

**A. I. Nº** - 206902.0003/16-0  
**AUTUADO** - JPW ENGENHARIA ELÉTRICA LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ NELSON DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ PAULO AFONSO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 06/11/2019

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0165-04/19

**EMENTA:** ICMS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS E DE MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Não restou caracterizada a ocorrência de recolhimento a menos do imposto. Levantamento fiscal efetuado com base na data da emissão do documento fiscal. Imprecisão. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$72.433,92 em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, para Empresa de Construção Civil. Em vários meses de 2015, recolheu a menos o ICMS – Regime Simplificado / Construção Civil, conforme apurado em planilha anexa ao PAF”*.

O autuado, por intermédio de seu patrono, ingressou em 08/06/2016 com Impugnação ao lançamento tributário, fls. 22 a 34, tecendo algumas considerações iniciais e, em seguida, passou a arguir a nulidade do Auto de Infração por considerar que o mesmo padece de vícios insanáveis, uma vez que propõe a exigência do tributo sem que tenha de fato ocorrido o fato gerador da obrigação tributária.

Reconhece que adquiriu bens para aplicação e uso em suas obras, entretanto efetuou o recolhimento do ICMS – diferença de alíquota devido, enquanto o autuante procedeu a exigência tributária sem observar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que se perfaz mediante a concreta observância dos elementos que compõem o núcleo tributante, destacando que não é suficiente para exigência da exação que a hipótese de incidência esteja contemplada na norma tributante, necessário se torna que os demais elementos que integram a hipótese de incidência (elemento material) se conjuguem de modo a instalar a obrigação tributária (o fato gerador), condição única para se exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação principal.

Após tecer comentários a respeito da hipótese de incidência e fato gerador do imposto, observa que a ocorrência do fato gerador da diferença de alíquota do ICMS tem como elemento temporal/espacial a entrada dos bens adquiridos em outros Estados, no estabelecimento do contribuinte, entretanto, o autuante, diversamente do que prevê a legislação, considerou em suas planilhas a data da emissão da nota fiscal correspondente à aquisição dos bens.

Pontuou que, diversamente da forma empregada pelo autuante, e em atendimento ao previsto pela legislação deste Estado, utilizava a data da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, que corresponde ao fato gerador, sendo que, por esta ótica, haverá inegável diferença entre a planilha elaborada pelo autuante, que utilizou a data de emissão do documento fiscal.

Cita que, para a devida análise deste órgão julgador, está juntando aos presentes autos planilhas que elaborou referentes a todo o período fiscalizado (anexos 01 a 13) onde constam relacionadas todas as notas fiscais de aquisições de materiais de consumo e bens sob as quais pagou o ICMS diferença de alíquota, juntamente com cópia do documento de arrecadação, acrescentando que neste documento especifica o número da nota fiscal de aquisição, o valor e o montante do

imposto devidamente recolhido, afirmando que da análise do material apresentado em confronto com a planilha elaborada pelo autuante restará suficiente na medida em que comprovará que sempre recolheu o ICMS diferença de alíquota não apenas sobre as mercadorias, mas, também, sobre o valor do frete que não foi considerado pelo autuante.

Diz que, como estava dispensado de escrituração de livros fiscais, criou as planilhas ora apresentadas, onde era feito o controle desse imposto, mencionando que as aquisições que entrassem em um determinado mês, o imposto sempre era recolhido até o dia 25 do mês seguinte, consoante previsto pelo Art. 286 do RICMS-BA/12.

Observa que, em face do que consta do referido dispositivo regulamentar, é indubitoso que o Auto de Infração não se sustenta, posto que contraria por completo a legislação disciplinadora deste fato gerador, inclusive quanto ao prazo de recolhimento que foi tomado de forma errônea pelo autuante que indicou como data de vencimento o dia 09 do mês seguinte. Neste sentido diz que analisando as planilhas elaboradas pelo autuante, em alguns meses citados neste documento, o montante indicado pelo mesmo é superior ao devido para o período apurado, ou seja, de acordo com a forma apurada, teria um saldo positivo a seu favor.

Adiante, destacou que o autuante não fez qualquer distinção quanto aos bens que ingressaram em seu estabelecimento, tendo exigido imposto sobre bens enviados na condição de remessa por locação, a exemplar da Nota Fiscal nº 2467 da Construtora DALCIN, Anexo 11, no valor de R\$100.000,00, assim como em relação a notas fiscais que foram canceladas pelo fornecedor, as quais indicou, e, ainda, exigiu diferença de alíquota sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Após apresentar outras considerações, objetivando consubstanciar seus argumentos, concluiu, requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, só em 21/05/2019 apresentou a Informação Fiscal de fls. 584 e 585, cuja mídia digital que a contém, fl. 586, se encontra danificada, diz que com base no Parecer DITRI/GECOT nº 04215/2016, não juntado aos autos, elaborou planilha na qual foram feitas exclusões de valores referente a Notas fiscais eletrônicas de simples remessa, com destaque do imposto pelo emitente com alíquota interna, de devoluções de vendas e de retorno de bens para conserto.

