

A.I. Nº - 232143.0055 19-9
AUTUADO - FILEMON FERREIRA PRIMO & CIA LTDA.
AUTUANTE - MILTON ANUNCIACÃO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.05.20

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-02/20

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Sem prová-la nos termos do § 5º, do art. 123, do RPAF, a alegação defensiva é de indevida inclusão de NFs no levantamento do Fisco. Afastada prejudicial de mérito relativa a extinção parcial do crédito por decadência para a Infração 01 (falta de recolhimento de imposto) e acolhida para parte das ocorrências relativas à Infração 02 (recolhimento a menos do imposto devido). Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 17/09/2019, às 13:47 hs, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$21.687,01, em decorrência das seguintes infrações:

01 – 07.21.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor: R\$21.261,49. Período: Janeiro a Dezembro 2014, Janeiro a Junho, Agosto a Dezembro 2015. Enquadramento legal: Art. 34, III, da Lei 7.014/96 C/C art. 289, § 1º, III, “b”, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, conforme previsto na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

02 - 07.21.02. Efetuou recolhimento a menor de ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor: R\$425,42. Período: Março, Julho e Outubro 2014. Enquadramento legal: Art. 34, III, da Lei 7.014/96 C/C art. 289, § 1º, III, “b”, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, conforme previsto na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa às fls. 18-22.

Reproduzindo os artigos 18 e 42, do RPAF, bem como os Acórdãos JJF 0244-04/14 e 0202-05-14/14, preliminarmente argui nulidade do AI em face de, além de lavrado por preposto fiscal incompetente (A.T.E.), foi praticado com preterição do direito de defesa e sem fundamentação.

Ademais, reproduzindo o artigo 173 do CTN, também argui decadência das ocorrências até 17/09/2014.

Antes de adentrar ao mérito do caso, também alega que o autuante incluiu NFs que já foram objeto de recolhimento do ICMS por antecipação e ainda reclamou ICMS por antecipação referente NFs de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, conforme se observa nos anexos do AI, ocasionando a “bi-tributação do imposto”.

Quanto ao mérito, diz que conforme relação de DAEs anexada pelo autuante, observa-se que a empresa recolhe regularmente o ICMS, pois recolheu R\$104.551,00 de ICMS Substituição Tributária

por operação em 2014, ICMS Simples Nacional, ICMS Antecipação Parcial e ICMS regime normal de comércio.

Fala que não descumpriu obrigação acessória nem houve falta de recolhimento de ICMS por antecipação, pois os lançamentos constam dos livros fiscais e contábeis apresentados à fiscalização.

Seguindo, escreve: “Portanto, resta provado que a suposta infração (descumprimento de obrigação acessória) acaso praticada, foi sem dolo, fraude ou simulação e não implicou falta de recolhimento de tributo”.

Sobre a falta de recolhimento de ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras UF's relacionadas nos anexos 88e 89, diz que parte das NF's relacionadas já se encontram com o ICMS por antecipação, devidamente recolhido, conforme DAE's e NF's anexas e sobre outras foi reclamada a antecipação quando a mercadoria não é enquadrada, conforme cópia de NF's, DAE's e demonstrativo anexo. Assim, diz, não se podendo considerar que o procedimento fiscal tenha sido feito a salvo de falhas, sem observar a forma de recolhimento de imposto da autuada.

Concluindo, requer, além do cancelamento da multa aplicada sobre a infração praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não implicou em falta de recolhimento de tributo, a exclusão das NF's relacionadas no demonstrativo anexo, cujo ICMS já foi recolhido (Infração 02), o acolhimento da preliminar de nulidade, o reconhecimento da decadência suscitada e a improcedência do AI.

O autuante presta Informação Fiscal à fl. 26-frente e verso. Resumindo a peça defensiva, diz que o contribuinte foi intimado da ação fiscal em 12/07/2019, via DTE e que o AI foi lavrado em 17/09/2019 decorre da falta de recolhimentos e pagamentos a menor do que o devido do ICMS Antecipação Tributária Total de mercadorias tributadas, com código de receita errado, conforme DAE's e Demonstrativos de débitos às fls. 06-A, 10-12.

Informa que tendo em vista que à época as mercadorias possuíam MVA as NF's (fls. 07-09) foram calculadas como antecipação parcial, portanto, sem acréscimos devidos para as mercadorias da ST e que os valores pagos foram considerados, conforme demonstrativo de fl. 06A.

Diz que se deve alterar o código das receitas dos DAE's de 2175 – Antecipação Parcial para 1145 – Substituição Tributária (fls. 10-12) e que entregou ao autuado cópia dos demonstrativos, arquivos e papéis de trabalho produzidos.

Para a alegação de decadência diz que o art. 107-A, I, do COTEB, reproduzindo o art. 173, I, do CTN, estabelece o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e que, para este caso, a decadência para os fatos geradores de 2014, somente ocorreria após 31/12/2019.

Aduz que detendo o cargo de Agente de Tributos Estaduais, conforme a Lei 11.470/2009, tem competência para lavrar o AI em lide e que o Impugnante não combate as infrações nem provou a quitação do ICMS devido.

VOTO

Conforme acima relatado, o AI processado exige o valor de R\$21.687,01, referente a duas infrações (07.21.01 e 07.21.02).

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 02, 04, bem como o teor da manifestação defensiva (incluindo o CD que aportou à fl.24, contendo os demonstrativos da autuação) que confirma a regular ciência do AI, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na

lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 03-66 e CD de fl. 67); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Tratando-se de contribuinte que na época dos fatos geradores era EPP optante do Simples Nacional, a exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, § 3º), mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Vê-se nos autos que, sem contestar o demonstrativo suporte das infrações em que as NFs objeto da autuação estão identificadas (fls. 06 e 06A, 07-09 e arquivo no CD fl. 13), a exação fiscal se refere a falta de recolhimento (Infração 01) e recolhimento a menos (Infração 02) de ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, cuja obrigação tributária consta tipificada na legislação tributária da Bahia:

Lei 7.014/96:

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

...

III - pagar o imposto devido na forma, local e prazo previstos na legislação estadual;

RICMS-BA/2012:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

§ 1º Os contribuintes atacadistas, revendedores e varejistas, deverão, a fim de ajustar os estoques de mercadorias por ocasião de inclusões no regime de substituição tributária, adotar as seguintes providências:

...

III - apurar o imposto a recolher aplicando sobre a base de cálculo prevista no inciso II:

...

b) tratando-se de contribuinte optante pelo simples nacional, a alíquota prevista na legislação para cada mercadoria, compensando-se com o crédito destacado na nota fiscal de aquisição ou, de forma simplificada, o percentual de 5% (cinco por cento) sem a utilização de qualquer crédito;

Registre-se que a Impugnação se limita a alegar: a) arguição de nulidade em face de, além de lavrado por preposto fiscal incompetente (A.T.E.), foi praticado com preterição do direito de defesa e sem fundamentação; b) decadência das ocorrências até 17/09/2014; c) inclusão de NFs que já foram objeto de recolhimento do ICMS por antecipação e que o autuante ainda reclamou ICMS por antecipação referente NFs de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, conforme se observa nos anexos do AI, ocasionando a “bi-tributação do imposto”.

Pois bem. Considerando que a nulidade arguida já foi superada na apreciação preliminar acima, resta-me decidir quanto a arguição de decadência e sobre a alegada indevida inclusão de NFs na exação fiscal em apreço.

Em relação ao prazo decadencial, o Código Tributário Nacional – CTN prevê duas situações que a doutrina define como: a) *Regra Geral* - situação prevista no artigo 173 e que, conforme o caso, serve a todos os tributos e; b) *Regra Especial* - situação prevista no § 4º, do artigo 150 que, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, serve aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso do ICMS.

Portanto, eis as disposições legais que interessa para o *decisum* deste tópico no caso:

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;

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.

Tomando como base a data da lavratura do AI (17/09/2019) e reproduzindo o artigo 173, do CTN, constitutivo da regra geral para contagem do prazo decadencial, o Impugnante argui a nulidade das ocorrências anteriores a 17/09/2014, ou seja, as ocorrências do período 31/01 a 16/09/2014.

Em sendo assim, considerando apenas a literalidade do fundamento legal referido, de logo observa-se a incoerência entre o fundamento legal e o pedido, já que a data inicial para a contagem do prazo decadencial nesta regra se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, o termo inicial do prazo quinquenal foi 01/01/2015 e o termo final foi 31/12/2019. Assim, nesta regra, a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito fiscal apenas ocorreu em 01/01/2020, data posterior à ciência da existência do AI que o Impugnante declarou na sua peça defensiva (19/09/2019).

Sem embargo, ainda que por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação em que, salvo as condições de exceção, conta-se o prazo decadencial na *regra especial* exposta no § 4º, do artigo 150 do CTN, ou seja, cinco anos a partir da data do fato gerador, melhor sorte não teria o Impugnante.

É que se vê nos autos que a exação se refere a: a) falta de pagamento de ICMS relativo a operações de aquisição de mercadorias sujeitas à antecipação tributária total por ST, as quais não foram declaradas pelo sujeito passivo (Infração 01); b) recolhimento a menos de IMCS relativo a operações de aquisição de mercadorias sujeitas à antecipação tributária total por ST, também não declaradas pelo sujeito passivo (Infração 02).

Ora, para a Infração 01, de há muito este órgão administrativo judicante firmou entendimento que a contagem do prazo decadencial ocorre sob a regra geral prevista no artigo 173 do CTN. De primeiro, porque sendo a exação fiscal decorrente de lançamento de ofício, para qualquer situação o artigo 107-A do COTEB que dispunha como “*dies a quo*” da contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento tributário poderia ter sido efetuado, independentemente da conduta do contribuinte, se praticada ou não com dolo, fraude ou simulação.

Contudo, em face de divergências interpretativas judiciais e administrativas do Artigo 107-A do COTEB, este dispositivo legal foi revogado pela Lei 13.199, de 28/11/2014, fundamentalmente, por força da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008 do STF, que afastou a possibilidade

de regulação do prazo decadencial em legislação que não seja Lei Complementar à Constituição Federal.

Por consequência, visando orientar a resolução da divergência interpretativa no nível interno da SEFAZ, a Procuradoria Geral do Estado, órgão de assessoramento jurídico do Estado, competente para formar, em última instância a jurisprudência administrativa do Estado (Constituição Estadual: Art. 140; Regimento Interno da PGE: Art. 2º, incisos I, V e XXI) foi instada a pronunciar acerca do tema e oportunamente enunciou o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, abaixo transcrito, consolidando a jurisprudência administrativa acerca da decadência com relação ao ICMS.

Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: 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.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, 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 efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação.

De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação.

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Pois bem, para o crédito tributário decorrente de lançamento de ofício – que pode ser aplicado a todos os tributos - e que é o caso -, a maior doutrina brasileira entende que sua constituição se completa com a ciência do devedor acerca da exigência tributária, pois esta lhe possibilita conhecer as condições em que deve adimplir a dívida, bem como exercer seu direito de contestá-la.

Para o lançamento de ofício, quanto aos tributos sujeitos originalmente ao lançamento por homologação, que pode ocorrer por lançamento de ofício ou por decurso de prazo, essa corrente doutrinária defende que a homologação tem por objeto o pagamento do tributo (Carvalho, Paulo de Barros, “Lançamento por homologação – Decadência e pedido de restituição”, *Repertório IOB Jurisprudência*, nº 3/97, p. 73; Navarro Coelho, Sacha Calmon de, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Forense, Rio de Janeiro, 2006. p. 774).

Nesse caso, havendo declaração e pagamento do valor mensal que o contribuinte apura ainda que eventual equívoco na apuração previa do sujeito passivo seja posteriormente detectado em auditoria fiscal e não se configure hipótese de dolo, fraude ou simulação (como é o caso da Infração 02), a publicidade e a constituição definitiva do crédito, ocorre com a confissão da existência da

obrigação tributária. Esta confissão é explicitada e primeiramente valorada pelo próprio contribuinte nas informações que passa ao fisco, por exemplo, em face da entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, hoje DMA, ou, especialmente, da Escrituração Fiscal Digital – EFD, registrando as operações e o pagamento, ainda que parcial, por equívoco ou plausível divergência na interpretação normativa.

Sem embargo, quando o imposto é apurado, ainda que declarado ao ente tributante, mas não é recolhido, a jurisprudência não só é firme que a contagem do prazo ocorre pela regra do art. 173, I, do CTN, como se configura crime contra a ordem tributária (HC 442494 SC 2018/0068488-5, DJ 03/04/2018, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz). Portanto, situação que se inclui na norma de exceção contida na parte final do § 4º, do art. 150, do CTN. Nesse caso, ainda que o ente tributante tenha 5 (cinco anos) para cobrar o valor declarado, nem mesmo há necessidade de constituição do crédito fiscal por lançamento de ofício, podendo ser diretamente inscrito na Dívida Ativa (RPAF: Art. 54-A).

Ademais, no caso de ICMS, tributo inicialmente sujeito a lançamento por homologação se faz necessário outras observações. A primeira é que tratando de fato gerador com período de apuração mensal, todas as ocorrências de cada período se concentram na data de cada apuração para efeito de formação da relação jurídica obrigacional, data também em que se deve considerar a do fato gerador para cada bloco de operações mensais, ou seja, último dia de cada período de apuração do imposto.

A segunda é que, tratando-se de tributo primariamente apurável pelo contribuinte, em caso de auditoria posterior da qual decorra lançamento tributário de ofício, muitas são as situações que podem ocorrer e que para efeito de contagem do prazo decadencial, podem se enquadrar na regra do art. 150, § 4º, ou, por exceção, na regra do art. 173, I, ambos do CTN. Por exemplo:

- a) Em caso de apuração de imposto devido por auditoria de levantamento quantitativo de estoque em que se constata imposto devido por omissão de saídas de mercadoria tributável (que não é o caso em tela), como também as exações fiscais decorrentes de operações omitidas, não declaradas pelo sujeito passivo, **como é o caso de ICMS Antecipação Parcial aventado neste AI**, dúvida não há que o sujeito passivo **não** registrou as operações nos livros próprios; **não** as declarou para conhecimento do fisco; **não** recolheu o imposto respectivo e, então, dúvida também não há dúvida quanto à sua dolosa omissão a respeito da obrigação tributária devida, situação em que o prazo decadencial deve ser contado com a regra do art. 173, I, do CTN, por se incluir na situação de exceção do §4º, do artigo 150 do CTN;
- b) Do mesmo modo, em caso de uso indevido de crédito fiscal decorrente de operações com mercadorias cuja saída posterior ocorre sem tributação ou com BC reduzida, dúvida também não há dúvida quanto ao uso de crédito fiscal **manifestamente ilegítimo**, pois antecipadamente o sujeito passivo é consciente da situação e se assim procedeu, agiu inequivocamente com intenção de dolo, fraude ou simulação, situação destacada no segundo parágrafo da nota 2 do Incidente de Uniformização da PGE;
- c) Contudo, quando sem constatação de dolo, fraude ou simulação, as operações sujeitas a lançamento por homologação são levadas ao conhecimento do fisco pelo sujeito passivo, havendo pagamento de imposto ainda que em valor menor que o devido em face de equívoco na apuração ou plausível divergência na interpretação da norma, como é o caso da Infração 02, a contagem do prazo decadencial ocorre pela regra especial contida no artigo 150, §4º, do CTN, ou seja, cinco anos da ocorrência do fato gerador.

Assim, ao tempo que reconheço a extinção do valor do ICMS relativo às ocorrências 31/03 e 31/07/2014 da Infração 02 em face de o sujeito passivo ter conhecido o AI apenas em 17/09/2019, portanto, após cinco anos das datas das citadas ocorrência, de modo que dessa infração apenas resta devido o valor de R\$129,91, relativo à ocorrência de 31/10/204.

Sem embargo, não há falar em decadência para a Infração 01, pois para essa infração o termo final do prazo decadencial foi 31/12/2019.

Importante frisar que a matéria aqui veiculada tem vários precedentes nesse órgão julgante administrativo. Consta de vários processos, cujas decisões de primeira instância, não acolhendo a tese defensiva, foram referendadas pela instância recursal. Nesse sentido, cito os Acórdãos JJF nº 0097-01/10; JJF nº 0263-04/11; JJF nº 0120-03/12; JJF nº 0210-05/13; JJF nº 0317-01/13; JJF nº 0213-01/15; JJF nº 0015-05/16; CJF nº 0377-11/11; CJF nº 0261-12/13; CJF nº 0263-12/14; CJF nº 0093-12/17.

Quanto à alegação de indevida inclusão de NFs no levantamento fiscal, seja porque tiveram o ICMS por antecipação recolhido ou por acobertarem mercadorias sujeitas à substituição tributária com fase de tributação encerrada, observo que apenas dizendo que conforme relação de DAEs, anexos ao auto pelo autuante recolhe regularmente o ICMS e que em 2016 (exercício não composto no AI) recolheu R\$104.551,00, tendo recebido cópia dos demonstrativos suporte da autuação relacionando as NFs (fls. 13-36), sendo dele o ônus probatório (RPAF: Art. 123, § 5º) o Impugnante não as identificou nem provou sua assertiva.

Portanto, neste caso, além do disposto no artigo 123, §5º, é de incidir as disposições dos artigos 140 a 143, todos do RPAF:

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.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

...

§ 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.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

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.

Por falta de previsão legal, prejudicado está o pedido de cancelamento da multa sobre o valor da infração.

Voto, pois, pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232143.0055/19-9**, lavrado contra **FILEMON FERREIRA PRIMO & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.391,40**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR