

A. I. N° - 210372.0034/20-7
AUTUADO - SP GÁS SOLUÇÕES EM INSTALAÇÃO DE GÁS LTDA.
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 14/05/2024

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0076-03/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. É devido o imposto na entrada do território do estado da Bahia nas aquisições de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização. O Autuado não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal. Afastada decadência arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 14/08/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 55.557,88, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 007.021.003 – falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro a junho, setembro a dezembro de 2015, e janeiro de 2016, no valor de R\$ 22.704,96;

Infração 02. 007.021.004 – efetuou recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro a maio, julho a dezembro de 2016, janeiro, abril a setembro, novembro e dezembro de 2017, janeiro, fevereiro, abril a julho, setembro, a dezembro de 2018, maio a julho e setembro de 2019, no valor de R\$ 32.852,92.

O autuado impugna o lançamento fl. 291. Diz que há valores no extrato de cobranças que já foram recolhidos em guia de ICMS antecipado, conforme planilhas que anexa.

Solicita a adoção de medidas para que se regularize a cobrança, retificando a intimação e os valores abordados.

O Autuante presta informação fiscal fls. 301/302. Contesta veementemente a defesa aduzida pela autuada, tendo em vista que foram observadas todas as normas previstas na legislação, quanto às formalidades inerentes aos procedimentos fiscais.

Sob o ponto de vista do mérito, afirma que a defesa, não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal e que sustentem as suas frágeis alegações.

Explica que a autuada foi indicada para ser fiscalizada conforme Ordem de Serviço nº 504007/20, visto que não vinha recolhendo corretamente o ICMS antecipação parcial. Além do mais, deixou de efetuar o recolhimento do referido imposto nos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho, setembro, novembro, dezembro/2015 e janeiro/2016.

Explica que em alguns meses de 2016, o Autuado calculava o ICMS antecipação parcial excluindo

o valor do IPI, quando o correto seria incluir também, o IPI na base de cálculo.

Por outro lado, verifica que o Autuado anexou em sua peça defensiva uma planilha de cálculo ICMS antecipado, que após análise, constata que os valores do ICMS antecipação parcial recolhido, são iguais ao relacionados na Planilha que serviu de base para lavratura do auto de infração (*ICMS Recolhido pela Empresa*).

Observa que na planilha que serviu de base para lavratura do auto de infração, existe um maior número de notas fiscais, enquanto a planilha apresentada pela Autuada o número é bem menor. Para a Planilha que serviu de base para lavratura do auto de infração, na coluna (*Alíquota de Redução*), algumas vezes, o ICMS antecipação parcial foi recolhido fora do prazo. Portanto, nestes casos, a Autuada perde direito a redução de 20%.

Por outra banda, todas as planilhas que serviram de base para a lavratura do auto de infração, estão anexadas das cópias das notas fiscais, bem como dos DAEs respectivos.

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

No dia anterior ao pautado para julgamento (11.04.2024), o patrono do Autuado atravessou petição requerendo adiamento da sessão para o dia seguinte, considerando que sua habilitação se deu somente na véspera da citada sessão de julgamento.

Este pedido foi deferido por esta 3ª JJF, com base no art. 67, I do Regimento Interno deste CONSEF e em respeito à ampla defesa e contraditório do Autuado. Em tal oportunidade, foi suscitado ainda, a aplicação da decadência para fatos geradores anteriores a agosto de 2015.

Se manifestou também, a respeito do mérito das infrações. Disse constatar, que houve falta de clareza no procedimento fiscal em relação às duas exigências fiscais, prejudicando a perfeita compreensão do lançamento do crédito, haja vista não se compreender a demonstração da base de cálculo e mormente seu método de apuração.

Em relação à infração 02, cujo código de classificação foi 07.21.04 que está decodificada pelo texto “*Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, (...)*” afirma que o Autuante não individualiza em nenhum dos casos a nota fiscal que objeto de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial a menos.

Em seu entendimento esse fato torna incompreensível e indefensável a acusação fiscal. Ocorre que a exigência fiscal relativa à Antecipação Parcial é calculada nota a nota, havendo a necessidade de se identificar no levantamento fiscal, qual a nota fiscal que foi objeto de recolhimento a menos, pois não se trata de uma apuração mensal onde se sopresa os débitos com os créditos e se chega a um valor a recolher que eventualmente, pode ser a menos, e sim de um valor devido por cada aquisição interestadual de mercadorias. De modo que, só é possível uma defesa se for identificada a nota fiscal que foi objeto do erro que causou o recolhimento total a menos.

Acrescenta que a despeito de ser recolhido o ICMS Antecipação Parcial relativamente ao valor da somatória de todas as notas fiscais, se faz necessário para a clareza do lançamento do crédito, que se identifique qual a aquisição específica que se deixou de recolher para que exerça de forma individualizada e precisa o direito sagrado de defesa. Todavia, não é isso que se observa no presente lançamento combatido. Cita exemplos.

Posto isto, pede e espera a improcedência das exigências fiscais debatidas.

Registro a presença, na sessão de julgamento, do advogado Dr. Thiago Lopes Santana, OAB/BA nº 61.491 e do Sr. Arivaldo Lemos Santana que realizaram a sustentação oral.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por duas infrações arroladas pela fiscalização,

conforme relatadas na inicial.

O defensor arguiu nulidade do lançamento. Disse constatar, que houve falta de clareza no procedimento fiscal, em relação às duas exigências fiscais, prejudicando a perfeita compreensão do lançamento fiscal, haja vista não compreender a demonstração da base de cálculo e mormente seu método de apuração.

Em relação à infração 02, código de classificação foi 07.21.04 descrita pelo texto “*Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, (...)*” afirmou que o Autuante não individualiza em nenhum dos casos, a nota fiscal objeto de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial a menos.

Acrescentou que a despeito de ser recolhido o ICMS Antecipação Parcial, relativamente ao valor da somatória de todas as notas fiscais, se faz necessário, para a clareza do lançamento, que se identifique qual a aquisição específica que deixou de recolher, para que exerça de forma individualizada e precisa, o direito sagrado de defesa.

Analizando estas questões formais do Auto de Infração, verifico que cópia de todas as notas fiscais autuadas e o demonstrativo de débito que dá supedâneo às duas infrações imputadas ao Autuado, encontram-se apensadas ao processo, tanto de forma analítica, como sintética, fls. 10 a 284. Cópia desses elementos foram entregues ao defensor conforme documento fl. 286, e confirmado por preposto da empresa documento fl. 291.

A memória de cálculo do ato de lançamento consta do processo, além do descriptivo aritmético da sua composição e detalhamento, por nota fiscal, onde podemos constatar as seguintes colunas: Data de emissão, CNPJ, Nota Fiscal, Unidade Federada, CFOP, Valor da Nota, Crédito, Imposto, Alíquota com Redução, Imposto com Redução, seguido da síntese: ICMS efetuado no prazo com redução, ICMS recolhido pela empresa, ICMS a recolher.

Dessa forma, o presente lançamento de ofício foi efetuado de forma clara e compreensível, não se constatando qualquer violação ao devido processo legal ou mesmo arranhões aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Observo ainda, que os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, foram plenamente atendidos.

As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nas planilhas, cópias das notas fiscais e valores que foram recolhidos pelo Autuado. Ademais pela própria manifestação do contribuinte, que apontou dados do levantamento fiscal, depreende-se que entendeu perfeitamente do que foi acusado, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

O defensor alegou, a necessidade de que seja cancelado ao menos parcialmente este Auto de Infração, uma vez que parte dos valores perseguidos, já foi fulminada pela decadência. Suscitou a extinção de tais créditos nas ocorrências anteriores a agosto de 2015, visto que passados mais de 05 (cinco) anos da data de ocorrência dos fatos geradores autuados.

Sobre o instituto da decadência, assim estabelece o art. 150 do CTN, “*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*”.

O § 4º desse mesmo artigo, estabelece que, “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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*”. Nestes casos, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

O entendimento firmado no CONSEF e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação, seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN. Ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos, em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

Sendo assim, 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 em discussão, o auto de infração é composto por dois itens. A infração 01 trata de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, contendo fatos geradores do exercício de 2015. A infração 02, trata da mesma matéria, mas impõe ao autuado recolhimento a menos do imposto, porém só possui ocorrências a partir do exercício de 2016.

Sendo assim, a avaliação sobre a decadência neste processo está direcionada para a infração 01 por conter fatos geradores do exercício de 2015. Como dito anteriormente neste voto, para a mencionada infração 01, em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), aplica-se a norma estabelecida no art. 173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

O auto de infração foi lavrado dia 14/08/2020 e o Autuado tomou ciência no dia 11/09/2020, valendo dizer neste caso, que a contagem para os fatos geradores de 2015, se iniciou em 01/01/2016 com termo final em 31/12/2020. Portanto, se houvesse parcelas a homologar, aquelas anteriores a setembro de 2015 estariam extintas pelo decurso do prazo para o respectivo lançamento. Entretanto, na infração 01, não há o que se homologar, considerando a inexistência de qualquer pagamento sobre os valores dos documentos autuados. Logo, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Diante do exposto, aplicando-se a legislação tributária de regência, art. 173, I do CTN, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

No mérito, o Autuado foi acusado de falta de recolhimento (infração 01) e recolhimento a menos (infração 02) do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias, provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização.

A matéria encontra-se disciplinada no art. 12-A da lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

“*Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota*

interna sobre a base de cálculo prevista no inciso II do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Em sede de Informação fiscal, o Autuante esclareceu que a empresa foi indicada para ser fiscalizada conforme Ordem de Serviço nº 504007/20, visto que não vinha recolhendo corretamente o ICMS antecipação parcial, nos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho, setembro, novembro, dezembro/2015 e janeiro/2016.

Explicou que em alguns meses de 2016, o Autuado calculava o ICMS antecipação parcial excluindo o valor do IPI, quando o correto seria incluir, também o IPI, na base de cálculo. Disse que na planilha que serviu de base para lavratura do auto de infração, o maior número de notas fiscais, comparado com os documentos apresentados na planilha da defesa, se referem a notas fiscais onde o imposto não foi recolhido, nem parcialmente.

O Fiscal apontou ainda, ICMS antecipação parcial recolhido fora do prazo, casos em que a Autuada perde direito a redução de 20%, além de cálculo do imposto sem a inclusão do IPI, conforme determina a legislação de regência.

O Autuado contestou a autuação, afirmando que a infração 02, não deveria subsistir. Disse que este item lhe imputa: “*Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial (...)*”, entretanto, examinando o levantamento fiscal encontrou notas fiscais arroladas, onde o valor do ICMS recolhido por parte da empresa está zerado, ou seja, tais documentos fiscais se adequariam a acusação descrita na infração 01 – *falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial*, ao invés da infração 02, como fez o fiscal. Apresentou entendimento que esse fato torna incomprensível e indefensável a acusação fiscal.

Afasto esta alegação, considerando que conforme já apreciado neste voto, consta deste PAF, a memória de cálculo, com absoluta clareza, sobre a irregularidade apurada na ação fiscal. Tanto é assim, que em sua manifestação fiscal, o deficiente trouxe a luz deste PAF, trecho do levantamento fiscal a título de exemplo, onde aponta de forma específica, fato, que em seu entendimento, daria azo a nulidade do lançamento.

Impende salientar que a apuração total do imposto lançado ao final de cada mês, se dá porque a apuração do imposto é mensal. O Autuante relacionou as notas fiscais sujeitas ao ICMS antecipação parcial, realizou os cálculos matemáticos pertinentes a apuração conforme determina a legislação de regência, comparou com o imposto recolhido pelo contribuinte, lançando a diferença do imposto apurada.

Cabe observar, que não ocorre mudança da matéria tributável, o fato das infrações descreverem: *falta de recolhimento e recolhimento a menos do imposto*. Não muda o enquadramento legal, nem o dispositivo da multa aplicada, que são exatamente os mesmos.

Caberia ao Autuado, elaborar demonstrativo apontando a memória de cálculo realizada para fins de recolhimento do imposto ora discutido, de cada documento fiscal relacionado no levantamento fiscal, para comprovar a ocorrência de equívocos por parte da fiscalização, conforme estabelece o art. 123 do RPAF/99, o que até esta fase processual não ocorreu.

Nesta esteira, da análise dos elementos constantes neste PAF, observo que o deficiente não apresenta provas necessárias, com o condão de elidir a acusação fiscal.

Assim, considerando que o deficiente não apresentou os documentos necessários e suficientes para extinguir ou modificar a acusação fiscal, declaro as infrações procedentes.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 201372.0034/20-7, lavrado contra SP GÁS SOLUÇÕES EM INSTALAÇÃO DE GÁS LTDA., devendo ser intimado o autuado, para efetuar o

pagamento do imposto no valor de R\$ 55.557,88, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea "d" do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

