

A. I. Nº - 152846.0025/19-5
AUTUADO - TRINCO PRESENTES E SERVIÇOS EIRELI
AUTUANTE - MARCIA SOLANGE DE ARAÚJO DAMASCENO SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/09/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-04/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado não apresentou argumentos ou elementos probatórios capazes de desconstituir o lançamento. Infração mantida. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Acolhida a preliminar de mérito relativa a ocorrência de decadência parcial do lançamento. Não confirmado o argumento de aplicação incorreta da alíquota do imposto. Infração parcialmente subsistente. Não acolhido o pedido de nulidade e indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$43.450,44, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, consubstanciado através do Auto de Infração em referência, que aponta as seguintes infrações:

1 – *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”*. Valor lançado R\$35.550,12.

2 – *“Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”*. Valor lançado R\$7.900,32.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 326 a 333, onde, após arguir a tempestividade da peça defensiva e elaborar uma sinopse do lançamento, apresentou preliminar de mérito relacionada a decadência para os fatos geradores pertinentes ao período de 01/01/2014 a 25/12/2014, com fulcro no Art. 156, V do CTN.

Pontuou que teve ciência do lançamento em 26/12/2019, momento em que o mesmo se perfectizou, discorrendo sobre a contagem do prazo decadencial com base nos arts. 150 § 4º e 173, I, ambos do CTN, destacando que a contagem desse prazo decadencial em matéria de ICMS, cujo lançamento se dá pela modalidade homologação, é matéria bastante discutida na doutrina e jurisprudência pátria que, em suma, divergem quanto à aplicação no caso concreto de qual o prazo e momento da contagem deve ser aplicado, se o previsto no art. 150 §4º do CTN que prescreve que “Se a lei não fixar prazo à 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”; ou aplicada a norma do art. 173, I do CTN, que prevê que “o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Citou que o STJ após o julgamento de reiterados recursos sobre a questão, inclusive na sistemática do recurso repetitivo, recentemente, em dezembro de 2015, publicou a Súmula 555 com o intuito de pacificar a questão, com o seguinte enunciado:

Súmula 555-STJ: Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

STJ. 1ª Seção. Aprovada em 09/12/2015. DJe 15/12/2015.

Neste sentido, sustentou que se depreende da leitura do enunciado da referida Súmula, que o STJ se pautou objetivamente na única observação que se o fato impositivo foi declarado ou não pelo contribuinte, dado a expressão “*quando não houver a declaração do débito*”. Assim, se o fato não foi declarado pelo contribuinte, aplica-se o prazo decadencial do artigo 173, I CTN ou, ao avesso, se o fato foi declarado, aplica-se a regra do artigo 150 § 4º, ambos do CTN.

Em relação ao caso *sub exame*, sustentou que além do fato gerador haver sido declarado mediante o cumprimento das obrigações acessórias exigidas pelo regulamento, condição essencial nos termos da dicção da Súmula 555, há ainda de se consignar que houve o pagamento, critério que, aliás, sobeja na análise para aplicabilidade do art. 150 § 4º do CTN.

Desta maneira, asseverou que o reconhecimento da decadência para a constituição dos créditos relativos ao período 01/01/2014 a 25/12/2014 é medida que se impõe.

Ao adentrar ao mérito da autuação, ao se referir a infração 01, onde foi autuado no valor de R\$35.550,12 por deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, disse que “*após o levantamento realizado pela nobre agente fiscal não condiz a realidade pois, conforme anexo, vários recolhimentos de antecipação parcial foram realizados pela empresa autuada*”.

Ao adentrar à infração 02, onde foi autuado no valor de R\$7.900,32 por ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, disse que a autuante considerou a alíquota do imposto de todo o período como 18%, quando até março de 2016, a alíquota do ICMS no Estado da Bahia era de apenas 17% até a competência de 03/2016.

Em conclusão, requereu seja recebida e processada a presente Impugnação para:

- Acolher a preliminar de decadência, extinguindo os créditos relativos as ocorrências do período de 31/01/2014 a 25/12/2014;
- Acostados aos autos à OS (ordem de serviço) e demais autorizações de prorrogação, e sendo verificada qualquer irregularidade formal, seja declarada a nulidade do feito infracional.
- Convertido o feito em diligência a fim de apurar as informações prestadas no corpo da impugnação.
- Notificado a autuante para se manifestar acerca da impugnação.
- Intimado novamente o Autuado para se manifestar após as diligências.
- No mérito, demonstrada a insubsistência, seja julgando totalmente improcedente o Auto de Infração, determinando o arquivado do feito.
- Seja notificado o Procurador do Estado, para assumir a *custus legis*, na forma do RPAF/BA, no sentido que seja produzido parecer na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF, nas questões de direito suscitadas.
- Deferida a juntada dos documentos e planilhas anexas, devidamente gravadas em mídia CD room, deferindo prazo juntada fichas técnicas e informações acerca dos produtos enviados pelos fornecedores.
- Seja deferida a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a documental e pericial (quesitos tópico V), e em tempo, informar que deseja indicar Assistente pericial a fim de acompanhar os trabalhos técnicos.

A autuante apresentou a Informação Fiscal de acordo com o constante às fls. 353 a 356, onde não acolheu a preliminar de mérito relativa a decadência parcial do lançamento, transcrevendo em

seu socorro excerto do voto proferido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal em relação ao Auto de Infração nº233085.0035/18-1, na qual não foi acolhida a preliminar de decadência suscitada pelo fato de se tratar de uma situação em que houve falta de pagamento do imposto, razão pela qual, na situação posta, foi aplicado o entendimento expressado pelo Art. 173, I do CTN.

Em relação ao mérito não acolheu o argumento defensivo pertinente a infração 01, no sentido de que o levantamento realizado não condiz com a realidade pois houve vários recolhimentos de antecipação parcial, e que demonstrativos constantes do lançamento estão discriminados as notas fiscais objeto da autuação, as quais não possuem nenhum recolhimento registrado nos sistemas da Sefaz, acrescentando que o autuado não efetuou juntada de qualquer demonstrativo ou documento que respaldem suas alegações.

No tocante a infração 02 sustentou que não procede o argumento de que utilizou durante todo o período autuado a alíquota de 18%, só o fazendo a partir da data de ocorrência de 30/06/2016, consoante se verifica no próprio Auto de Infração.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração atribui ao autuado o cometimento de duas infrações à legislação tributária do ICMS: a primeira trata de falta de pagamento do imposto a título de antecipação parcial nas aquisições de mercadorias em outros estados para fim de comercialização, enquanto que a segunda diz respeito a pagamento a menos desse mesmo imposto.

O autuado requereu que fossem acostados aos autos a Ordem de Serviço e demais autorizações de prorrogação para fim de verificação de qualquer irregularidade formal porventura existente e, em consequência fosse decretada a nulidade do Auto de Infração.

A questão da Ordem de Serviço se reveste de uma providência de caráter eminentemente administrativo, a qual o servidor está atrelado ao cumprimento da mesma, sob pena de estar sujeito a sanções previstas internamente. No caso presente não houve qualquer problema, tanto que o Auto de Infração se encontra saneado e com o visto da autoridade fazendária competente, tendo sido registrado normalmente, logo descabe o pedido do autuado, mesmo porque o procedimento fiscal foi cumprido dentro do prazo normal para a realização da fiscalização, não havendo, pois, prorrogação. Ademais, vejo que o lançamento atende ao regramento especificado pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer mácula que o conduza à nulidade.

Quanto ao pedido para que a autuante se manifestasse acerca da Impugnação, se trata de uma questão que já existe previsão expressa no Art. 127 do RPAF/BA, enquanto que a solicitação para que a Procuradoria Geral do Estado emita parecer jurídico nos termos do Art. 118, I, também do RPAF/BA, não se aplica ao presente caso já que não há previsão em lei para manifestação da PGE em processos de 1ª Instância, salvo quando solicitado pela autoridade competente, o que não é o caso.

Em relação ao mérito, de imediato indefiro o pedido de perícia solicitado, com fulcro no Art. 147, II, do RPAF/BA, pois se encontram nos autos os elementos suficientes à formação do meu convencimento como julgador, enquanto que o autuado não apresentou qualquer fato, documento ou argumento que motivasse tal providência.

No que diz respeito a preliminar de mérito trazida pelo autuado, relacionada a decadência parcial do lançamento – infração 02, vejo que assiste razão ao autuado.

Isto porque o CTN define dois critérios distintos para efeito de contagem do prazo decadencial: o primeiro com base no art. 150, § 4º, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém efetua o pagamento em montante inferior aquele que foi declarado; o segundo, com fundamento no art. 173, inciso I, com a contagem se iniciando a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter

sido efetuado, nas situações em que **a)** o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido mas não efetua o respectivo pagamento; **b)** o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, omitindo a realização da operação ou prestação tributável e **c)** o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Dito isto, e de acordo com o acima posto, se constata de imediato que, para o caso sob análise, não se aplica o regramento estabelecido pelo art. 173, I do CTN.

Isto porque o entendimento que vem prevalecendo neste órgão julgador é no sentido de que o lançamento por homologação é aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo, nessa condição, aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o referido dispositivo se aplica aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte. A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

No caso sob análise se constata que em relação a Infração 02, pagamento a menos do imposto por antecipação parcial, houve a declaração pelo autuado através do valor normalmente escriturado, com base na interpretação dada pelo mesmo à legislação tributária estadual, portanto, neste contexto entendo que ocorreu a homologação tácita do lançamento após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN, já que o autuado declarou o débito que entendeu como devido e não se configurou uma situação de dolo, fraude ou simulação.

Em vista do exposto, e considerando que o autuado foi notificado no lançamento no dia 26/12/2019, dúvidas não restam que já havia decaído o direito da Fazenda Estadual em exigir crédito tributário ocorridos anteriormente a essa data, *in casu*, referente aos meses de junho/14, julho/14, setembro/14, e outubro/14, nos valores respectivos de R\$20,97, R\$1.109,70, R\$311,70 e R\$474,15, totalizando R\$1.916,52 tendo em vista que a notificação do lançamento só ocorreu após decorridos 05 anos do prazo legal para o lançamento tributário.

Quanto ao voto transcrito pela autuante em sua Informação Fiscal visando respaldar seu entendimento a respeito desta matéria, defendendo a aplicação da regra contida no Art. 173, I do CTN, observo que, neste caso, o mesmo não lhe socorre, pois, a questão nele envolvida diz respeito a falta de pagamento do imposto, onde não houve a declaração do débito, enquanto aqui, houve o pagamento a menos, havendo, assim, declaração do débito pelo contribuinte autuado, razão pela qual deve ser aplicada a regra inserida pelo Art. 150, § 4º do CTN.

Adentrando ao mérito da autuação em relação aos valores e períodos não alcançados pela decadência, ou sejam, a partir do mês de fevereiro/15 em diante, vejo que, em relação a infração 01, que se relaciona a falta de pagamento da antecipação parcial no total de R\$35.550,12, o autuado nada apontou ou apresentou que desse margem a exclusão de qualquer parcela abrangida pela autuação, se limitou apenas a arguir que o levantamento fiscal não condiz com a realidade e que o anexo que disse ter apresentado aponta vários recolhimentos que deixaram de ser considerados pela autuante, porém, na realidade nada indicou ou apresentou.

Infração 01 totalmente subsistente.

No que pertine à infração 02, em relação ao valor remanescente de R\$5.983,80, referente os fatos geradores a partir do mês de fevereiro/15, o único argumento trazido pelo autuado foi no sentido de que foi aplicada a alíquota de 18% para todo o período autuado, o que não se confirma, já que, tal alíquota, fora aplicada apenas em relação aos meses de junho, julho e setembro/16 quando já se encontrava em pleno vigor esse percentual de 18%, enquanto que em relação aos demais meses foi aplicada a alíquota então vigente de 17%.

Considerando que outros argumentos não foram apresentados, a infração 02 resta parcialmente subsistente no valor de R\$5.983,80.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do Presente Auto de Infração no valor de R\$41.533,92 restando à infração 01 inteiramente procedente enquanto que a infração 02 parcialmente subsistente, na forma acima apontada.

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 **152846.0025/19-5**, lavrado contra **TRINCO PRESENTES E SERVIÇOS EIRELI**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.533,92** acrescido da multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR