

A. I. Nº - 206902.0003/16-0
AUTUADO - JPW ENGENHARIA ELÉTRICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ NELSON DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ 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 induvidoso 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 exempla 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 duplidade 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 4^a 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