

A.I. Nº - 210372.0012/19-0
AUTUADO - NMD NEW MODEL DIAGNOSTIC LTDA.
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/12/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0241-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o pagamento do ICMS a título de antecipação parcial, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Comprovado o imposto devido. O contribuinte não efetuou qualquer recolhimento do imposto devido por antecipação parcial nas aquisições interestaduais. Rejeitado pedido de nulidade. Rejeitado a arguição de decadência. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 15/05/2019, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$ 140.819,33, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 07.21.03: 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 nas aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, referente aos períodos de janeiro a maio, julho a dezembro de 2014, janeiro a abril, junho a outubro, dezembro de 2015, março, abril, junho, julho, setembro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017 e março a dezembro de 2018.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96 c/com o art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS/2012.

Irresignada, a autuada, através de sua Advogada, impugnou o lançamento, fls. 220 a 235, onde inicialmente demonstrou ser tempestiva a defesa, relatou os fatos e se disse “*desapontada*” com a lavratura do Auto de Infração, a despeito de todos os seus cuidados, bem como o comprometimento dispensado durante o procedimento de fiscalização.

Argui nulidade do lançamento por entender que houve cerceamento do direito de defesa em razão de não ter recebido em meio magnético os anexos, demonstrativos ou listas de notas fiscais, o que afirma ter limitado a verificação da fidedignidade dos lançamentos com a realidade, vez que lhe foi entregue listas de notas fiscais com grande quantidade de páginas, em papel, o que diz ter dificultado a contagem de notas fiscais arroladas.

Assegura que tal procedimento o impediu de saber ao certo se os lançamentos são íntegros, haja vista que por amostragem detectou várias inconsistências e sugere que o autuante deveria ter gravado em CD ou DVD os relatórios e demonstrativos que foram anexados apenas em papel, em formato PDF editável ou Excel, de forma a proporcionar ao contribuinte a possibilidade de se defender de forma razoável no prazo de sessenta dias.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração de acordo com o art. 18, inc. II, do RPAF/99.

Argui decadência para os valores exigidos referentes aos fatos geradores anteriores a 15/05/2014, conforme previsão do art. 150, § 4º do CTN, fazendo em seguida uma explanação sobre o que estabelece o art. 156, inc. V, do CTN, como modalidade de extinção do crédito tributário.

Pondera que no ICMS o lançamento ocorre por homologação, à exceção da regra prevista no art. 173, inc. I do CTN, utiliza-se a regra peculiar prevista no § 4º do art. 150 do CTN, cuja homologação é firmada após cinco anos da ocorrência do fato gerador.

Argumenta que, tendo a ciência da autuação ocorrida em 15/05/2019, todas as competências anteriores a 15/05/2014 estariam alcançadas pela decadência, ou seja, os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram entre 01/01/2014 e 14/05/2014.

Traz à luz, doutrina defendida por Leandro Paulsen acerca do prazo decadencial de cinco anos, quando a homologação ocorre por lançamento, computado a partir ocorrência do fato gerador, assim como doutrina de Sacha Calmon Navarro Coelho, que entende ratificar o posicionamento externado na defesa.

Transcreve ementas de julgados pelo STF acerca da matéria e trecho do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0 para concluir que tanto a doutrina e a jurisprudência da própria administração pública estadual, concordam que se houver o pagamento do imposto, mesmo a menor, prevalecerá o prazo estabelecido no art. 150, § 4º, ou seja, cinco anos a contar da data da ocorrência do fato gerador da obrigação principal.

Ressalta que apurou, declarou e recolheu o ICMS, na condição de Simples Nacional, cumprindo suas obrigações principais e acessórias, conforme extratos de recolhimentos, bem como as declarações entregues a Secretaria da Fazenda da Bahia.

Reproduz trecho do Acórdão CJF nº 0289-11/16 e argumenta que amparada pelo parágrafo único do art. 173 do CTN, levando-se em consideração que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário, mediante a realização de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, esta foi materializada pela entrega das DASN – Declaração Anual de Faturamento do Simples Nacional e da geração e pagamento do documento de arrecadação – DAS, gerado pelo PGDAS-D, e demais obrigações principais e acessórias, entregues ao Fisco.

Requer o reconhecimento da decadência para os créditos do período de 01/01/2014 a 14/05/2014.

Ao abordar o mérito, afirma que a antecipação parcial estabelecida no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, o § 1º preconiza que a antecipação do ICMS não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção, não incidência, antecipação ou substituição tributária que encerre a fase de tributação.

Declara que exerce a atividade de comércio de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, isentos de ICMS, conforme Convênio 01/99 e art. 264, inc. XXIV do RICMS/2012, assim, justifica que as mercadorias arroladas são isentas de ICMS, como por exemplo, aquelas de NCM/SH: 9018.90.99, 3006.10.90 e 9021.10.20.

Diz juntar aos autos, de forma exemplificativa, notas fiscais de aquisições de produtos constante no levantamento, que pela sua natureza são isentas de ICMS, portanto, fora do alcance da antecipação parcial, e afirma que as saídas atestam que os produtos vendidos são isentos de ICMS, de acordo ANEXO II.

Explica que com o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015 ocorreu a redefinição da distribuição do ICMS nas vendas para não contribuinte, rateando o imposto entre os estados de origem e de destino a partir de 2019 e registra que em diversas operações autuadas os remetentes equivocadamente entenderam que as vendas se destinavam a não contribuinte e realizou o pagamento do imposto, inclusive da diferença de alíquota, para os estados envolvidos nas

operações. Portanto, defende que a Bahia já recebeu o valor referente a tributação da diferença de alíquota, não podendo prosperar o lançamento, sob pena da ocorrência de *bis in idem*, tendo juntado, também de forma exemplificativa, notas fiscais de aquisição que tiveram o pagamento da diferença de alíquota, descrita no campo observações, pelo remetente da mercadoria, ANEXO III.

Aduz que a multa de 60% sobre o tributo exigido, atinge elevado percentual do seu faturamento, afigurando-se inconstitucional, por afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e de proibição de tributação com efeito de confisco, conforme previsto no art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, que reproduz.

Leciona que o texto não veicula literalmente a proibição de utilizar multas tributárias com efeito confiscatório, sendo essa a posição unânime da doutrina e jurisprudência, conforme se vê dos ensinamentos de Leonardo e Silva de Almendra Freitas e Heron Arzua e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551-1/RJ, reconheceu a proibição da utilização das multas tributárias com efeito confiscatório.

Frisa que a aplicação de multas nestes patamares, além de confiscatória, inviabiliza suas atividades, razão pela qual pugna pela redução da mesma, sob pena de ferir princípios constitucionais.

Transcreve ementas de julgados no STF e decisões proferidas pelos TRF da 1ª e 5ª Regiões, em que as multas impostas são reduzidas ao patamar de “30% (*vinde por cento*)”, ante o reconhecimento do caráter confiscatório que permeiam multas em percentuais de 60%.

Requer que as multas sejam excluídas integralmente.

Afirma ter envidado esforços a fim de ofertar condições de trabalhos ao autuante, dispondo todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos, planilhas, entre outras informações, para que os procedimentos pudessem ser realizados pela fiscalização, razão pela qual entende ser desproporcional e desmedida a aplicação das multas nos patamares indicados, eis que não agiu com dolo, fraude ou simulação.

Pugna pelo reenquadramento e cancelamento das multas infligidas com base no art. 158 do RPAF, pois assevera que não incorreu em dolo, fraude ou simulação, bem como não impediu a realização de nenhuma etapa da fiscalização, nem deu causa que a obrigação tributária principal fosse prejudicada e, subsidiariamente, pleiteia a sua redução a patamares aceitáveis, quais sejam os mínimos estabelecidos em lei.

Por fim solicita que seja julgado nulo o Auto de Infração, e se assim não for decidido, que sejam julgadas improcedentes as infrações impugnadas.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 305 a 310, onde inicialmente reproduziu a infração e avaliou que os argumentos da defesa são meramente protelatórios, vez que não têm nenhum fundamento, além de não representarem nenhum fato novo que justifiquem as irregularidades apuradas.

Quanto ao mérito, ressalta que a Fiscalização observou as normas tributárias pertinentes, e, portanto, entende que a ação está amparada pela legalidade, em conformidade com o ordenamento jurídico, inclusive, com a Constituição Federal, o CTN, o RICMS/2012 e a legislação do Simples Nacional.

Assevera que a defesa não traz aos autos provas capazes de ilidir a acusação e sustentar as frágeis alegações, ou seja, não foi apontado de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do ICMS exigido.

Informa que o sujeito passivo foi indicado para ser fiscalizado, conforme Ordem de Serviço nº 501591/19, em razão de não estar recolhendo o ICMS antecipação parcial. Na ação fiscal foram

detectadas algumas infrações, consignadas em dois Autos de Infração: um de nº 2103720009/19-9 e outro, este em discussão.

Afirma que a autuada litiga de má fé, quando tenta alterar as verdades dos fatos, relatando à fl. 234 que disponibilizou à fiscalização todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos, dentre outras informações, pois, em 17/05/2019, quando da ciência do Auto de Infração, declarou que recebeu também os relatórios do AUDIG, e que deixou de apresentar toda documentação, visto que não estavam escriturados, fl. 311.

Registra, que a autuada lhe entregou apenas cópias de notificações de autuações feitas pela Fiscalização no Trânsito de Mercadorias, onde constam notas fiscais de aquisições sobre as quais o ICMS já havia sido recolhido, portanto, foram excluídas do levantamento.

Ressalta que a autuada falta com a verdade quando define sua atividade econômica como sendo comércio de equipamentos e insumos destinados a prestação de serviço de saúde, isentos de ICMS, conforme legislação que cita, pois, está inscrita no cadastro com a atividade econômica principal de comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos.

Quanto as mercadorias de NCM/SH 9018.90.99, 3006.10.90 e 9021.10.20, ressalta que a autuada apenas exemplificou e não indicou quais foram as notas fiscais que estão incluídas, haja vista que a empresa remetente das mercadorias em algumas notas fiscais, indicou a NCM/SH, contudo, discriminou o produto diferente do que foi declarado pela autuada. Portanto, jamais as citadas mercadorias poderiam ser contempladas pelo art. 264, inc. XXIV do RICMS/2012 e Convênio ICMS 01/99, todos transcritos.

Diz ter efetuado uma pequena amostragem, conforme relaciona, para deixar claro que empresa remetente das mercadorias se utiliza da mesma NCM/SH em algumas notas fiscais, mas, a discriminação do produto é totalmente diferente.

Afirma que a autuada desconhece a legislação tributária quando requer a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, decadência do crédito, sendo que ao longo dos anos vem cometendo esta irregularidade.

Por fim, solicita que o Auto de Infração, seja julgado totalmente procedente, por ser de direito e justiça.

Em 31 de janeiro de 2020 os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiram converter o processo em diligência à INFAZ – Varejo, para que a autuada fosse intimada a apresentar no prazo de dez dias, documentos e comprovantes de recolhimentos efetuados pelos remetentes das mercadorias em favor do Estado da Bahia relativo aquelas mercadorias recebidas, cujo imposto fora recolhido a título de ICMS – Diferença de Alíquotas, conforme consignado na defesa e para que o autuante procedesse a verificação no levantamento da existência de itens contemplados pela isenção do ICMS prevista no art. 264, inc. XXIV do RICMS/2012 e, se for o caso, os excluísse do levantamento.

O autuante prestou nova informação, fls. 320 a 324, onde após considerar aquelas já prestadas, frisou que os exemplos de mercadorias apresentados na defesa não estão relacionados no Anexo Único do Convênio ICMS 01/99.

Cita como exemplos a nota fiscal nº 002.050, cujas mercadorias estão classificadas com a NCM/SH 9018.90.99 e a descrição é *Lâmina Reciprocante S-A-CAA* e a nota fiscal nº 014.865, cujas mercadorias estão descritas como *Lâminas para Micro Serras Rezek – SR 010 T*, tem a mesma NCM/SH, assim como as notas fiscais números 008.075 e 011.293, com a mesma NCM/SH 9021.10.20, trazem mercadorias com descrições distintas.

Conclui que dessa forma jamais tais mercadorias poderiam ser enquadradas no Convênio ICMS 01/99, portanto, não estariam contempladas com a isenção prevista no art. 264, inc. XXIV do RICMS/2012.

Transcreve o Anexo Único do Convênio ICMS 01/99 e afirma que o contribuinte foi intimado para apresentar os comprovantes de recolhimento do ICMS-DIFAL, em 04/09/2020 e transcorrido o prazo de dez dias, não se manifestou.

Solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

À fl. 325 consta a notificação encaminhada a autuada via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, postada em 04/09/2020, lida no mesmo dia, para que apresentasse os comprovantes de recolhimento do ICMS-DIFAL e a fl. 327 outra mensagem postada em 21/03/2021, concedendo o prazo de sessenta dias para manifestação.

A autuada retornou aos autos em manifestação, fls. 330 a 348, onde demonstrou a tempestividade da manifestação, reproduziu a infração e o teor da diligência.

Pontua que a intimação de 29/03/2021 não trouxe nenhum dos anexos ou documentos requeridos pela diligência, assim, conclui ter sido ineficaz a diligência, fato que torna o lançamento nulo.

Quanto a falta de termos e intimações, lembra que o Auto de Infração é um ato que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos necessários para sua validade, ou seja, exige-se que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça a forma prescrita em lei, art. 104 do Código Civil.

Acrescenta que por ser um ato administrativo, ou seja, um ato jurídico praticado por autoridade pública competente e tem por finalidade apurar infrações, de maneira vinculada.

Reproduz o art. 18 do RPAF para destacar que houve flagrante cerceamento ao direito de defesa por falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração.

Transcreve lição de Plácido e Silvan e doutrina de Hely Lopes Meirelles sobre a Teoria da Nulidades, para afirmar que um ato administrativo praticado em desconformidade com disposto em lei, fere diretamente ao princípio da legalidade, deve ser decretado nulo. Fato que diz ter ocorrido no caso em análise.

Assevera que não tomou ciência de que estava sendo fiscalizada, não recebeu cópia do Termo de Início e Fiscalização e não foi intimada a apresentar livros ou documentos, ou seja, nenhum dos documentos previstos no art. 26 do RPAF. Reproduzindo ementa do Acórdão JF nº 0030-03/21, e parte do voto, ressalta que a nulidade neste caso se deu pela falta de intimação ou do termo de início de fiscalização.

Copia lições de Alberto Xavier acerca da instrução do procedimento que tem a finalidade de descobrir a verdade material, a livre apreciação das provas e sua admissibilidade.

Reitera seu pedido de nulidade do lançamento por lhe faltar um elemento essencial e por cerceamento do direito de defesa, em razão de não ter recebido em meio magnético os anexos, demonstrativos ou listas de notas fiscais.

Argui não ser aceitável que atualmente a fiscalização feita através do SPED, de notas fiscais eletrônicas, um Auto de Infração de alto valor, apresente listas de notas fiscais com grande quantidade de páginas apenas em papel, fato que diz ter cerceado seu direito de defesa.

Repisa seu pedido de decadência para os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram entre 01/01/2014 e 14/05/2014, reproduzindo os argumentos da defesa e acrescentando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no AgRg no REsp 1182862/RS, cuja ementa reproduz.

Defende com os mesmos argumentos da defesa a inaplicabilidade das exigências do ICMS – antecipação parcial nas operações arroladas e a exorbitância da multa aplicada, requerendo sua redução ou exclusão.

Pugna pela improcedência do lançamento, se não for decretada a nulidade já requerida.

O autuante prestou nova informação, fls. 351 e 352, onde atestou a intempestividade da manifestação, tendo em vista os fatos que relata, sob as mesmas justificativas já apresentadas na sua última informação e conclui pedindo pela procedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo, optante pelo Simples Nacional a acusação de não proceder ao recolhimento do ICMS – Antecipação Parcial referente a aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, destinadas à comercialização.

Inicialmente, analisando as questões formais, verifico que o lançamento atende a todos os requisitos legais, estando presentes os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

Consta à fl. 07, cópia do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, com ciência do contribuinte em 09/04/2019, tendo, dessa forma, tomado conhecimento do início da ação fiscal atendendo ao disposto no art. 26, inc. III do RPAF/99, fato que desmonta o argumento defensivo de que o Auto de Infração carece dos elementos essenciais exigíveis no processo administrativo tributário.

A impugnação foi interposta dentro do prazo regulamentar, não existindo caracterização de intempestividade, estando a signatária apta a apresentá-la.

Preliminarmente a autuada suscitou nulidade do Auto de Infração em virtude de entender que houve cerceamento de defesa, *“por não ter recebido em meio magnético os anexos, demonstrativos ou listas de notas fiscais, o que limita sobremaneira a possibilidade de verificar se os lançamentos estão fidedignos à realidade”*.

O RPAF/99, efetivamente determina no seu art. 8º, § 3º que as peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado – PGE e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

Constato que o autuante, além de aportar aos autos cópias impressas dos demonstrativos e de todas as notas fiscais arroladas no lançamento, gravou todos os papéis de trabalho no CD, fl. 303, fato que demonstra o cumprimento do disposto no retro citado dispositivo do RPAF/99.

Quanto a alegada falta de entrega dos demonstrativos e relação das notas fiscais, verifico não ter amparo, haja vista que o próprio contribuinte atestou, conforme cópia de declaração, fl. 311, que recebeu do autuante, cópia do Auto de Infração, os anexos do cálculo da receita apurada, apuração do ICMS, do AUDIG, referente aos exercícios de 2014 a 2018 e ainda confessou ter deixado de apresentar toda a documentação requerida pela intimação da Fiscalização de 09/04/2019, visto que não estavam escriturados.

Portanto, não vislumbro elementos que possa justificar o argumento de ocorrência de cerceamento de defesa, pois, o contribuinte, teve acesso a todas as informações, elementos e demonstrativos que permitisse elaborar sua defesa, o que fez, abordando os pontos que julgou suficientes para elidir a infração.

Pelo exposto, por inexistência de suporte fático e jurídico, rejeito o pedido de nulidade.

Em arguição prejudicial de mérito, a autuada alegou a ocorrência de decadência para os valores exigidos referentes aos fatos geradores anteriores a 15/05/2014, conforme previsão do art. 150, § 4º do CTN, argumentando que tomou ciência da autuação em 15/05/2019, e, portanto, estariam

alcançadas pela decadência os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram entre 01/01/2014 e 14/05/2014.

Em seus argumentos para requerer a decadência, a autuada defendeu a aplicação da regra prevista no § 4º, do art. 150 do CTN, cuja homologação é firmada após cinco anos da ocorrência do fato gerador, situação que entende se ajustar ao presente caso.

Sobre a decadência, o Código Tributário Nacional no seu art. 150, § 4º manda que a contagem do prazo decadencial seja a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, pois assim está disposto:

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.

Já o art. 173, inc. I do citado CTN considera a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando o contribuinte omite a realização da operação tributável, ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

É o que se extrai da leitura do citado dispositivo conforme a seguir transcrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Lembro que o ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido.

De fato, na forma posta pelo sujeito passivo, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de cinco anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser a data de ocorrência do fato gerador, conforme regra do art. 150, § 4º do CTN, ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante disposição do art. 173, inc. I, do citado CTN.

Ressalto que este entendimento foi externado pela Procuradoria Fiscal da PGE, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, já pacificado no âmbito deste CONSEF, que assim prescreve: “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.” Ficando ressalvado o caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando se aplicaria a regra do art. 173, inc. I do CTN.

De outra forma, a contagem do prazo decadencial ocorreria do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I do CTN, segundo o citado Incidente de Uniformização quando: “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, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; 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 valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.

Considerando a Súmula nº 12 do CONSEF: “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração” e que no caso, a data de ciência do lançamento, efetuado na forma do art. 108 do RPAF/99, se realizou em 17/05/2022, conforme recibo, fl. 03, esta é a data a ser considerada como referência para contagem do lapso temporal de 5 anos a partir da ocorrência dos fatos geradores.

A infração 01 exige o imposto decorrente da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial. Desse modo, o lançamento em análise se conforma com os casos das infrações em que, registrando as notas fiscais nos livros próprios, o sujeito passivo declarou as operações, porém, não apurou o imposto relativo a tais operações, nem efetuou o pagamento de imposto, portanto, aplica-se a regra prevista no art. 173, inc. I do CTN.

Destarte, não se processou a decadência para os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram entre 01/01/2014 e 14/05/2014, pois a Fazenda Pública, tendo constituído o crédito tributário em 15/05/2019, data da ciência, fl. 03, tem o direito a constituir os créditos tributários cinco anos antes, ou seja, para os fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2014.

No mérito, a exigência do ICMS antecipação parcial se fundamenta no art. 12-A da Lei nº 7.014/96. A defesa argumentou não caber a exigência em razão do § 1º do citado dispositivo legal, prevê que a antecipação do ICMS não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção e como se dedica a atividade de comércio de equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, isentos de ICMS, conforme Convênio 01/99 e art. 264, inc. XXIV do RICMS/2012, diz que as mercadorias arroladas são isentas de ICMS.

A defesa juntou aos autos, de forma exemplificativa, notas fiscais de aquisições de produtos constante no levantamento, que entende acobertadas pela isenção ICMS. Aduziu ainda que em diversas operações, os remetentes equivocadamente, efetuaram o pagamento do ICMS-DIFAL, para os estados envolvidos nas operações, não podendo prosperar o lançamento, sob pena da ocorrência de *bis in idem*, tendo juntado, também de forma exemplificativa, notas fiscais de aquisição sobre as quais afirmou terem ocorrido o pagamento da diferença de alíquota, descrita no campo observações, pelo remetente da mercadoria.

Sobre tais argumentos, ressalto que a diligência determinada por esta Junta de Julgamento, intimou a autuada para que juntasse aos autos os comprovantes de recolhimento do ICMS-DIFAL direcionado aos cofres baianos, sem que tenha sequer se manifestado ou apresentado qualquer documento nesse sentido.

Quanto a arguida isenção que porventura albergaria parte das operações, o sujeito passivo, apenas citou exemplos, deixando de apontar os fatos específicos, valores, datas das operações, sendo que o fato de desenvolver a atividade econômica com o CNAE-Fiscal 4773-3/00 – Comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos, não tem o condão de isentar suas operações de aquisições, sendo necessário demonstrar caso a caso quais operações estariam acobertadas pela isenção prevista no Convênio 01/99 e art. 264, inc. XXIV do RICMS/2012.

Lembro que o art. 123 do RPAF/99, prevê ser assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação tempestiva do Auto de Infração, contudo observando o que determina o § 5º do citado artigo:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Considerando que não foram trazidos pela defesa quaisquer prova dos argumentos aduzidos e ainda o que determina os art. 141 a 143 do mesmo RPAF/99, a seguir transcrito, a infração encontra-se caracterizada:

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao pedido de redução da multa ou mesmo sua exclusão, lembro que este órgão de julgamento administrativo carece de competência legal para tal. Portanto, deixo de apreciar o requerimento.

Ademais a multa proposta está prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, portanto, legal, fato que impede esta Junta de Julgamento apreciar sua exclusão tendo em vista o que prevê o art. 167, inc. III do RPAF/99, ou seja: não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210372.0012/19-0**, lavrado contra **NMD NEW MODEL DIAGNOSTIC LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 140.819,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR