

A. I. N° - 279733.0006/21-3
AUTUADO - IPIRAI COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - DAT NORTE / INFACZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05/04/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0038-01/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A exigência da antecipação parcial decorre de preceito legal. Todavia constatando-se que as saídas subsequentes das mercadorias foram tributadas normalmente, deve ser exigida apenas a multa percentual, conforme dispõe o art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente subsistente. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 2.215.310,19, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado o cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01 – 007.015.001: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2018; janeiro a dezembro de 2019; e janeiro a agosto de 2020.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 16/08/21 (DTE à fl. 11) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 18/10/21, peça processual que se encontra anexada às fls. 36 a 45. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos à fl. 35.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicialmente salienta que sempre recolheu o ICMS Normal das operações posteriores, dessa forma roga para a aplicação do quanto previsto no §1º do art. 42 da Lei 7.014/96, a fim de lhe ser afastada do auto de infração, a cobrança do ICMS por Antecipação Parcial, afirmando que já recolheu a integralidade do referido imposto nas operações posteriores.

Em seguida argui como preliminar de nulidade que foi extrapolado o prazo 90 dias para a conclusão dos trabalhos sem que houvesse a prorrogação por escrito.

Diz que a fiscalização iniciou-se através da expedição do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais e concluiu suas atividades em 28/06/2021, conforme Auto de Infração / Termo de encerramento das atividades fiscalizatórias.

Assinala que passaram-se mais de 120 dias para conclusão dos trabalhos, sem que houvesse qualquer comunicado formal de sua prorrogação, conforme estatui o § 1º do art. 28 do DECRETO N° 7.629/1999, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, que transcreve, além de mencionar também o inciso I, do art. 18 do aludido RPAF.

Considera que tendo expirado o prazo de fiscalização de 90 dias após seu início, o Auditor Fiscal se tornou incompetente para o exercício daquela fiscalização.

Conclui que o presente auto de infração deverá ser considerado nulo desde a origem, por estar eivado de nulidades que atingem frontalmente o sistema jurídico administrativo.

Caso contrário, entende que deve ser oportunizado à Impugnante a possibilidade do exercício do direito ao instituto da denúncia espontânea, por força da prorrogação da fiscalização sem a devida notificação ao sujeito passivo.

Registra que o aludido § 1º está em desacordo com o parágrafo único do art. 138 do CTN, pois este somente permite a denúncia espontânea, antes do início de qualquer medida fiscalizatória.

Pontua ser nítido o descompasso que existe entre o RPAF e o CTN, bem como em relação aos princípios gerais de Direito Administrativo, cuja tese resume em dois tópicos inclusos em sua impugnação.

Dizendo ser confiante que as razões preliminares sejam acatadas, aduz que em louvor ao debate, enfrenta também o mérito do auto de infração.

Assevera que além de ter pago parcialmente e/ou parcelado integralmente os tributos devidos nas operações posteriores, o autuante desconsiderou o salutar entendimento das normas tributárias, atinentes à Antecipação Parcial, notadamente no que se refere a dispensa de cobrança do ICMS Por Antecipação Parcial no caso de recolhimento do ICMS Normal.

Pontua que a cobrança ora exigida termina por incidir em bis in idem, o que desde já requer o seu afastamento a fim de evitar enriquecimento indevido ao Estado da Bahia.

Afirma que as competências referentes ao ICMS regime normal, objeto do A.I., foram recolhidos tempestivamente e/ou incluídos em parcelamentos recentes, conforme PAFs que lista à fl. 42.

Registra que os protocolos de parcelamento em anexo, demonstram que o Impugnante os fez antes mesmo de iniciar a auditoria em tela.

Cita que o art. 309, II do Decreto 13.780/2012 permite a compensação do valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de contacorrente fiscal no período em que ocorrer o recolhimento.

Noutras palavras, diz que resta cristalino o entendimento de que não é cabível o bis in idem e/ou o recolhimento de ICMS em duplicidade.

Volta a mencionar as disposições do §1º da alínea d do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96, que determina que, no caso de não recolhimento tempestivo do imposto por antecipação parcial, este fica dispensado, porém deve incidir a multa de 60% do valor devido, desde que restar comprovado o seu pagamento posteriormente.

Ao final requer:

- a) Que sejam acatados os argumentos grafados nas preliminares de nulidade do auto de infração, por quanto, em face das alegações apresentadas maculam todo o trabalho do fisco;
- b) Sucessivamente ao pedido acima, caso não seja considerado relevante o motivo para a nulidade do auto de infração, ora combatido, que seja oportunizado à Impugnante o exercício do direito ao instituto da denúncia espontânea, em razão do quanto disposto na 2º parte do §1º do Art. 28 do RPAF por força da prorrogação da fiscalização sem a devida notificação ao sujeito passivo.
- c) No mérito, roga pela exclusão do auto de infração do ICMS por Antecipação Parcial pago e/ou parcelado antes mesmo do início dos trabalhos fiscalizatórios, conforme comprovantes em anexo;
- d) Que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário posto em discussão, por ser de Direito.
- e) Roga ainda pela juntada posterior de novos documentos de defesa.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 55/57, inicialmente rebatendo a preliminar de nulidade em função da alegação de que se passaram mais de 120 dias para a conclusão da fiscalização.

Esclarece que a intimação ao contribuinte foi efetuada no dia 06/05/2021, para apresentação de

livros e documentos para a fiscalização, tendo o contribuinte tomado ciência no mesmo dia (06/05/2021), conforme fls. 50 a 52. Informa que ainda no prazo legal, foi feita nova intimação para apresentação de livros e documentos (prorrogação da fiscalização) no dia 26/07/2021, conforme documento à fl. 53. Diante disso, considera afastada a preliminar de nulidade em função dos prazos de realização da fiscalização.

Ressalta que todo o processo de intimação para fiscalização foi realizado através do sistema Domicílio Tributário — DT-e, da Secretaria da Fazenda da Bahia, ao qual o contribuinte tem acesso e tomou as devidas ciências nos prazos regulamentares, conforme trechos que traz à colação do Regulamento do Processo administrativo Fiscal - RPAF (art. 108, § 3º):

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá serfeita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II- no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.

Diz que pelas informações prestadas na defesa, depreende-se que os valores referentes à antecipação parcial, bem como o ICMS normal, não foram recolhidos.

Com relação ao art. 309 do RICMS citado pelo autuado, destaca que o crédito é constituído pelo efetivo pagamento da antecipação parcial. Aduz que o fato de indicar a existência da Antecipação Parcial, não constitui crédito a ser apropriado pelo contribuinte em seu conta corrente, e que a compensação com o imposto apurado se materializa pelo recolhimento da Antecipação Parcial.

Quanto aos parcelamentos citados na defesa, diz referir-se a uma diversidade de créditos já constituídos pelo Fisco, inclusive já inscritos em dívida ativa.

Enfatiza que o crédito da antecipação parcial é direito do contribuinte na medida em que ele a tenha pago anteriormente à apuração do ICMS Normal.

Pontua que o parágrafo 1º, do artigo 42 da Lei 7.014/96, destaca a necessidade de o contribuinte “comprovadamente” ter efetuado o recolhimento do ICMS normal para dispensa de cobrança da antecipação parcial.

Ressalta que salvo os meses de maio, junho, agosto e dezembro de 2018, cujos valores foram pagos com atraso, todos os meses do período fiscalizado foram cobrados através de lavratura de Débito Declarado, não sendo em nenhum dos casos, feita denúncia espontânea por parte do contribuinte, como inconsistentemente alegado na defesa.

Todavia expõe que entendendo o órgão julgador pela não cobrança dos referidos valores da antecipação parcial, uma vez que a cobrança efetuada pela lavratura dos Débitos declarados equivale ao pagamento (cobrança) do ICMS Normal, deve ser aplicada a multa de 60% sobre o valor que deveria ter sido recolhido, conforme preceitua o artigo 42, inciso II, alínea d.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com observância aos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99. A descrição dos fatos, considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Em relação à alegação da extração do prazo para a conclusão da fiscalização, como bem frisou o autuante a intimação ao contribuinte, para apresentação de livros e documentos, foi efetuada no dia 06/05/2021, tendo o autuado tomado ciência nesse mesmo dia (fls. 50 a 52). No

dia 27/07/2021 foi feita nova intimação, mencionando tratar-se de “Termo de Prorrogação de Fiscalização”, à fl. 53, quando o contribuinte deu nova ciência.

A partir dessa segunda intimação foi efetuada a verificação fiscal que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração em 28/06/2021, com ciência do sujeito passivo em 16/08/2021 (fl. 11), ou seja, em menos de 30 dias contados da segunda intimação, onde a fiscalização foi prorrogada.

Saliento, ainda, que a ordem de serviço é um documento interno da administração fazendária, cuja emissão não interfere na constituição do crédito tributário, nem acarreta qualquer prejuízo ao Autuado, que exerceu seu direito de defesa sem qualquer cerceio.

Destarte, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, já acima citado, não havendo do que se falar de nulidade do feito.

No mérito, o presente lançamento de ofício exige ICMS, imputando ao autuado a falta de recolhimento da antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O autuado afirmou que apesar de não ter efetuado o referido recolhimento, realizou a tributação normal do imposto nas saídas.

O autuante, apesar de alegar inicialmente de que o autuado não realizou o pagamento do ICMS normal de forma tempestiva, reconheceu que, salvo os meses de maio, junho, agosto e dezembro de 2018, cujos valores foram pagos com atraso, nos demais períodos fiscalizados o crédito tributário foi cobrado através de lavratura de Débito Declarado.

Portanto, como restou evidenciado que as operações questionadas foram tributadas nas saídas, quer através de pagamentos com atraso ou cobradas através de Débitos Declarados, e diante do que prevê o art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/96, deve ser exigida nessa autuação, apenas a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial na entrada, prevista no inciso II, “d”, do mesmo artigo acima mencionado.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, tendo em vista permanecer a exigência apenas da multa relativa à infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279733.0006/21-3, lavrado contra **IPIRAI COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da penalidade pecuniária no montante de **R\$ 1.329.186,12**, prevista no art. 42, inciso II “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96, mais os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR