

PROCESSO - A. I. N° 203459.0003/16-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NELBLU CONFECÇÕES LIMITADA (LOJAS CATTAN)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0236-04/16
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0165-12/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no RICMS/BA. De fato, o lançamento diz respeito a falta de recolhimento/recolhimento a menor de antecipação parcial, havendo desconformidade que vicia o lançamento, diante do fato de que sua correção no Auto de Infração não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração que exige ICMS no valor histórico de R\$105.177,58 em razão de uma única infração, conforme segue:

INFRAÇÃO 1 – 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 unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88, nos meses de junho, julho, agosto e dezembro de 2014.

O Auto de Infração foi julgado Nulo pelas razões seguintes:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, qual seja, 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 unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88.

O argumento da defesa é o de que os valores relativos à antecipação lançada foram recolhidos, ainda que com o preenchimento errado do código da receita, tendo, inclusive solicitado retificação dos documentos de Arrecadação, o que de acordo com o autuante, ocorreu, todavia, o pleito foi indeferido por falta de elementos de comprovação.

Em primeiro lugar, observo que o sujeito passivo, de forma direta, não arguiu qualquer preliminar a título de nulidade, adentrando, sem maiores outros comentários, na análise do mérito da autuação para contestá-la, conforme já relatado.

Todavia, o julgador deve analisar todos os aspectos do lançamento, e na hipótese de verificar qualquer desconformidade, tem o dever de ofício de apontá-lo. Pois bem: observo que a acusação firmada pelo autuante é a de cometimento de “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 unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88”.

Verifico, ainda, que os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, em

verdade, se referem a recolhimento de antecipação tributária parcial, onde não há encerramento de tributação, apenas o seu recolhimento de forma precoce, com a possibilidade de aproveitamento do crédito fiscal do valor recolhido, contrariamente à figura da acusação, na qual ocorre o encerramento da tributação, e que não propicia aproveitamento de qualquer crédito fiscal, além de possuir modalidade de cálculo bem diversa daquela outra acima abordada. Aliás, o próprio título dos demonstrativos fala de “antecipação parcial”, ao contrário da acusação que se reporta a recolhimento do “sujeito passivo por substituição”.

Por outro lado, sendo o autuado empresa que tem como atividade o comércio varejista de confecções, mercadorias que não estão sujeitas a substituição tributária, bem como da análise do pedido realizado para a retificação do código de receita, o qual se reporta a antecipação parcial, e não substituição tributária, além do que, da análise do extrato de recolhimento acostado pelo autuante ao feito, no qual aparecem apenas dois tipos de recolhimento de ICMS (regime normal e antecipação parcial) constato que, em verdade, o autuante deveria lançar no Auto de Infração o recolhimento pela falta ou feito a menor de antecipação parcial.

Logo, em que pese o fato, reitero, da empresa autuado não ter se apercebido de tal falha, sequer ter suscitado o mesmo em sua peça defensiva, esta autuação não pode prosperar, diante do descompasso existente entre a acusação posta e os fatos verificados, que se apresentam como situações bastante distintas, o que contamina de vício insanável o Auto de Infração. Desta forma, vemos que houve mudança no fulcro da autuação, o que implica, com base no artigo 18, inciso IV, do RPAF/99, na nulidade da infração.

Da mesma forma, diante do fato de, na sustentação oral, o sujeito passivo ter afirmado que não tomou qualquer ciência acerca da Decisão denegatória de seu pleito de retificação dos documentos de arrecadação, desnecessária a conversão do feito em diligência para tal fim, frente a existência de fato superveniente, que fere de morte o lançamento.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado nulo, entretanto, recomendo a repartição competente analisar a possibilidade de refazimento da ação fiscal, respeitado o prazo decadencial.

Como a exoneração do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

A Decisão recorrida e demonstrada através do Acórdão JJF nº 0236-04/16, julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe e, em consequência, a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

A nulidade foi decretada pelos julgadores de piso, por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração, com supedâneo na alínea “a” do Inciso IV do Art. 18 do RPAF/BA.

E examinando as peças que integram os autos entendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação.

A infração está caracterizada na alegação de que o sujeito passivo “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 unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88”.

Segundo o relator de primeira instância “os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, em verdade, se referem a recolhimento de antecipação tributária parcial, onde não há encerramento de tributação, apenas o seu recolhimento de forma precoce, com a possibilidade de aproveitamento do crédito fiscal do valor recolhido, contrariamente à figura da acusação, na qual ocorre o encerramento da tributação, e que não propicia aproveitamento de qualquer crédito fiscal, além de possuir modalidade de cálculo bem diversa daquela outra acima abordada. Aliás, o próprio título dos demonstrativos fala de “antecipação parcial”, ao contrário da acusação que se reporta a recolhimento do “sujeito passivo por substituição”.

Nas folhas 6 à 45 constam todas as memórias de cálculo produzidas pelo autuante, e na principal planilha, do resumo dos valores cobrados (f. 6), fica evidente que o autuante quis cobrar a antecipação parcial do ICMS, devido pelas empresas que adquirem mercadorias não listadas no

anexo I do RICMS/BA, em operações interestaduais e para comercialização e não a diferença de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição como foi enquadrada a infração, até mesmo pela falta de aplicação da MVA, usualmente utilizada para esse tipo de cálculo. Isso sem falar que no próprio título da citada planilha consta a informação da “Antecipação Parcial ICMS – 2014”.

Diante o exposto e de tais considerações, por concordar e me alinhar com o resultado sob análise, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **203459.0003/16-5**, lavrado contra **NELBLU CONFECÇÕES LIMITADA (LOJAS CATTAN)**. Recomenda-se a repartição competente analisar a possibilidade de refazimento da ação fiscal, respeitado o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS