

**A. I. N°** - 206902.0002/20-1  
**AUTUADO** - W R MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA EPP  
**AUTUANTE** - JOSÉ NELSON DOS SANTOS  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 09/04/2024

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0066-04/24-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. ERRO NA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO A MENOS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Faltam, nos autos, elementos capazes de configurar a infração imputada ao sujeito passivo. Há dúvida quanto aos valores que porventura seriam devidos, pelo sujeito passivo, por ter efetuado o recolhimento do ICMS ST a menor por antecipação na forma da acusação fiscal. Embora, em princípio, os vícios pudessem ser saneados, ficou demonstrada, após diligências, a impossibilidade prática de remediar o procedimento, de maneira que não vejo como se sustentar a presente autuação, pelo que, com fulcro no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA, voto pela nulidade do presente Auto de Infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2020, constitui crédito tributário no valor de R\$ 157.048,82, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

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 às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidade da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88 nos anos de 2015, 2016 e 2017. Lançado ICMS no valor de R\$ 157.048,82, com enquadramento no art. 8º, inciso II e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 09/11 dos autos, com demonstrativos/documentações anexos, também, ao presente PAF, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma empresa, com CNPJ N° 41.976.556/0001-03, Inscrição Estadual nº 28.095.989, situada a Rua Otaviano Leandro de Moraes, 287, na cidade de Paulo Afonso/BA, cujo objeto social é vendas de materiais de construção, onde, através do seu representante legal Aloysio Rocha Sampaio Neto, sócio gerente da empresa, com CPF nº 180.145.425-68, e da R.G. nº 1.364.690 SSP/BA, residente e domiciliado na Av. Antônio Carlos Magalhaes, 545, Bairro Loteamento Panorama, na cidade de Paulo Afonso/BA vem pela presente, pedir a nulidade do Auto de Infração nº 206902.0002/20-1, em epígrafe.

#### **I. DOS ARGUMENTOS DO AUTUANTE**

Diz que, havendo monitoramento na empresa supra citada e efetuado pelo Auditor Fiscal o Sr., Jose Nelson dos Santos, através da ordem de serviços 500733/20, o mesmo argumenta em sua autuação que deixara de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de Federação e/ou do exterior.

#### **II. DOS ARGUMENTOS DE DEFESA DO CONTRIBUINTE**

Registra que, de posse dos documentos referente ao Auto de Infração acima mencionado, a empresa efetuou uma minuciosa conferência das Notas Fiscais reclamadas pelo Autuante e faz relatório explicativo das notas fiscais em planilhas analíticas, provando a veracidade dos fatos em parte, aonde está, em anexos, a este instrumento para a devida conferência planilhas do reconhecimento do seu devido valor para o recolhimento do imposto devido.

### **III. DOS FATOS**

Destaca que a empresa foi autuada com bases nos fatos geradores de 01/01/2015 a 31/12/2017, aonde foi alegado que a empresa não recolheu o ICMS Parcial e ICMS com Substituição dos referidos anos, aonde foi anexado planilhas para averiguação dos fatos, diante disso foi constatado um equívoco por parte do Auto, pois a empresa fez recolhimento, conforme xerox das Notas Fiscais em anexo a esse processo.

Diz que foi cobrado o imposto parcial de notas fiscais de bonificação, retorno de mercadorias, expositor, inexistindo o fato gerador conforme regulamento do RICMS/BA, Capítulo I, Art. 1º, inc. I, § 2º, que destaca.

Aonde diz compreender que o imposto somente é devido a circulação de mercadorias, compra e venda de mercadorias, sendo assim as notas de remessa de conserto de mercadorias, bonificação de mercadorias para exposição na loja, expositor, não se enquadra nesse artigo e as notas de despesas com veículos também, conforme planilha anexo por nome de PLANILHA DE REMESSA, BOFICAÇÃO, DOAÇÃO OU BRINDES, para a devida conferência.

Aduz que houve recolhimento das notas fiscais do fornecedor “*Porto Design Importadora Ltda.*”, na nota de venda futura, aonde foi cobrado a nota de número 005187 de 21/05/2015, e o imposto foi recolhido através da nota fiscal 004734, conforme DAE, que diz anexar.

Pontua que o mesmo fato ocorreu com a nota fiscal de nº 006647, cuja emissão é 15/10/2015, fiscais de venda futura e o imposto de antecipação tributária foi recolhido conforme notas fiscais de nº 006667 e 0006653, cujo xerox diz estar em anexo das Notas Fiscais e do DAE de recolhimento.

### **IV. CONCLUSÃO**

Neste sentido, diz que não reconhece em parte as infrações da planilha 01 – 07.01.04, e solicita a exclusão do valor de 103.088,04 do auto de infração, desde que diz ter comprovado através dos documentos fiscais e DAE’s; e, por conseguinte, diz reconhecer o valor de cada ano conforme a seguir relacionado: Ano de 2015: 16.669,23; Ano de 2016: 22.933,45; Ano de 2017: 14.357,90

Diante do exposto diz anexar planilhas analíticas e de resumo fiscal de cada ano supracitado, vindo a solicitar desde conselho, a improcedência parcial do referido auto de infração.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 952/954, que a seguir passo a descrever:

#### **I. DA AUTUAÇÃO**

Diz que o Auto de Infração, em epígrafe, trata de apuração e reclamação de diferenças de ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL, devida por sujeição passiva por substituição tributária, decorrentes de aquisições interestaduais de mercadorias para revenda, enquadradas no Anexo 88 do RICMS/12, ocorridas no período fiscalizado de 01/01/2015 a 31/12/2017, no total (valores originários) de R\$ 157.048,82.

#### **II. DAS RAZÕES DA AUTUADA**

Registra que, a Autuada, em sua defesa pede nulidade parcial do PAF; onde, na verdade, diz tratar de pedido de improcedência parcial do auto, para que o total reclamado seja reduzido de R\$ 157.048,82 para R\$ 53.960,58.

Pontua que a Autuada junta 7 (sete) arquivos, em que destaca, no corpo da Informação Fiscal, à fl. 952 dos autos, no formato de tabela, os argumentos de defesa.

#### **III. DO MÉRITO**

Diz que, no item 2, de sua Defesa, às fls. 2, a Autuada alega que “*Foi cobrado o imposto parcial de*

*notas fiscais de bonificação, retorno de mercadorias, expositor, inexistindo o fato gerador conforme regulamento do RICMS/BA.” (sic)*

Registra que, na verdade, o presente PAF não trata de cobrança de ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, nem de ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO PERMANENTE E OU MATERIAIS DE USO/CONSUMO. Mas tão somente de ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL, como foi dito antes, devido por aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/12, cujo ICMS devido pelas saídas futuras efetuadas pela Autuada, houvera sido recolhido a menos (ou não recolhido) por esta (a Autuada) ou retido a menos (ou não retido) pelo fornecedor situado em outro Estado.

Diz que há de se comentar que para as aquisições por **bonificação ou doação**, não há previsão de dispensa de pagamento do imposto.

Pontua que, confrontou os arquivos da Defesa, acima citados, com a planilha em Excel anexada ao PAF/AI N° 206902.0002/20-1 e constatou que, nesta última planilha, há 6 (seis) NF-e, sobre as quais, por seu engano, foi reclamado o ICMS, que deverão ser excluídas do Demonstrativo do Débito do citado Auto de Infração, a saber:

Nº da NF-e	Data Emissão	Fornecedor	Motivo ou Nat. da Oper.	ICMS reclamado, mas não devido
64.485	15/06/2015	Lorenzetti	Rem. p/ Mostruário	41,67
( *) 67.814	20/07/2015	Lorenzetti	Idem.	1,70
95.057	02/09/2015	Cer.Serra Azul	Rem. Amostra Grátis	0,80
6.647	15/10/2015	Porto Ferreira	S.Fat.p/Entr.Fut.	6.233,47
279.300	10/05/2016	Viqua Ind.	Rem. em Garantia	29,05
94.556	18/08/2016	Lorenzetti	Rem. p/ Mostruário	2,78
<b>TOTAL DAS EXCLUSÕES</b>				<b>6.309,47</b>

( \*) OBS.: Valor de R\$ 1,70 excluído do total reclamado ref. a 08/2015.

#### **IV. DA PROCEDÊNCIA PARCIAL**

Diz que, face à exclusão de valores do PAF no total de R\$ 6.309,47, em decorrência da tabela acima, elaborou novo demonstrativo do débito do AI n° 206902.0002/20-1, como ANEXO ÚNICO desta Informação Fiscal, discriminando os valores originários dos seus 26 (vinte e seis) itens, dos quais diz ter sofrido redução os itens 5 a 8, 13 e 15.

Consigna que, com a redução total de R\$ 6.309,47, o valor total do demonstrativo do débito, isto é, o ICMS total reclamado fica reduzido de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56.

Pois bem! Observo, então, que, não obstante o agente Fiscal tenha destacado, na Informação Fiscal, que efetuara a comparação dos arquivos da defesa com a planilha em Excel anexada ao PAF/AI N° 206902.0002/20-1, tal planilha Excel não se encontra apenas aos autos.

Aliás, não se tem qualquer planilha/demonstrativo impresso, nem tampouco qualquer planilha/demonstrativo de apuração do lançamento fiscal em CD/Mídia acostados aos autos, apenas o Termo de Intimação ao Contribuinte Autuado, por DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, emitido em 21/07/2020, com ciência do Autuado em 27/07/2020, à fl. 6, constando a entrega dos demonstrativos que fundamentam o Auto de Infração, em epígrafe.

Todavia, têm-se, agora, o CD/Mídia à fl. 963 dos autos, com os demonstrativos/planilhas de débitos do saldo remanescente da autuação, com a da Informação Fiscal de fls. 952/954, em que se reduziu o lançamento original de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56, porém não há qualquer indicativo, nos autos, de que fora dado ciência ao Contribuinte Autuado.

Neste contexto, em sede de Instrução, este Relator, respeitando ao princípio da ampla defesa, verdade material e contraditório, em pauta suplementar do dia 30/07/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF (fl. 965/966), onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante, para desenvolver as seguintes providências:

- **Item 1: apresentar ao Contribuinte Autuado, por Termo de Intimação na forma da legislação, o demonstrativo/planilha de débito que reduziu o lançamento original de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56, em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na**



forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, **com a reabertura do prazo de defesa**, conforme termos previsto nos §§ 3º e 4º, do art. 129 da Lei nº 3.956, de 1981 (COTEB).

- **Item 2:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “**item 1**”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito, o i. agente Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que, também, deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Após cumprido o pedido de diligência, deverá retornar o presente PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 971/979 têm-se manifestação à informação fiscal de fls. 952/954, nos termos a seguir:

Diz que, como se pode observar, as diferenças de ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL, supostamente devida por sujeição passiva por substituição tributária, decorrem de aquisições interestaduais de mercadoria de revenda, enquadradas no Anexo 88 do RICMS/12, aparentemente ocorridas no período fiscalizado, a saber, 01/01/2015 a 31/12/2017, totalizando originalmente o valor de R\$ 157.048,82.

Registra que, em sede de Impugnação ao Auto de infração, a Autuada buscou demonstrar uma série de irregularidades contidas no Auto de Infração, sendo demonstrado que a Autuada não teria a obrigação de recolher o tributo em virtude de as mercadorias derivarem de bonificação, retorno de mercadorias e expositor, bem como combateu alegando que houve recolhimento do tributo, conforme demonstrado nas NF adunadas ao processo.

Mais adiante, diz que, quando do julgamento singular, o referido Auto de Infração foi julgado procedente em parte, então passa a apresentar suas argumentações como Recurso Administrativo Voluntário, portanto impróprio para o objeto do presente PAF no estágio em que se encontra até aqui, pois não houve qualquer decisão em primeira instância.

Neste contexto, por se tratar de uma peça imprópria para o presente PAF, deixo de continuar relatando a presente peça impugnatória e passo ao julgamento da lide.

Não obstante, este Relator Julgador ter instruído o presente PAF para julgamento em primeira instância, compulsando, então, as peças processuais de constituição do lançamento, mais especificamente CD/Mídia de fl. 963, que consta os demonstrativos de débito de constituição do lançamento original, já alterado em sede de Informação Fiscal do valor de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56, observo que não há qualquer demonstrativo analítico que indique as operações interestaduais que teria, o Contribuinte Autuado, recolhido a menos o ICMS ST na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Por sua vez, na peça de defesa, o sujeito passivo, além de trazer aos autos demonstrativo impresso das operações – *mercadorias da construção civil* - que aduz ter efetuado no período fiscalizado, inclusive com o indicativo de quais operações confessa ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS ST, apresentando em CD/Mídia de fls. 08, diferentemente, **do agente Fiscal Autuante, em que nenhum dos momentos que ingressara nos autos**, mesmo tendo sido pedido por esta 4ª JF, **apresentou qualquer CD/Mídia, nem tampouco apresentou de forma impressa o demonstrativo analítico das operações que o sujeito passivo teria recolhido a menos o ICMS ST**, apenas, traz a afirmação de que teria confrontado os arquivos da peça de defesa com os arquivos que dão sustentação a autuação, onde encontrou 6(seis) notas fiscais (fl. 959) no total de ICMS ST reclamado de R\$ 6.309,47, onde abatendo do valor lançado originalmente R\$ 182.246,63, encontrou de saldo remanescente da autuação o valor de R\$ 157.943,56.

Em sendo assim, na sessão de julgamento, este Relator Julgador, em respeito ao princípio da verdade material, não obstante tenha pautado o presente PAF por entender que estava em condições de análise da lide, sugeriu aos membros desta 4ª JF, às fls. 986/988 dos autos, que se decidiu por converter, novamente, o presente PAF, em diligência ao fiscal Autuante, para cumprir

o solicitado no pedido de diligência de fl. 965/966, ou seja, desenvolver as seguintes providências:

- **Item 1: apresentar ao Contribuinte Autuado**, por Termo de Intimação na forma da legislação, **o demonstrativo/planilha de débito que reduziu o lançamento original de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56, de forma analítica**, em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, **concedendo 30 (trinta) dias para manifestar, querendo**
- **Item 2:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “**item 1**”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito, o i. agente Autuante **deve desenvolver nova Informação Fiscal**, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, **acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos**, que, também, deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Após cumprido o pedido de diligência, deverá retornar o presente PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 994 a 999, têm Informação Fiscal, em atendimento ao Pedido de Diligência desta 4ª JJF de fls. 986/988, nos seguintes termos:

Diz que, conforme, se vê o Auto de Infração citado (fls. 01 a 03) e respectivo Demonstrativo de Débito (fls. 04 a 05), o mesmo é composto de 26 itens de um só tipo de infração, no total (valor histórico) de R\$ 157.048,82. No entanto, por ocasião da feitura da Informação Fiscal, com referência à Impugnação do Contribuinte, foi elaborado o Anexo Único “*Demonstrativo do Débito do Auto de Infração Ne 206902.0002/20-1, após Análise da Impugnação Parcial da Autuada*”, então, por engano, o referido Demonstrativo teve os valores de seus três últimos itens (24, 25 e 26) repetidos, informando assim erroneamente o valor total histórico como sendo R\$ 182.246,63, do qual deduzindo-se as exclusões de débitos ali citadas no total de R\$ 6.309,47, geraria o valor do imposto reclamado de R\$ 175.943,56. Tais valores, portanto, não procedem, prevalecendo os apurados nos novos Demonstrativos anexados a esta Diligência Fiscal (Anexos 01 a 15).

Em seguida, de forma itemizada, mais especificamente traz aos autos considerações, para fundamentar o novo demonstrativo de débito “*APURAÇÃO DO ICMS ST - P/ENTRADAS INTERESTADUAIS*”, os itens 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, então, em seguida afirma:

*“Pelo que foi exposto acima e apurado nos Anexos 01 a 15, solicito aos Ilustres Conselheiros que julguem Procedente o AI Nº 206902.0002/20-1 no valor total histórico de R\$ 301.493,44 (TREZENTOS E UM MIL E QUATROCENTOS E NOVENTA E TRÊS REAIS E QUARENTA E QUATRO CENTAVOS), conforme se vê no Anexo 15 - Novo Demonstrativo de Débito do Auto - para que a empresa Autuada o recolha com a multa de 60% do valor do imposto e mais acréscimos moratórios, tudo conforme legislação tributária em vigor.”*

*“Após protocolo desta Informação Fiscal pós-Diligência no sistema SIPRO, na unidade INFAZ NORDESTE/COORD.DE ADMINISTRAÇÃO, em que tomou o nº 054670/2023-3, encaminho a mesma com seus Anexos para a Autuada, através dos sistemas eletrônicos da SEFAZ/BAHIA, o E-FISC e o DT-e; e, após ciência, imprimirei o respectivo Termo de Cientificação, encaminhando-o com a Informação da Diligência Fiscal para Coordenação de Administração da INFAZ NORDESTE, para que esta siga ao que foi determinado no item 2 pelo Egrégio CONSEF, às fls. 987 do PAF, ou seja, assim que o Contribuinte for ciente, desta Informação Fiscal - Diligência, aguardar que o mesmo sobre ela se pronuncie ou deixe de pronunciar; e seguir os demais procedimentos ali determinados pelo CONSEF.”*

Às fls. 1.053/1.056, têm-se Manifestação do Contribuinte Autuado, nos seguintes termos:

Diz que, como pode ser visto nos presente autos deste PAF se trata de apuração e reclamação de diferenças de ICMS Antecipação Total, supostamente devida por sujeição passiva por substituição tributária, decorrentes de aquisições interestaduais de mercadoria de revenda, enquadradas no Anexo 88 do RICMS/12, aparentemente ocorridas no período fiscalizado, a saber, 01/01/2015 a

31/12/2017, totalizando originalmente o valor de R\$ 157.048,82 (cento e cinquenta e sete mil quarenta e oito reais e oitenta e dois centavos).

Em sede de Impugnação ao auto de infração, em março/2022 a Autuada buscou demonstrar uma série de irregularidades contidas no Auto de Infração, sendo demonstrado que a Autuada não teria a obrigação de recolher o tributo em virtude das mercadorias derivarem de bonificação, retorno de mercadorias e expositor, bem como combateu alegando que houve recolhimento do tributo, conforme demonstrado nas NF adunadas ao processo.

Registra que o presente Auto de Infração até a presente data não foi julgado, o que denota a ocorrência do instituto Prescrição Intercorrente, devendo o mesmo, consequentemente, ter anulado o referido crédito fiscal, bem como todas as suas consequências.

Diz que impugnações e recursos administrativos são úteis e necessários. Primeiro pela inexistência de custas nessa fase. Pontua que lamentavelmente, a maior parte das decisões de primeira instância são desfavoráveis ao contribuinte e, na segunda instância são muito demoradas. Nesse espaço de tempo entre a impugnação e a decisão final fica prejudicada a pessoa jurídica que depender de uma certidão negativa de tributos, exigida em operações de crédito entre outras situações.

Diz que, quando o julgamento administrativo demora mais de um ano entre a data da impugnação e o julgamento final, pode ocorrer a prescrição intercorrente.

Destaca a Lei 11.457, de 16 de março de 2007, que trata da Administração Tributária Federal e a consolida até essa data, em seu artigo 24 ordena:

***“Art. 24 - É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte”.***

Diz que, no presente Processo Administrativo Fiscal ainda não houve decisão do Conselho Fiscal, mais de um ano após a data da impugnação, e após três anos da apresentação da defesa administrativa. Foram ignoradas a Lei 11.457/2007 e a Constituição Federal. Afinal, ocorreu, sem dúvida, a prescrição intercorrente.

Pontua que, conforme o artigo 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal, dentre as garantias individuais conferidas aos brasileiros e relacionadas com sua segurança e o seu direito de propriedade, encontra-se a que obriga a observância da duração razoável do processo:

***“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.***

Finaliza destacando que a administração tributária não pode ignorar tais normas e manter por tempo indeterminado pendências sob seu julgamento. Trata-se de omissão vergonhosa, similar à de pessoas que permanecem presas, ultrapassado o tempo da condenação. Tal fato implica em desrespeito à Constituição e à lei e exige resposta do Judiciário. Sem isso não há Justiça Tributária!

## VOTO

O Auto de Infração, em tela, lavrado em 29/06/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ NORDESTE, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O. S.: 500733/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (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 às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88 nos anos de 2015, 2016 e 2017. Lançado ICMS no valor de R\$ 157.048,82, com enquadramento no art. 8º, inciso II e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Assim dispõe o no art. 8º, inciso II e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos:



*Art. 8º 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:*

*II - 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;*

Na peça de defesa, o sujeito passivo não contrapõe ao fato das mercadorias, objeto da autuação, ter entrado no seu estabelecimento, **apenas registra que o imposto (ICMS) somente é devido a circulação de mercadorias decorrente compra e venda de mercadorias**, sendo assim diz que as notas de remessa de conserto de mercadorias, bonificação de mercadorias para exposição na loja, expositor, não se enquadra no contexto da autuação e apresenta uma planilha impressa e em CD/Mídia para conferência, que entende ser devido do Auto de Infração, em tela, conforme os valores indicados na peça de defesa à fl. 11 dos autos.

O agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, diz ter confrontado a planilha constante da peça de defesa, com a planilha anexada ao presente PAF, relativo a constituição do lançamento fiscal, e diz ter constatado **apenas 6 (seis) notas fiscais**, sobre as quais, por equívoco, foi reclamado imposto (ICMS) de forma indevida, as quais foram excluídas do demonstrativo de débito da autuação, conforme “*Quadro*” que indica na fl. 953 dos autos.

Por tais exclusões, diz, o agente Fiscal Autuante, que o demonstrativo de débito da autuação foi alterado do valor de R\$ 182.246,63 para o valor de R\$ 175.943,56 na forma da planilha à fl. 955 dos autos.

Vê-se que às fls. 965/966, este Relator Julgador, em sede instrução do presente PAF, ao constatar que o demonstrativo de débitos do saldo remanescente da autuação, com a da Informação Fiscal de fls. 952/954, em que se reduziu o lançamento dito original de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56, não havia qualquer indicativo, nos autos, de que fora dada ciência ao Contribuinte Autuado, onde, em respeito ao princípio da ampla defesa, verdade material e contraditório, na pauta suplementar do dia 30/07/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JF, que se decidiu converter o presente processo em diligência (fl. 965/966) ao Autuante, para apresentar ao Contribuinte Autuado, por Termo de Intimação na forma da legislação, o demonstrativo/planilha de débito do saldo remanescente da autuação, em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, com a reabertura do prazo de defesa, conforme termos previstos nos §§ 3º e 4º, do art. 129 da Lei nº 3.956, de 1981 (COTEB).

Vê-se, então, às fls. 969, Termo de Intimação, com ciência do Contribuinte Autuado datado de 18/01/22, em cumprimento ao pedido desta 4ª JF, cujo o efeito foi a apresentação, por parte do defendente, às fls. 971/979 de uma peça impugnatória imprópria ao estágio em que se encontrava o presente PAF, que diz respeito ao Recurso Administrativo Voluntário do sujeito passivo contra a decisão da primeira instância do presente Auto de Infração, que não fora, ainda, julgado por esta 4ª JF.

Diz, o defendente, que as diferenças de ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL, supostamente devida por sujeição passiva por substituição tributária, decorrem de aquisições interestaduais de mercadoria de revenda, enquadradas no Anexo 88 do RICMS/12, aparentemente ocorridas no período fiscalizado, a saber, 01/01/2015 a 31/12/2017, totalizando originalmente o valor de R\$ 157.048,82.

Registra que, em sede de Impugnação ao Auto de Infração, a Autuada buscou demonstrar uma série de irregularidades contidas no Auto de Infração, sendo demonstrado que a Autuada não teria a obrigação de recolher o tributo em virtude de as mercadorias derivarem de bonificação, retorno de mercadorias e expositor, bem como combateu alegando que houve recolhimento do tributo, conforme demonstrado nas notas fiscais que aduz ter adunadas ao processo.

Seguindo, não obstante, este Relator Julgador ter instruído o presente PAF para julgamento em primeira instância, compulsando, então, as peças processuais de constituição do lançamento, mais especificamente CD/Mídia de fl. 963, que consta os demonstrativos de débito de constituição do lançamento original, já alterado em sede de Informação Fiscal do valor de R\$ 182.246,63 para R\$

175.943,56, observei que não havia qualquer demonstrativo analítico que indicasse as operações interestaduais que teria, o Contribuinte Autuado, recolhido a menos o ICMS ST na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Por sua vez, na peça de defesa, o sujeito passivo, além de trazer aos autos demonstrativo impresso das operações – *mercadorias da construção civil* - que aduz ter efetuado no período fiscalizado, inclusive com o indicativo de quais operações confessa ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS ST, apresentando em CD/Mídia de fls. 08, diferentemente, **do agente Fiscal Autuante, em que nenhum dos momentos que ingressara nos autos**, mesmo tendo sido pedido por esta 4ª JJF, **apresentou qualquer CD/Mídia, nem tampouco apresentou de forma impressa o demonstrativo analítico das operações que o sujeito passivo teria recolhido a menos o ICMS ST**, apenas, traz a afirmação de que teria confrontado os arquivos da peça de defesa com os arquivos que dão sustentação a autuação, onde encontrou 6(seis) notas fiscais (fl. 959) no total de ICMS ST reclamado de R\$ 6.309,47, onde abatendo do valor lançado originalmente R\$ 182.246,63, encontrou de saldo remanescente da autuação o valor de R\$ 157.943,56.

Em sendo assim, na sessão de julgamento do dia 02/06/202 (fls. 986/987), este Relator Julgador, em respeito ao princípio da verdade material, não obstante tenha pautado o presente PAF por entender que estava em condições de análise da lide, sugeriu aos membros desta 4ª JJF, às fls. 986/988 dos autos, que se decidiu por converter, novamente, o presente PAF, em diligência ao fiscal Autuante, para cumprir o solicitado no pedido de diligência de fl. 965/966, ou seja, desenvolver as seguintes providências:

- **Item 1:** apresentar ao Contribuinte Autuado, por Termo de Intimação na forma da legislação, **o demonstrativo/planilha de débito que reduziu o lançamento original de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56, de forma analítica**, em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, **concedendo 30 (trinta) dias para manifestar, querendo**
- **Item 2:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “*item 1*”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito, o i. agente Autuante **deve desenvolver nova Informação Fiscal**, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, **acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos**, que, também, deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Às fls. 994 a 999, têm Informação Fiscal, em atendimento ao Pedido de Diligência desta 4ª JJF de fls. 986 a 988, nos seguintes termos:

Diz que, conforme, se vê o Auto de Infração citado (fls. 01 a 03) e respectivo Demonstrativo de Débito (fls. 04 a 05), o mesmo é composto de 26 itens de um só tipo de infração, no total (valor histórico) de R\$ 157.048,82. No entanto, por ocasião da feitura da Informação Fiscal, com referência à Impugnação do Contribuinte, foi elaborado o Anexo Único “*Demonstrativo do Débito do Auto de Infração NF-e 206902.0002/20-1, após Análise da Impugnação Parcial da Autuada*”, então, por engano, diz que o referido Demonstrativo teve os valores de seus três últimos itens (24, 25 e 26) repetidos, informando assim erroneamente o valor total histórico como sendo R\$ 182.246,63, do qual deduzindo-se as exclusões de débitos ali citadas no total de R\$ 6.309,47, geraria o valor do imposto reclamado de R\$ 175.943,56.

Tais valores, portanto, diz o agente Autuante (fl. 944), não procedem, prevalecendo os apurados nos novos Demonstrativos anexados a esta Diligência Fiscal (Anexos 01 a 15) de fls. 1.000 a 1.045, que diz respeito ao saldo remanescente da autuação.

Em seguida, de forma itemizada, mais especificamente traz aos autos considerações, para fundamentar o novo demonstrativo de débito “*APURAÇÃO DO ICMS ST - P/ENTRADAS INTERESTADUAIS*”, os itens 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, então afirma:

“*Pelo que foi exposto acima e apurado nos Anexos 01 a 15, solicito aos Ilustres Conselheiros que*



*julguem Procedente o AI N° 206902.0002/20-1 no valor total histórico de R\$ 301.493,44 (TREZENTOS E UM MIL E QUATROCENTOS E NOVENTA E TRÊS REAIS E QUARENTA E QUATRO CENTAVOS), conforme se vê no Anexo 15 - Novo Demonstrativo de Débito do Auto - para que a empresa Autuada o recolha com a multa de 60% do valor do imposto e mais acréscimos moratórios, tudo conforme legislação tributária em vigor.”*

*“Após protocolo desta Informação Fiscal pós-Diligência no sistema SIPRO, na unidade INFAZ NORDESTE/COORD.DE ADMINISTRAÇÃO, em que tomou o n° 054670/2023-3, encaminho a mesma com seus Anexos para a Autuada, através dos sistemas eletrônicos da SEFAZ/BAHIA, o E-FISC e o DT-e; e, após ciência, imprimirei o respectivo Termo de Cientificação, encaminhando-o com a Informação da Diligência Fiscal para Coordenação de Administração da INFAZ NORDESTE, para que esta siga ao que foi determinado no item 2 pelo Egrégio CONSEF, às fls. 987 do PAF, ou seja, assim que o Contribuinte for ciente, desta Informação Fiscal - Diligência, aguardar que o mesmo sobre ela se pronuncie ou deixe de pronunciar; e seguir os demais procedimentos ali determinados pelo CONSEF.”*

Pois bem! De tudo até aqui posto no presente voto, em que pese o presente PAF ter sido objeto de Diligência Fiscal, por dois momentos, a pedido desta 4ª Jf, vejo que não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo, que diz respeito a *“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 às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidade da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS/BA nos anos de 2015, 2016 e 2017”*.

Vê-se, primeiramente, em sede de Informação Fiscal, o destaque produzido pelo agente Autuante, de que *“confrontou os arquivos da Defesa (...), com a planilha em Excel anexada ao PAF/AI N° 206902.0002/20-1 e constatou que, (...), há 6 (seis) NF-e, sobre as quais, por seu engano, foi reclamado o ICMS, que deverão ser excluídas do Demonstrativo do Débito do citado Auto de Infração”*.

As notas fiscais excluídas estão indicadas no corpo da Informação Fiscal, que totaliza o montante de ICMS reclamado não devido de R\$ 6.309,47. Consigna, então, o agente Autuante, que, com a redução total de R\$ 6.309,47, o valor total do demonstrativo do débito, isto é, diz que o ICMS total reclamado fica reduzido de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56.

Aqui surge um primeiro descompasso com a realidade da autuação. O valor originalmente lançado, pela a imputação fiscal, é de R\$ 157.048,82 e não o valor de R\$ 182.246,63, onde abatendo o valor de R\$ 6.309,47, decorrente das exclusões das notas fiscais, as quais constaram do levantamento fiscal de forma indevida, resultaria em um saldo remanescente de R\$ 150.739,35 e não R\$ 175.943,56, como anteriormente destacado pelo agente Autuante.

Observo, também, que, não obstante o agente Fiscal tenha destacado, na Informação Fiscal, que efetuara a comparação dos arquivos da defesa com a planilha em Excel anexada ao PAF/AI N° 206902.0002/20-1, tal planilha Excel não se encontrava apensada aos autos.

Aliás, não se tem qualquer planilha/demonstrativo impresso, nem tampouco qualquer planilha/demonstrativo de apuração do lançamento fiscal em CD/Mídia acostados aos autos, apenas o Termo de Intimação ao Contribuinte Autuado, por DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, emitido em 21/07/2020, com ciência do Autuado em 27/07/2020, à fl. 6, constando a entrega dos demonstrativos que fundamentam o Auto de Infração, em epígrafe.

Neste contexto, em sede de Instrução, como acima destacado, este Relator, respeitando ao princípio da ampla defesa, verdade material e contraditório, em pauta suplementar do dia 30/07/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª Jf (fl. 965/966), onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante, para desenvolver as seguintes providências:

- **Item 1: apresentar ao Contribuinte Autuado, por Termo de Intimação na forma da**

legislação, **o demonstrativo/planilha de débito que reduziu o lançamento original de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56**, em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, **com a reabertura do prazo de defesa**, conforme termos previsto nos §§ 3º e 4º, do art. 129 da Lei nº 3.956, de 1981 (COTEB).

- **Item 2:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “**item 1**”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito, o i. agente Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, **porventura desenvolvidos**, que, também, deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Compulsando, então, as peças processuais de constituição do lançamento, objeto do Pedido de Diligência, acima destacado, mais especificamente CD/Mídia de fl. 963, que consta os demonstrativos de débito de constituição do lançamento original, já alterado em sede de Informação Fiscal do valor de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56, este Relator Julgador observou que não havia qualquer demonstrativo analítico que indicasse as operações interestaduais que teria, o Contribuinte Autuado, recolhido a menos o ICMS ST na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Em sendo assim, este Relator Julgador, em respeito ao princípio da verdade material, não obstante tenha pautado o presente PAF par julgamento, por entender que estava em condições de análise da lide, sugeriu aos membros desta 4ª JJF, às fls. 986/988 dos autos, novamente, o presente PAF, em diligência ao fiscal Autuante, que foi acatado, para cumprir o solicitado no pedido de diligência de fl. 965/966, ou seja, desenvolver as seguintes providências:

- **Item 1:** **apresentar ao Contribuinte Autuado**, por Termo de Intimação na forma da legislação, **o demonstrativo/planilha de débito que reduziu o lançamento original de R\$ 182.246,63 para R\$ 175.943,56, de forma analítica**, em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, **concedendo 30 (trinta) dias para manifestar, querendo**
- **Item 2:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “**item 1**”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito, o i. agente Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, **porventura desenvolvidos**, que, também, deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Às fls. 994 a 999, como já discorrido acima, têm-se a Informação Fiscal, com novos demonstrativos de débito (fls. 1.000/1.046) em atendimento ao Pedido de Diligência desta 4ª JJF de fls. 986 a 988, nos seguintes termos, dentre outros:

Diz, o agente Autuante, que, conforme, se vê das peças constitutivas do Auto de Infração, em tela, (fls. 01 a 03) e o respectivo Demonstrativo de Débito (fls. 04 a 05), o mesmo é composto de 26 itens de um só tipo de infração, no total (valor histórico) de R\$ 157.048,82. No entanto, por ocasião da feitura da Informação Fiscal, com referência à Impugnação do Contribuinte, foi elaborado o Anexo Único “*Demonstrativo do Débito do Auto de Infração NFe 206902.0002/20-1, após Análise da Impugnação Parcial da Autuada*”, então, por engano, o referido Demonstrativo teve os valores de seus três últimos itens (24, 25 e 26) repetidos, **informando assim erroneamente o valor total histórico** como sendo R\$ 182.246,63, do qual deduzindo-se as exclusões de débitos ali citadas no total de R\$ 6.309,47, geraria o valor do imposto reclamado de R\$ 175.943,56.

Tais valores, portanto, diz, o agente Autuante, que, também, não procedem, prevalecendo os apurados nos novos Demonstrativos anexados a esta Diligência Fiscal (Anexos 01 a 15), mais especificamente às fls. 1.000 a 1.046 dos autos, ou seja, solicita dos membros desta 4ª JJF, que julgue Procedente o Auto de Infração, em tela, no valor total histórico de R\$ 301.493,44, conforme

trecho extraído da Informação fiscal à fl. 999 dos autos nos termos a seguir:

*“Pelo que foi exposto acima e apurado nos Anexos 01 a 15, solicito aos Ilustres Conselheiros que julguem Procedente o AI Nº 206902.0002/20-1 no valor total histórico de R\$ 301.493,44 (TREZENTOS E UM MIL E QUATROCENTOS E NOVENTA E TRÊS REAIS E QUARENTA E QUATRO CENTAVOS), conforme se vê no Anexo 15 - Novo Demonstrativo de Débito do Auto - para que a empresa Autuada o recolha com a multa de 60% do valor do imposto e mais acréscimos moratórios, tudo conforme legislação tributária em vigor”.*

Como está posto na Informação Fiscal (fls. 1.000/1.046) produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF, são acostados aos autos vários demonstrativos para fundamentar o saldo remanescente da autuação, mais especificamente às fls. 1.000 a 1.045, em que consta no ultimo demonstrativo (fl. 1.045) um demonstrativo de débito da autuação, com indicativo de autuação original de R\$ 157.048,82, em uma coluna; e em outra coluna o indicativo de Valor Histórico após diligência fiscal de R\$ 301.493,44.

Esses valores são dispostos, às fls. 1.045, por data de ocorrência dos fatos geradores, mais especificamente por mês de ocorrências dos fatos; todavia, nos demonstrativos analíticos de fls. 1.000 a 1.043 não se consegue identificar quaisquer dos valores das datas de ocorrências levantadas “mês a mês”; seja da coluna indicativa do valor apurado de recolhimento a menor de ICMS ST, correspondente ao montante de R\$ 157.048,82 lançado originalmente; seja, da coluna indicativa do valor apurado de recolhimento a menor de ICMS ST, correspondente ao montante de R\$ 301.492,44, que diz, agora, o agente Autuante ser o valor devido do lançamento, do Auto de Infração, em tela.

Faltam, portanto, nos autos elementos capazes de configurar a infração imputada ao sujeito passivo. Há dúvida quanto aos valores que porventura seriam devidos, pelo sujeito passivo, por ter efetuado o recolhimento do ICMS ST a menor por antecipação na forma da acusação fiscal. Embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, ficou demonstrada, após diligências, a impossibilidade prática de remediar o procedimento, de maneira que não vejo como se sustentar a presente autuação, pelo que, com fulcro no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA, manifesto pela nulidade do presente Auto de Infração.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 206902.0002/20-1, lavrado contra **W R MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA. - EPP**.

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 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA