

CPROCESSO - A. I. Nº 281231.0008/17-0
RECORRENTE - LOJAS SIMONETTI LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0007-03/19
ORIGEM - INFAZ ITABUNA (COSTA DO CACAU)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.10.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0197-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO; **b)** CRÉDITO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. Razões de mérito, relativa à antecipação do ICMS parcial, incapazes à reforma da Decisão recorrida. Acolhida, em parte, a prejudicial de mérito de decadência arguida, quanto a todas exações. Modificada a Decisão de piso. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0007-03/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o débito de R\$138.090,21, em razão da constatação de oito irregularidades, todas objeto deste Recurso Voluntário, a seguir descritas:

Infração 01 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de R\$87.779,30, referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de R\$21.005,38, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, no mês de julho de 2012.

Infração 03 – Falta de recolhimento do ICMS de R\$917,35, devido por responsabilidade solidária, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, nas hipóteses regulamentares, nos meses de março, julho, setembro, novembro e dezembro de 2012; janeiro a abril de 2013.

Infração 04 – Recolhimento efetuado a menos de R\$16.037,56, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2012 a março de 2015.

Infração 05 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação de R\$2.413,50, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro e junho de 2012; junho, agosto a

Comentado [VC1]: Coloque o número do Auto de Infração.

dezembro de 2014; janeiro, março, junho a setembro de 2015.

Infração 06 – Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação de R\$180,83, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de março, julho a novembro/2012.

Infração 07 – Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial de R\$2.528,73, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de maio, setembro a dezembro de 2013; janeiro, maio a julho, setembro e dezembro de 2014; setembro, outubro e dezembro de 2015; janeiro a abril de 2016.

Infração 08 – Multa de R\$7.227,56, correspondente a 1% sobre o valor das mercadorias não tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto e outubro de 2012; abril a dezembro de 2013; janeiro, março a julho, setembro de 2014; fevereiro, maio a dezembro de 2015; janeiro, agosto, setembro e novembro de 2016.

A Decisão recorrida foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$85.363,10, tendo de início consignado que o lançamento atende ao devido processo legal/ampla defesa e quanto à decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário e ao próprio mérito, tece as seguintes considerações:

VOTO

[...]

Considerando que no levantamento fiscal se apura imposto não declarado e não pago, o que implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

O defendente apresentou o entendimento de que deve ser reconhecido o transcurso do prazo decadencial, e a consequente extinção dos créditos tributários lançados no presente auto de infração, relativamente aos fatos ocorridos até novembro de 2012, considerando a data de lavratura do Auto de Infração em 21/12/2017.

Constatando que as infrações 01, 02 e 04, tratam de imposto lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS e o consequente recolhimento efetuado a menos, neste caso, houve débito declarado, o que enseja aplicação do § 4º, do art. 150 do CTN. Dessa forma, operou-se a decadência em relação aos débitos relativos aos meses de janeiro a novembro de 2012, por isso, o débito originalmente lançado fica reduzido, conforme a seguir especificado.

[...]

Quanto aos demais itens da autuação fiscal, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2012 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2017. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 21/12/2017, tendo como data de ciência 22/12/2017, nestas datas, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o autuado não impugnou as infrações 01 a 06, haja vista que nas razões de defesa somente apresentou contestações em relação às infrações 07 e 08. Dessa forma, voto pela procedência das infrações não impugnadas, considerando a inexistência de lide a ser decidida.

A Infração 07 trata de recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de maio, setembro a dezembro de 2013; janeiro, maio a julho, setembro e dezembro de 2014; setembro, outubro e dezembro de 2015; janeiro a abril de 2016.

O autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, tendo alegado nas razões de defesa que se for considerado que realmente recolheu a menos a antecipação parcial, ele tem um crédito, pois a antecipação tem bastante relevância na apuração do valor final do período pois, se não foi antecipado também não foi creditado.

Sendo assim, entende que não há o que se falar de recolhimento do ICMS em si, mas em um recolhimento a “destempo”, talvez, devendo ser, quem sabe, analisado por uma multa acessória mas não em omissão de ICMS, porque o valor que não foi recolhido na antecipação também não foi creditado no final da apuração, e assim, o imposto foi pago em sua integralidade.

A exigência de ICMS a título de antecipação parcial, foi instituída na legislação do Estado da Bahia a partir de 01/03/2004, por meio da Lei 8.967, de 29/12/2003, e consiste na aplicação da alíquota interna sobre valor da operação interestadual constante na Nota Fiscal de aquisição, deduzindo-se o valor do imposto destacado no mencionado documento fiscal. Portanto, não assiste razão ao defendente, haja vista que está obrigado a recolher o ICMS a título de Antecipação Parcial, o contribuinte deste Estado, independente do regime de apuração do imposto, em relação às mercadorias adquiridas para comercialização.

Conforme o §1º, do mencionado art. 42 da Lei 7.014/96, “no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”. Neste caso, somente seria dispensada a exigência do tributo como alegou o defendente, se ficasse comprovado, de forma inequívoca, o recolhimento do imposto na operação ou operações de saída posteriores.

Portanto, não elide a imputação fiscal a alegação de que não houve prejuízo ao Tesouro Estadual, uma vez que houve descumprimento da legislação do ICMS, restando provado que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto devido, nos prazos regulamentares, caracterizando o prejuízo pelo não recolhimento tempestivo do tributo devido.

Vale salientar, que ao sujeito passivo cabe observar e cumprir as determinações previstas na legislação tributária, e não pode ser aceito que o contribuinte pretenda definir a forma de apurar e recolher o tributo.

É concedido ao contribuinte, o benefício para recolhimento da antecipação parcial até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, mediante o cumprimento das condições contidas na legislação, ou seja, a lei estabelece a possibilidade de se estender o prazo para recolhimento do imposto após a existência do fato gerador da obrigação tributária.

Constata-se a existência de dois fatos geradores distintos: a antecipação parcial devida pelas aquisições de mercadorias de outras Unidades da Federação, e o ICMS chamado de “ICMS Normal” incidente nas operações de saídas, cujo pagamento deve ser efetuado até o dia 09. Ao apurar o imposto através do regime da conta corrente fiscal e efetuar pagamento do saldo devedor encontrado na data prevista na legislação, não anula a obrigação que se originou quando da entrada da mercadoria. Portanto, resta comprovado que é devido o imposto referente à antecipação parcial, na entrada das mercadorias neste Estado. Infração subsistente.

Infração 08: deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto e outubro de 2012; abril a dezembro de 2013; janeiro, março a julho, setembro de 2014; fevereiro, maio a dezembro de 2015; janeiro, agosto, setembro e novembro de 2016. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$7.227,56.

O autuado alegou que este item deverá ser excluído do presente auto de infração, porque a transferência de crédito fiscal, conforme se extrai do artigo 306 do RICMS BA, esclarece como se deve registrar notas de transferências de crédito, informando que as referidas notas só precisam ser registradas no livro de apuração, por este motivo o autuante não as encontrou no livro mencionado na infração.

Na informação fiscal o autuante acatou as alegações defensivas, esclarecendo que o levantamento fiscal foi realizado utilizando o sistema de fiscalização corporativo Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF. Neste sistema tem-se a opção de “filtrar”, que no caso seria excluir essas operações do cruzamento entre notas fiscais emitidas, tendo o autuado como destinatário e os seus registros na EFD – entradas. Disse que foi informado erroneamente nessas notas fiscais, o CFOP 5102 (venda de mercadorias). Neste caso, disse que só resta pedir a conversão da multa aplicada no auto de infração, em relação a essas notas fiscais, para a multa prevista no art. 42, inc. XII, no valor de R\$ 460,00.

Quanto às demais notas fiscais não registradas, por não ter sido apresentada contestação pelo autuado, deve permanecer a exigência, restando, após exclusão das notas fiscais de transferência de crédito, os valores informados à fl. 143, sem prejuízo do valor de R\$ 460,00, a título de multa por descumprimento de obrigação acessória, sem penalidade prevista.

Entendo que a informação fiscal acatou integralmente as alegações defensivas, ao excluir do levantamento fiscal as notas fiscais relativas à transferência de crédito. Por isso, com base no § 8º, do art. 127 do RPAF/BA, não houve necessidade de ciência ao sujeito passivo, considerando que o refazimento dos cálculos foi efetuado em função dos argumentos apresentados pela defesa.

Acolho as conclusões do autuante e voto pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$37,56, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 143. Quanto ao pedido formulado na informação fiscal para aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$460,00, não pode ser acolhido, considerando que tal penalidade não constou originariamente no Auto de Infração, e no julgamento é vedado incluir infrações ou majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, deve ser mantida a parcela relativa às notas fiscais não escrituradas.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo (...)

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, às fls. 167 a 172 dos autos, onde, preliminarmente, reitera a decadência do direito de se constituir o crédito tributário, em relação a todas as infrações, relativo ao período anterior à

data de 22/12/2012, tendo em vista que só tomou ciência do Auto de Infração em 22/12/2017.

No mérito, em relação à infração 7, reitera sua alegação de que se for considerar que a apuração do ICMS é da forma de débito e crédito, se recolheu a menor a antecipação parcial, também só se creditou do valor correspondente e, consequentemente, pagou na apuração final posterior o valor a maior. Assim, não há de se falar em recolhimento a menor do ICMS, mas de recolhimento a destempo, cabendo talvez uma multa acessória e não exigência do imposto, já que o valor não recolhido na antecipação também não foi creditado no final da apuração e, assim, foi pago em sua integralidade, do que diz anexar planilha (CD), com todas as saídas referentes as entradas, com o fim de comprovar que o pagamento foi realizado corretamente.

Por fim, requer que seja acolhida a decadência e julgado improcedente todas as infrações.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS relativo à constatação de oito irregularidades, sendo todas objeto recursal quanto à prejudicial de mérito da decadência do direito do Estado de constituir o crédito tributário, e no mérito, apenas em relação à infração 7, cuja acusação refere-se ao recolhimento a menos do ICMS da antecipação parcial de R\$2.528,73, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação nos meses de maio, setembro a dezembro de 2013; janeiro, maio a julho, setembro e dezembro de 2014; setembro, outubro e dezembro de 2015; janeiro a abril de 2016.

Inicialmente, quanto à prejudicial de mérito de decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo ao período anterior a 22/12/2012, tendo em vista que só tomou ciência do Auto de Infração em 22/12/2017, há de ressaltar que, à época da ciência ao sujeito passivo do Auto de Infração, já havia sido extinto o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao período de janeiro a novembro de 2012, o qual se extinguiu no prazo de cinco anos, contados do respectivo fato gerador, como previsto no art. 150, §4º do CTN, *inerente às infrações 1, 2, 4 e 6*, nas quais houve pagamento parcial do imposto apurado no mês, consoante foi acertadamente consignado na Decisão recorrida quanto às infrações 01, 02 e 04, restando ainda a exclusão do total do valor relativo à infração 6.

Porém, há de esclarecer que a contagem do prazo só inicia a partir do momento que a autoridade administrativa **toma conhecimento do fato gerador**, o que só ocorre com a escrituração dos documentos fiscais nos livros fiscais próprios (lançamento fiscal para homologação).

No caso em análise, por ser o ICMS um imposto de competência mensal, os fatos geradores do período de 01/12/2012 a 21/12/2012, só foram escriturados nos livros fiscais próprios do recorrente a partir do mês de janeiro de 2013, após concluídas todas as operações relativas ao mês de dezembro de 2012. Sendo assim, impossível se atribuir qualquer possibilidade de **conhecimento** à autoridade administrativa, relativa aos fatos geradores dos primeiros vinte e um dias no próprio mês de dezembro, como pretende o apelante, de modo que a contagem do prazo decadencial de cinco anos se extinga em 21/12/2017.

Portanto - por ainda não haver o lançamento na escrita fiscal e, em consequência, a publicidade dos atos para a devida homologação, o que só ocorreu a partir do mês de janeiro de 2013 - há de se concluir que, quando da ciência do Auto de Infração ao sujeito passivo, ocorrida em 22/12/2017, os fatos geradores relativos ao período de 01/12/2012 a 21/12/2012, devem ser mantidos no lançamento de ofício, em vista do prazo quinquenal para a autoridade administrativa **tomar conhecimento e homologar** o lançamento fiscal.

Em relação às **infrações 3 e 5**, cujas acusações são de falta de recolhimento do ICMS por responsabilidade solidária e falta de recolhimento do ICMS por antecipação, por inexistir os respectivos pagamentos, mesmo que parcial, o prazo decadencial é a partir do primeiro dia do

Comentado [VC2]: Identifique o Auto de Infração.

exercício seguinte àquele em que poderia o lançamento ter sido efetuado. Assim, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2012, têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2017, logo, quando da ciência do Auto de Infração, ocorrida em 22/12/2017, não havia decadência do direito de constituir o crédito tributário correspondente.

Quanto à **infração 7**, inexistem fatos geradores relativos ao exercício de 2012, logo descabe a análise.

Em relação à infração 8, trata-se de exigência de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, resultando em penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória de **fazer** e, em consequência, por **não haver lançamento por homologação e muito menos recolhimento**, não se sujeitam à contagem decadencial prevista no art. 150, § 4º do CTN, e sim à insita no art. 173, I do CTN, cujo direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, logo, quando da ciência do Auto de Infração, em 22/12/2017, não havia decadência em relação ao exercício de 2012.

Em conclusão: dos valores já excluídos pela Decisão recorrida em razão da decadência do direito de constituir o crédito tributário, relativos às infrações 1, 2 e 4, deve-se ainda excluir o total da infração 6.

Quanto às razões de mérito, relativas apenas à infração 7, a tese recursal é de que se recolheu a menor o ICMS da antecipação parcial, consequentemente se creditou também a menor, o que impactou no recolhimento a maior do ICMS apurado no final de cada mês, objeto da exação fiscal, o que, segundo o apelante, caracteriza-se recolhimento a destempo, sujeito apenas a uma multa acessória, e não à exigência do imposto.

Trata-se de fatos geradores distintos, eis que a antecipação tributária parcial abarca a operação interestadual de aquisição com fim comercial, enquanto o ICMS no fim de cada mês incide sobre as operações de vendas efetivadas pelo contribuinte, portanto, distintas entre si.

Em que pese ter razão o recorrente, ao afirmar que se tivesse efetuado o pagamento integral do ICMS antecipação parcial, teria dele se creditado, o que reduziria o valor a recolher no fim do mês, nada o impede que assim proceda, ou seja, de se creditar do mesmo valor, após venha a recolher a diferença do ICMS antecipação parcial, ora exigido no valor nominal de R\$2.528,73, no mês subsequente ao pagamento.

Sobre a possibilidade de aplicar a multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, conforme preceitua o próprio art. 42 em seu § 1º, há de registrar, que se trata de uma regra condicional, ou seja, de se comprovar o recolhimento do imposto na operação ou operações de saída posteriores, o que não se configurou de modo inequívoco, visto que a suposta vinculação das saídas às entradas, constantes da mídia eletrônica à fl. 126 dos autos, não exauriu de modo absoluto tal condição.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$85.182,27, após exclusão da infração 6, por decadência.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para discordar do i. Relator quanto à aplicação da decadência nas infrações 03 e 05, bem como da manutenção a infração 07.

Diz o Relator que:

Em relação às infrações 3 e 5, cujas acusações são de falta de recolhimento do ICMS por responsabilidade solidária e falta de recolhimento do ICMS por antecipação, por inexistir os respectivos pagamentos, mesmo que parcial, o prazo decadencial é a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia o lançamento ter sido efetuado. Assim, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2012 têm o prazo

para constituição do crédito tributário até 31/12/2017, logo, quando da ciência do Auto de Infração, ocorrida em 22/12/2017, não havia decadência do direito de constituir o crédito tributário correspondente.

No caso em apreço, observa-se que o Fisco teve a possibilidade de verificar o cometimento do ilícito tributário, porém, o fez em descompasso com o que determina o art. 150, §4º do CTN.

Por ser o ICMS um imposto de natureza homologatória, de apuração mensal, inquestionável que o prazo decadencial adotado deve ser o disposto no art. 150, §4º do CTN, e não o do art. 173, I, como defende o i. Relator.

Determina o art. 150, §4º do CTN que:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

A Douta Procuradoria Geral do Estado da Bahia, em Incidente de Uniformização, entendeu pela aplicação do art. 150, §4º do CTN, quando houver comprovação de pagamento em montante inferior, das operações declaradas.

Em que pese louvar o avanço de posicionamento por parte da PGE sobre a matéria, discordo desta linha limitada da aplicação do §4º do art. 150, por defender o entendimento de que o pagamento do ICMS, por si só, não é o fator determinante para a aplicação da referida norma.

Como já dito anteriormente, sendo o ICMS um imposto por homologação, de apuração mensal, condicionar a aplicação do art. 150, §4º ao pagamento, seria desconsiderar a própria natureza de tal tributo.

Este posicionamento foi brilhantemente abordado pelo i. Conselheiro Dr. Rodrigo Lauande Pimentel, momento em que aproveito para colacionar um trecho do voto por ele proferido quanto à decadência. Vejamos:

(...)

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extremamente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de prazo decadencial com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade. Desse modo, percebo que a natureza jurídica do lançamento tributário vem da lei, e não do comportamento do contribuinte.

No caso do ICMS, em regra, vislumbro que a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação posterior, dos cálculos e do pagamento efetuado, pela autoridade administrativa pertinente.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, v.g., nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96; e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos; concluo que o prazo a ser observado nos lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.” (grifo nosso).

Pelo exposto, entendo pela aplicação da decadência nas infrações 03 e 05.

No pertinente ao mérito da infração 07, concordo com a tese recursal de que sendo a apuração do ICMS feita por débito e crédito, consequentemente o recolhimento a menor da antecipação parcial enseja no creditamento do valor correspondente, ocasionando o pagamento a maior na apuração final posterior.

Assim, não há que se falar em recolhimento a menor do ICMS, mas sim em recolhimento a destempo, cabendo a aplicação da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, uma vez que o valor não recolhido na antecipação também não foi creditado no final da apuração, e assim, foi pago em sua integralidade.

Ademais, conforme planilha apresentada na mídia eletrônica à fl. 126 dos autos, o contribuinte apresentou as saídas referentes às entradas, comprovando o alegado.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281231.0008/17-0**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.144,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$37,56**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, José Rosivaldo Evangelista Rios e Leonel Araújo Souza.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS