

A. I. N° - 298951.0002/20-0
AUTUADO - LUIZ FERNANDO AMANCIO DE SOUZA - EPP
AUTUANTE - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM - DAT SUL / INFAS CENTRO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.02.2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-01/22 -VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Alegação defensiva de ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário exigido no período objeto da autuação restou comprovada, haja vista que o lançamento de ofício se deu após o prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência dos fatos geradores, conforme estabelecido no § 4º, do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN. Infração improcedente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Alegação defensiva de ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário referente à parte da exigência fiscal restou comprovada, haja vista que o lançamento de ofício se deu após o prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência dos fatos geradores, conforme estabelecido no § 4º, do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN. Excluídos da autuação os valores exigidos alcançados pela decadência. No tocante aos períodos não alcançados pela decadência, o próprio autuante, na Informação Fiscal, acatou as alegações defensivas e procedeu aos ajustes e correções que se fizeram necessárias, o que resultou na redução do valor originalmente exigido. O autuado, cientificado do resultado da Informação Fiscal, se manifestou reconhecendo a procedência parcial da autuação, com os novos valores apresentados pelo autuante, bem como com a exclusão dos valores decaídos. Infração parcialmente procedente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 234.534,47, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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 às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro e maio de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 152,68, acrescido da multa de 60%;

2. Destaque do ICMS a menos em documento fiscal devido a erro na aplicação da alíquota, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 234.381,79, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou Defesa (fls. 24 a 35). Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Solicita que seja feita revisão fiscal sob o fundamento de que a Fiscalização incorreu em equívocos que precisam ser corrigidos em obediência aos princípios da legalidade e da verdade material.

No que tange à infração 1, argui a nulidade da autuação dizendo que pela descrição da infração, vê-se de pronto que não pode prosperar, haja vista que não se trata de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, de modo que esse item deve ser considerado nulo por evidenciar claro erro de enquadramento legal que, sem dúvida, prejudicou o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

No mérito, diz que mesmo superado o pedido de nulidade, ainda assim não pode prosperar a imposição, haja vista que a análise dos valores pagos em confronto com os valores lançados no Auto de Infração, consubstanciado no levantamento levado a efeito pela autoridade fiscal no seu Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária, evidencia-se um descompasso quando se analisa, mês a mês, os valores pagos a menor e os valores pagos a maior, conforme tabela que apresenta com dados extraídos do referido demonstrativo, no qual inseriu a coluna “ICMS Pago a Maior”.

Diz que inexiste qualquer valor a ser cobrado a título de antecipação tributária havendo, na realidade, um indébito no valor de R\$ 77,71, correspondente à diferença entre o valor de ICMS pago a maior de R\$ 661,76 e o valor de R\$ 584,05 de ICMS pago a menor, conforme evidenciado.

Sustenta que havendo entendimento contrário aos argumentos expostos, por absurdo, ainda assim não pode prosperar o lançamento relativo a esse item do Auto de Infração, tendo em vista que os valores lançados, relativos aos meses de fevereiro/2015 e maio/2015, encontram-se totalmente decaídos.

No tocante à infração 2, argui a decadência sob o fundamento de que o autuante deixou de observar o prazo decadencial tendo lançado valores indevidos no Auto de Infração que deverão ser expurgados do lançamento, por se encontrar decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de lançar, haja vista ter decorrido mais de 05 (cinco anos) da ocorrência dos fatos geradores anteriores ao dia 16/07/2020, data de ciência do Auto de Infração, no caso os meses de janeiro a junho de 2015 e 01/07/2015 a 15/07/2015, no valor total de R\$ 43.524,94.

Afirma que o Código Tributário Nacional é claro quanto a isso, nos casos em que foi realizado o pagamento antecipado. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 150, §§1º e 4º do Código Tributário Nacional, bem como jurisprudência firmada pelo STJ e pelo CONSEF cujos excertos de decisões transcreve. Acrescenta que esse entendimento inclusive já se encontra pacificado e sumulado no âmbito do CONSEF, conforme Súmula nº. 12.

Conclusivamente, consigna que na mesma linha da comprovação do pagamento antecipado, anexou as Relações de DAEs, referentes aos exercícios de 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020, obtidos no sítio da SEFAZ/BA, que comprovam o pagamento de ICMS em todos os meses indicados no presente Auto de Infração, demonstrando a improcedência do lançamento.

Apresenta pedido de revisão por erro na apuração do valor do ICMS exigido.

Assevera que o autuante laborou em equívocos no levantamento fiscal, consistente em exigir ICMS de mercadorias isentas (art. 264, II, “e”, XVIII, Convênio ICMS 100/97, cláusula primeira, VI, “g”) e exigir ICMS relativo a mercadorias cujo imposto já havia sido pago por antecipação

tributária (artigos 289 e 290 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12) como pode ser observado, a título exemplificativo, ao ocorrido no dia 27/07/2015, conforme apresenta.

Conclusivamente, diz que resta evidente que se faz necessária a revisão do levantamento fiscal, relativo a esse item do Auto de Infração, por fiscal estranho ao feito, visando corrigir estas e outras prováveis incorreções do levantamento fiscal.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade ou improcedência da infração 1 e no tocante à infração 2 que seja realizada revisão fiscal.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 37 a 41). No tocante à infração 1, contesta a nulidade arguida pelo autuado. Apesar de reconhecer o equívoco cometido no momento do lançamento da infração no SLCT (Sistema de Lançamento do Crédito Tributário), sustenta que esse fato não invalida o lançamento, tendo em vista que a descrição da infração não deixa margem para dúvidas, tanto que não impediu que o autuado articulasse toda a sua argumentação completa, inclusive questionando o mérito da ação fiscal. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 19 do RPAF/BA/99.

Quanto ao mérito, reconhece que assiste razão ao autuado, tendo em vista que adotou, para efeito da contagem de prazo para pagamento, a data de emissão da Nota Fiscal quando deveria ter adotado a data da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme estabelecia, à época, o artigo 332, § 2º do RICMS/BA/12, Decreto 13.780/2012.

Diz que diante desse fato, solicita seja considerado improcedente esse item do Auto de Infração.

No que tange à decadência arguida pelo autuado, diz que apesar de entender estar prejudicada a análise desse tópico da defesa, tendo em vista o que expôs no tópico anterior, solicitando a improcedência desse item do Auto de Infração, deixa de fazer comentários a esse respeito, apenas informando que efetuou o lançamento atendendo ao que foi solicitado pela Administração Tributária em Ordem de Serviço regularmente emitida.

No respeitante à infração 2, diz que deixa ao crivo do CONSEF a análise e decisão sobre a decadência arguida pelo autuado, apenas informa que efetuou o lançamento atendendo ao que foi solicitado pela Administração Tributária em Ordem de Serviço regularmente emitida.

Quanto ao pedido de revisão por erro na apuração do valor do ICMS, diz que após a devida análise, reconhece que o autuado tem razão.

Diz que assim sendo, refez os Demonstrativos, conforme pode ser observado nos arquivos colacionados no CD anexo a Informação Fiscal, devendo os valores originais serem revisados, nos moldes do demonstrativo que apresenta, passando o valor do ICMS devido para R\$ 212.792,55.

Finaliza a peça informativa opinando pela improcedência da infração 1 e pela procedência parcial da infração 2, portanto, que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 46 a 52). No tocante à infração 1, consigna que o próprio autuante reconheceu a improcedência deste item da autuação. Acrescenta que caso não seja esse o entendimento desse órgão julgador, ainda assim, diante dos outros argumentos trazidos na peça defensiva inicial, requer que esta infração seja julgada nula ou improcedente.

No que tange à infração 2, reitera a arguição de decadência atinente ao período de 31/01/2015 a 30/06/2015 e 01/07/2015 a 15/07/2015, contudo apontando o valor de R\$ 39.849,60, inferior, portanto, ao valor anteriormente indicado na Defesa inicial de R\$ 43.524,94.

Conclusivamente, diz que assim sendo, reconhece a procedência parcial da infração 2, com os novos valores apresentados na Informação Fiscal e exclusão dos valores decaídos, conforme demonstrativo que apresenta, no total de R\$ 172.942,95. Acrescenta que solicitou o parcelamento do débito reconhecido, conforme comprovam os documentos anexados a peça defensiva.

Finaliza a Manifestação dizendo que conta que o órgão julgador fará a melhor interpretação e

análise dos fatos, em defesa da mais justa aplicação das normas tributárias, por questão de justiça e legalidade.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante, atinente à infração 1, por cerceamento do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, em face à descrição da infração e erro de enquadramento.

Apesar de efetivamente a descrição da infração indicar erroneamente o autuado como empresa optante pelo Regime Especial Unificado de tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, certamente que tal equívoco incorrido pelo autuante não inquia de nulidade o lançamento, haja vista que pela própria descrição da conduta infracional imputada ao autuado, verifica-se que a exigência diz respeito a recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, exigência esta passível de imposição ao contribuinte, independentemente da sua condição cadastral – optante ou não pelo Simples Nacional.

No caso, inexistiu o arguido cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, que, registre-se, foi exercido plenamente pelo impugnante, conforme Defesa e Manifestação posterior apresentada.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

O impugnante argui também prejudicial de mérito atinente à infração 1, por ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário exigido nos meses de fevereiro e março de 2015, sob a alegação de que decorridos mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores anteriores ao dia 16/07/2020, data de ciência do Auto de Infração, haja vista que foi realizado o pagamento antecipado, invocando, neste sentido, as disposições do art. 150, §§ 1º e 4º do Código Tributário Nacional.

Efetivamente assiste razão ao impugnante, haja vista que no período aduzido – fevereiro e março de 2015 – o crédito tributário não poderia mais ser exigido, considerando que a ciência do Auto de Infração pelo autuado ocorreu em 16/07/2020, portanto, após o prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência dos fatos geradores, conforme estabelecido no § 4º, do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

Nesse sentido, cabe consignar que aponta a jurisprudência deste CONSEF, fundamentada na orientação jurídica promovida pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, nos termos do Incidente de Uniformização nº. PGE 2016.194710-0, no qual firmou o entendimento de que: *Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.* Foi observado no referido Incidente de Uniformização, que no caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não se aplicaria a regra do art. 150, § 4º, mas sim do art. 173, I, ambos do CTN.

Assim sendo, no presente caso, ocorreu a decadência do crédito tributário no tocante aos meses de fevereiro e maio de 2015, haja vista que a acusação fiscal é de que o autuado efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, situação na qual a contagem do prazo decadencial se dá a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2020, com data de ciência do autuado em 16/07/2020, e a contagem do prazo decadencial se dá a partir da data de ocorrência do fato

gerador, consoante o § 4º do art. 150 do CTN, os valores exigidos neste item da autuação não podem mais ser exigidos em face à ocorrência da decadência, sendo, desse modo, improcedente a infração 1.

Vale registrar, que na Informação Fiscal o próprio autuante ao se reportar sobre o mérito da autuação referente a infração 1, acatou os argumentos defensivos, e no mérito propriamente dito manifestou-se pela improcedência desta infração.

Quanto à infração 2, apesar de não ter sido objeto na peça defensiva de arguição de nulidade, o autuado arguiu a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário nos períodos anteriores ao dia 16/07/2020, data de ciência do Auto de infração.

O fundamento utilizado pelo impugnante para arguir a decadência foi o mesmo aduzido na infração anterior, ou seja, o autuante deixou de observar o prazo decadencial, tendo lançado valores indevidos no Auto de Infração, por se encontrar decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de lançar, haja vista ter decorrido mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores anteriores ao dia 16/07/2020.

No caso deste item da autuação, o impugnante sustenta que ocorreu a decadência do período compreendido entre os meses de janeiro a junho de 2015 e 01/07/2015 a 15/07/2015.

Da mesma forma que foi consignado na análise da infração 1, pode ser dito que assiste razão ao impugnante quanto à ocorrência da decadência no tocante aos meses de janeiro a junho de 2015, haja vista que aplicável a jurisprudência deste CONSEF, fundamentada na orientação jurídica promovida pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, nos termos do Incidente de Uniformização nº. PGE 2016.194710-0, pois o autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, no caso as operações tributáveis, apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2020, com data de ciência do autuado em 16/07/2020, e a contagem do prazo decadencial se dá a partir da data de ocorrência do fato gerador, consoante o § 4º do art. 150 do CTN, os valores exigidos neste item da autuação referentes aos meses de janeiro a junho de 2015 não podem mais ser exigidos, em face à ocorrência da decadência, cabendo no caso a exclusão dos referidos valores da autuação no total de R\$ 36.283,30, conforme revisão realizada pelo autuante na Informação Fiscal (fl. 41 dos autos).

Entretanto, no que tange ao período de 31/07/2015, cabe a manutenção da exigência fiscal, haja vista que a apuração do imposto é mensal, e dessa forma não há como prosperar a pretensão defensiva de exclusão também dos valores atinentes ao período de 01/07/2015 a 15/07/2015, haja vista que em 31/07/2015 ainda não ocorrerá a decadência, cabendo, desse modo, a manutenção da exigência fiscal no valor de R\$ 6.503,31, conforme revisado pelo autuante na Informação Fiscal.

Quanto aos períodos não alcançados pela decadência, portanto, no mérito propriamente, observo que na Informação Fiscal o autuante acatou as alegações defensivas e procedeu aos ajustes e correções que se fizeram necessárias, o que resultou na redução do valor originalmente exigido de R\$ 234.381,79, para R\$ 212.792,55, conforme demonstrativo que elaborou.

Verifico também que o impugnante, cientificado do resultado da Informação Fiscal, se manifestou reconhecendo a procedência parcial da autuação, com os novos valores apresentados pelo autuante, contudo, com a exclusão dos valores decaídos, apresentando um demonstrativo no valor total de R\$ 172.942,95 de ICMS devido.

Ocorre que no referido demonstrativo apresentado pelo autuado, no período referente ao mês de julho de 2015, consta o reconhecimento referente ao período de 16/07/2015 a 31/07/2015, no valor de R\$ 2.937,01, quando o valor revisado pelo autuante é de R\$ 6.503,31, valor este que deve ser mantido, em face ao que foi dito acima, no tocante a não ocorrência da decadência no período de 31/07/2015.

Diante disso, a infração 2 é parcialmente procedente no valor de R\$ 176.509,25, conforme

demonstrativo de débito abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO (R\$)
31/07/2015	6.503,31
31/08/2015	7.001,61
30/09/2015	5.793,04
31/10/2015	7.730,10
30/11/2015	6.832,02
31/12/2015	8.916,72
31/01/2016	6.972,27
28/02/2016	9.403,38
31/03/2016	10.323,53
30/04/2016	12.512,75
31/05/2016	11.068,69
30/06/2016	11.420,30
31/07/2016	11.682,31
31/08/2016	10.065,47
30/09/2016	9.643,72
31/10/2016	13.599,52
30/11/2016	11.705,16
31/12/2016	15.335,35
TOTAL	176.509,25

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298951.0002/20-0, lavrado contra **LUIZ FERNANDO AMANCIO DE SOUZA – E-PP**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 176.509,25, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA– JULGADOR