Cita que no período abrangido pela fiscalização, o autuado mantinha Termo de Acordo – Construção Civil com a SEFAZ/BA e, por isso, era optante do regime simplificado de apuração do ICMS, debitando-se mensalmente de 3% de suas aquisições interestaduais de bens e de materiais de uso/consumo.

Diante disto, diz que o total do ICMS devido passa a ser de R\$68.076,17 conforme quadro que apresentou às fls. 584 e 585.

## VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2016, tendo o autuado ingressado com Impugnação em 08/06/2016, cuja exigência tributária no valor de R\$72.433,92 assim está posta: *“Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, para Empresa de Construção Civil. Em vários meses de 2015, recolheu a menos o ICMS – Regime Simplificado / Construção Civil, conforme apurado em planilha anexa ao PAF”*.

Conforme se depreende da leitura do texto acima, vê-se que a acusação, no primeiro momento, refere-se a falta de recolhimento do ICMS devido, enquanto, em seguida, menciona que se trata de recolhimento a menos do imposto. Apesar desta duplicidade da acusação, deixo de apreciá-la pelo fato de o autuado ter se defendido da autuação com base nas planilhas que foram elaboradas pelo autuante e não ter mencionado este fato, porém, como julgador, sinto-me no dever de destacar.

Assim é que, superada esta questão, vejo que o argumento de fundo trazido pelo autuado diz respeito a forma como o lançamento foi efetuado pelo autuante, destacando que realizou todos os recolhimentos a título de diferença de alíquota com base no momento da entrada ou do ingresso das mercadorias ou bens em seu estabelecimento, conforme estabelece a legislação tributária estadual, enquanto que o autuante considerou para efeito dos cálculos a data da emissão do documento fiscal.

Da análise levada a efeito nas planilhas trazidas aos autos pelo autuante e pelo autuado, ficou claro que assiste razão ao este em seus argumentos. Isto porque, o Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 assim estabelece:

*Art. 4º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*(...)*

*XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.*

Assim é que, confrontando as planilhas de cálculos elaboradas por ambos, autuado e autuante, em relação aos meses de janeiro, fevereiro e março/2015, cheguei as seguintes conclusões:

#### **Janeiro/15**

Do total de 14 (quatorze) notas fiscais incluídas pelo autuante em sua planilha, apenas 05 (cinco) coincidem com as constantes na planilha do autuado (Notas Fiscais nºs 63902, 319417, 56632, 20527 e 74057); outras 04 (quatro) (Notas Fiscais nºs 518160, 474504, 51905 e 31513), todas emitidas com datas entre 28/01/15 e 30/01/15, oriundas dos Estados de Sta. Catarina e de São Paulo, constam da planilha do autuado referente ao mês de fevereiro/15, enquanto que as demais Notas Fiscais 05 (cinco) nºs 472712, 472764, 472779, 472791 e 472811, oriundas do Estado de São Paulo, constam da planilha do autuado referente a entradas ocorridas no mês de março/15.

Considerando que o total recolhido, indicado em ambas às planilhas, são coincidentes, não se configura recolhimento do imposto a menos, o máximo que poderia ter ocorrido, caso houvesse a comprovação, seria um possível recolhimento a destempo por parte do autuado, mas nessa hipótese, caberia apenas a exigência dos acréscimos moratórios e multa, jamais a exigência de imposto na forma que foi feita.

**Fevereiro e março/15:** Situação idêntica ocorreu em relação a estes meses, onde diversas notas fiscais emitidas, no final de cada mês, pelos fornecedores foram consideradas pelo autuante em suas planilhas com base na data da emissão enquanto o autuado as registrou no mês seguinte, correspondendo ao da efetiva entrada do bem ou mercadoria em seu estabelecimento. Não se pode conceber, por exemplo, que a Nota Fiscal nº 322451 emitida em 28/02/15, oriundo do Estado do Paraná, fl. 135, tenha ingressado no estabelecimento do autuado ainda no mês de fevereiro/15, até porque o meio de transporte utilizado foi o rodoviário de cargas.

Portanto, ao meu entender, este tipo de auditoria fiscal deveria ser realizado confrontando-se nota por nota, considerando a data da efetiva entrada no estabelecimento do adquirente juntamente com a análise das notas fiscais indicadas nos DAEs de recolhimento do respectivo mês, para só assim se estabelecer se houve falta de pagamento ou pagamento a menos do imposto, o que não foi feito no presente caso.

Diante do quanto exposto, entendo que não restou configurada a ocorrência de recolhimento do imposto efetuada a menos por parte do autuado, visto que, os exemplos acima mencionados se repetiram nos demais meses, situação esta que, no máximo, se algum valor devido fosse, teria sido a exigência de acréscimos moratórios acaso restasse configurado a ocorrência de pagamento de imposto a destempo.

Em conclusão, voto pela Improcedência do presente Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206902.0003/16-0**, lavrado contra **JPW ENGENHARIA ELÉTRICA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR