujeito passivo recolher a menor o ICMS por antecipação, por 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 as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88, relativo aos exercícios 2014 e 2015.

Verifico ainda, que na acusação fiscal o autuante afirma que o contribuinte utilizou o seguinte critério para apuração do ICMS relativo antecipação tributária de mercadorias enquadradas na ST: Tributo nas saídas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, utilizando os créditos fiscais a elas atinentes, dando assim o tratamento tributário previsto para as mercadorias tributárias normais.

Examinando as peças que integram os autos, observo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação no tocante à infração que compõem o Auto de Infração, em razão dos vários equívocos cometidos pela fiscalização na acusação fiscal e consequentemente na apuração, conforme vejamos:

Quanto a acusação a base legal utilizada foram os anexos 69 e 88 que dizem respeito ao RICMS anterior, portanto, já revogado.

Não foi apresentado pelo autuante um demonstrativo mensal das mercadorias consideradas para

efeito da autuação, comprovando que as mesmas se enquadram na substituição tributária, na forma constante do Anexo I do RICMS/12, que sequer foi citado na autuação.

Observo que o demonstrativo juntado aos autos a título de “*Substituição Tributária – Antecipação a menor / falta de antecipação – Resumo*”, sob às fls. 07 a 08, aponta um valor devido mensal, o qual após totalizado, indica um valor devido anual, do qual foi deduzido o valor do ICMS a pagar pelo autuado (débito pelas saídas – créditos pelas entradas).

Ademais, não ficou claro como foi determinado tal valor, para chegar ao valor anual a recolher indicado no lançamento.

E quanto a metodologia, constata-se também equívocos da fiscalização na sistemática utilizada. Neste sentido, comungo integralmente com o entendimento do nobre relator de piso, o qual transcrevo trecho do voto condutor conforme abaixo transcrito:

*“Consoante se verifica acima, a metodologia utilizada pelo autuante para apuração do valor do imposto exigido se encontra totalmente equivocada, na medida em que: i) a apuração do imposto devido por substituição tributária, desde que comprovado, deveria ter sido feita por mês, nota a nota, e não de forma anual como foi feito, inclusive com evidente prejuízo ao Estado, caso a exigência tributária estivesse correta, posto que incidiria acréscimos legais em valores inferiores aos devidos. ii) a falta de antecipação e a antecipação efetuada a menos deveria ter sido demonstrada, também mensalmente, de forma separada, por cada documento fiscal, confirmando a real inclusão na substituição tributária das mercadorias envolvidas. iii) o valor a pagar indicado na autuação não pode ser compensado com o ICMS tido como sendo a pagar, apurado pelo contribuinte, pois são situações distintas.*

*De maneira que o lançamento como se apresenta, deixa a transparecer que o autuante pretendeu efetuar uma espécie de reconstituição da escrita fiscal do autuado, porém de forma imprecisa, equivocada e sem qualquer previsão legal que autorizasse tal procedimento.*

*Não se pode perder de vista, também, que o próprio autuante declarou que o autuado tributou nas saídas as operações como se estivessem enquadradas no regime normal de apuração, significando dizer, que o imposto foi pago nas saídas, o que implicaria em aplicação de multa pecuniária de 60% e não em exigência de imposto.*

*Neste contexto, entendo que o autuante criou uma metodologia de apuração de imposto não prevista pela legislação tributária pertinente, com total ausência de fundamentação legal, ocasionando insegurança na determinação da base de cálculo e cerceamento ao direito de defesa do contribuinte autuado, razão pela qual, com fulcro no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA voto pela nulidade do presente Auto de Infração.*

*Registro por fim, que em face do quanto acima exposto, resta prejudicada a análise relacionada a preliminar de mérito arguida pela defesa, no tocante a decadência.* “

Diante de tais constatações, concluo em manter a Decisão de piso.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 207160.0003/19-1, lavrado contra **POLIMPORT - COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal, tomando como referência o prazo decadência.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS