

A. I. Nº - 233080.0019/19-0
AUTUADO - CENTER MÓVEIS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETROS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
INFAZ - INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-04/20-Vd

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado que o imposto nas operações de saída posteriores fora recolhido. Mantida a multa sobre o valor do imposto não recolhido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/09/2019, exige ICMS no valor de R\$596.994,93, acrescido da multa de 60%, por ter recolhido a menos o ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (Infração 07.15.02).

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresentou impugnação, fls. 15 a 28, inicialmente transcreve o teor da acusação, enquadramento legal, e multa aplicada, e em seguida assevera que a autuação está eivada de vícios que a comprometem, sendo certo que será anulada por este órgão julgador, ou no mérito julgada totalmente improcedente, pelos motivos que passa a expor.

Em relação à nulidade afirma que o RPAF no artigo 39, IX estabelece que o auto de infração deverá conter a assinatura do autuante e conforme se faz prova pela cópia do AIIM que informa estar anexando, NÃO CONSTA NO DOCUMENTO A ASSINATURA DO AUTUANTE que lavrou o auto de infração.

Como se não bastasse esta ilegalidade, estabelece o artigo 131, I do mesmo regulamento, que deve haver o saneamento do procedimento fiscal, fato não observado pelo auditor, pois NÃO CONSTA NO AUTO DE INFRAÇÃO O VISTO SANEADOR, motivos pelos quais o Auto de Infração é nulo.

Adentrando ao mérito informa que o autuante demonstrou desconhecimento da norma jurídica ao exigir do contribuinte que apura ICMS pelo regime normal, suposto valores devido de ICMS antecipação parcial e sobre esse valor aplicar a multado artigo 42, II, "d", sem observa a excludente do parágrafo 1º.

A norma define que em caso de não recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, por empresas normais, será devido apenas multa sobre o valor supostamente devido, equivocou-se o autuante e exigiu o ICMS por antecipação parcial supostamente devido e sobre esse valor ainda exigiu a multa. Ou seja, uma completa afronta à lei.

Acrescenta que nos termos do artigo 142 do CTN, a atividade de lançar o crédito tributário com a sua tese, compete privativamente à autoridade administrativa, cabendo nesse procedimento: a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do tributo devido.

Transcreve o citado dispositivo legal e externa entendimento de que no presente caso não é possível a correção do presente Auto de Infração, tendo em vista que não houve erro de fato, mas sim de direito, desta forma é nula a presente autuação.

Destaca que nos casos previsto no artigo 149, seria possível a revisão no caso em tela, apenas na situação descrita no inciso VIII, o que não é o caso, tendo em vista que o autuante detinha todas as informações necessárias para apuração dos valores corretos.

Passa a definir os conceitos jurídicos de erro de fato e de direito e reitera que a fiscalização demonstrou desconhecimento da forma jurídica, a saber: A DISPENSA DA EXIGÊNCIA DO VALOR DE ICMS POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL PARA AS EMPRESAS NORMAIS (art. 42, II, d, § 1º). Dessa forma é impossível a revisão do lançamento tributário em decorrência de erro de direito.

Assevera que inclusive é o entendimento dos nossos tribunais, inclusive da Súmula 227 do TFR, cujo teor transcreve.

Destaca o entendimento do STJ em trecho do julgamento do Recurso especial (STJ, REsp. nº 1.250.218/ES, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma. DJe. 09/03/2012, no sentido de que: "NÃO É POSSÍVEL O PODER JUDICIÁRIO EFETUAR A CORREÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO, DESTACANDO A PARCELA QUE ENTENDE INDEVIDA, DE MODO QUE SE FAZ NECESSÁRIO NOVO LANÇAMENTO"

Ressalta que mesmo diante da flagrante nulidade do auto de infração, quer seja pela ausência e assinatura do autuante e do visto saneador ou ainda pelo erro de direito cometido pelo autuante, por amor ao debate, passará a debater o mérito da autuação que:

Alega o autuante que o impugnante deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial ou recolheu o ICMS por antecipação parcial a menor. Na infração de maneira equivocada, já que o contribuinte apura o ICMS pela sistemática normal, o nobre auditor exigiu o ICMS por antecipação parcial que supostamente deveria ser recolhido e, além disso, aplicou multa de 60% sobre o valor supostamente devido. Entretanto, não lhe assiste razão.

Reitera que nos termos do artigo 42, II, "d", § 1º, da Lei nº 7.014/96, no caso de não recolhimento do ICMS por antecipação parcial, pelo contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, será devida apenas a multa de 60%, sobre o valor que deveria ser recolhido.

Ocorre que equivocadamente, demonstrando desconhecimento da norma jurídica (ERRO DE DIREITO), o autuante exigiu o ICMS que supostamente foi devido por antecipação parcial e ainda a multa de 60%.

Afirma ser incontroverso que o ICMS destes produtos foi recolhido posteriormente em suas saídas. Logo caberia ao autuante, apenas a aplicação da multa. Ocorre que de maneira discricionária, desobedecendo ao que determina o artigo 142 do CTN, em FLAGRANTE ERRO DE DIREITO, de maneira contraria foi lavrado o presente auto de infração.

Finaliza pedindo o recebimento e processamento da presente impugnação, e *requer* seja declarado nulo o lançamento, ou que no mérito seja reconhecido como totalmente improcedente.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 42 a 43 e após fazer um resumo dos argumentos defensivos diz que não procede a alegação relativa à falta de sua assinatura, porquanto a mesma consta na fl. 02, no devido local.

Em relação ao § 1º do artigo 42, da Lei 7.014/96, cujo teor transcreve diz que o contribuinte, em sua peça impugnatória não comprovou o recolhimento do respectivo imposto nem na operação, nem em operações subsequentes.

Opina pela manutenção integral do Auto de Infração.

Presente na Sessão Virtual de Julgamento, realizada nesta data, o patrono da empresa Drº Emanuel Silva Antunes, OAB/PE 35.126, para efeito de sustentação oral.

VOTO

Inicialmente, o defendente suscita a nulidade da presente autuação, alegando que a cópia do Auto de Infração que lhe foi entregue não continha a assinatura do autuante, contrariando o disposto no art. 39, IX do RPAF/BA, assim como o visto do saneador, conforme determinado no art. 131, I do mesmo Regulamento. Como prova de sua assertiva anexa o documento de fl.39.

Inicialmente, verifico que o Auto de Infração é composto de duas folhas, sendo que o campo previsto para a assinatura do preposto fiscal encontra-se na 2ª. Ocorre que na peça defensiva somente foi anexada a primeira folha.

Por outro lado, a 1ª via, constante no presente processo, encontra-se apostila a assinatura do autuante, conforme se verifica à fl. 02, portanto, não restou comprovada a tese defensiva, por falta de apresentação de provas.

Quanto à assinatura do saneador na via entregue ao autuado, de fato não se visualiza o visto do mesmo, entretanto, tal ausência não é fato motivador de nulidade dos autos, pois se trata de uma formalidade interna administrativa, não se enquadrando em nenhuma hipótese prevista no art. 18 do RPAF/BA, razão pela qual, rejeito o pedido formulado pelo sujeito passivo.

O defendantee também arguiu a nulidade do Auto de Infração por equívoco do autuante, ao exigir o imposto por antecipação parcial, já que a empresa é optante pelo regime normal de apuração, e de acordo com o disposto no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, deveria ter sido exigido apenas uma multa percentual sobre o valor não recolhido no prazo estabelecido. Assevera que no caso presente houve erro de fato e não de direito, consequentemente, no seu entendimento, não é possível sua correção através de diligência.

Tal argumento também não é causador de nulidade do Auto de Infração, pois na verdade, trata-se de questão de mérito, a qual passo a me manifestar a seguir.

A infração diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado

Dúvidas inexistem de que o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, independente do regime de apuração do imposto, conforme determinado no art. 12-A da Lei nº 7014/96, a seguir reproduzido:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Assim, inexiste o suposto erro alegado pelo defendantee, quer seja de fato ou de direito, pois a presente exigência encontra-se prevista no mencionado dispositivo legal. Portanto, tratando-se de descumprimento de obrigação principal, a infração resta caracterizada, já que o defendantee não questionou qualquer valor apurado pela fiscalização.

Por outro lado, considero verídica a afirmativa do defendantee de que as saídas subsequentes foram tributadas, e o imposto apurado através da sua conta corrente fiscal, tendo em vista que o autuante apesar de afirmar em sua Informação Fiscal de que: “não restou comprovado o recolhimento do respectivo imposto nem na operação, nem em operações subsequentes”, não anexou ao PAF qualquer prova neste sentido. Nem sequer foi acostada uma amostra de mercadorias adquiridas através das notas fiscais objeto da presente exigência, cujas saídas não foram tributadas pelo contribuinte.

Neste passo, entendo que deve ser aplicado o disposto no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, afastando a falta de recolhimento do imposto e mantendo a multa de 60 %, remanescendo, assim, o valor de R\$358.196,96, conforme a seguir demonstrado:

Data de Ocorr	Data Vencto	VI. Multa
31/07/2018	09/08/2018	17.353,22
31/10/2018	09/11/2018	40.397,68
30/11/2018	09/12/2018	2.221,41
31/01/2019	09/02/2019	13.550,57
31/03/2019	09/04/2019	66.066,10
30/04/2019	09/05/2019	25.091,92
31/05/2019	09/06/2019	119.785,45

30/06/2019	09/07/2019	35.171,60
31/07/2019	09/08/2019	38.559,01
Total		358.196,96

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$358.196,96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233080.0019/19-0, lavrado contra **CENTER MÓVEIS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETROS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa pecuniária no valor de **R\$358.196,96**, prevista no art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

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 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR