

A.I. Nº - 279757.0010/20-7

AUTUADO - DROGARIA SÃO PAULO S.A.

AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO

ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17/06/2021

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-01/21-VD

EMENTA: ICMS. MULTA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Autuado reconhece o não recolhimento da antecipação tributária. O suposto valor superior recolhido por ocasião da subsequente saída realizada, não afasta a presente exigência fiscal. Demonstrativo revisado pelos autuantes para correção das MVAs aplicadas. Decadência do direito da Fazenda Pública em exigir os créditos tributários relativos ao período de janeiro a maio de 2015. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 04/06/2020, formaliza a exigência de MULTA no valor total de R\$165.497,47, em razão das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (07.01.03) - multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$155.201,41, ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2015, prevista na alínea “d” do inciso II e § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (07.01.03) - multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a aquisições internas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$10.296,05, ocorrido nos meses de janeiro a agosto de 2015, prevista na alínea “d” do inciso II e § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 18 A 28. Disse que a infração cometida não causou qualquer prejuízo ao erário estadual, pois o recolhimento posterior foi maior do que seria se tivesse feito a antecipação tributária. Explicou que nas aquisições interestaduais efetuou o pagamento da antecipação tributária parcial e que tributou na saída interna subsequente.

Demonstrou que em uma mercadoria o débito fiscal a favor do Estado da Bahia seria de R\$0,74 se tivesse feito a antecipação tributária total por ocasião da entrada da mercadoria no estado, mas que acabou recolhendo R\$1,21 na forma que realizou.

Ressaltou que a MVA utilizada pelos autuantes no cálculo do imposto que seria devido por substituição tributária foi incorreta, pois não observou a legislação vigente no § 17 do art. 289 do RICMS à época dos fatos geradores, utilizando os percentuais vigentes a partir de 01/06/2018.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 69 A 72. Disseram que a presente exigência fiscal não pode ser afastada sob o argumento que não causou prejuízo ao erário. Afirmaram que o autuado adquiriu mercadorias cujo pagamento do ICMS deveria ter ocorrido por antecipação tributária total.

Por outro lado, reconheceram que aplicaram equivocadamente algumas MVAs e, por isso,

refizeram o demonstrativo de débito das duas infrações, reduzindo a exigência fiscal para R\$94.398,54, conforme demonstrativo à fl. 71.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração trata da exigência de multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a aquisições internas e interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

De início, cabe registrar a correta aplicação da legislação por parte dos autuantes, durante a ação fiscal que culminou com a lavratura do presente auto de infração. Diante de uma investigação acerca do pagamento devido por antecipação tributária, ao ser constatado o seu não pagamento, os autuantes observaram, em cumprimento ao disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, se o autuado, que apura o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, havia oferecido à tributação as operações subsequentes com as mesmas mercadorias.

A interpretação sistemática da legislação evita exigências fiscais exacerbadas e um desencontro com o espírito da lei. Assim, a comprovação acerca da tributação na operação subsequente, é obrigação dos autuantes neste tipo de ação fiscal, pois poderá resultar, no caso de não tributação, em uma consequente exigência do imposto devido por antecipação mais a correspondente multa.

No presente caso, a constatação de que ocorreu a tributação nas operações subsequentes com as mesmas mercadorias levaram os autuantes a efetuarem com perfeição este lançamento, exigindo apenas a multa, nos termos do § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Da análise do demonstrativo de débito, observo a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública exigir o crédito tributário neste auto de infração em relação aos fatos geradores anteriores a junho de 2015. De acordo com o Ofício PGE/PROFIS/NCA nº 03/2017, acolhido pelo Gabinete do Procurador Geral do Estado, conforme Parecer GAB LSR 09/2017, devido a reiteradas decisões judiciais, é sugerido que a Administração Fazendária reformule suas rotinas de trabalho, a fim de que a notificação regular do contribuinte acerca do lançamento de ofício se ultime ainda no curso do prazo decadencial e que seja reconhecido, ainda na esfera administrativa, que o lançamento do crédito tributário somente se considere concretizado, para fins de afastamento do cômputo decadencial, quando efetuada a respectiva intimação ao contribuinte.

O autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, e apurou o montante do imposto supostamente devido. Na presente reclamação de crédito, não ficou caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação praticada pelo autuado que justificasse a diferença exigida. Desse modo, com fundamento no § 4º do art. 150 do CTN, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador até a data da ciência do auto de infração pelo autuado.

A intimação do autuado acerca da lavratura do presente auto de infração somente ocorreu no dia 15/06/2020, conforme documento acostado à fl. 14. Desse modo, já havia decaído o direito da Fazenda Pública de exigir os créditos tributários referentes ao período de janeiro a maio de 2015. Sendo, portanto, excluída deste auto de infração a exigência fiscal desse período nas duas infrações.

O pedido de afastamento da exigência de multa pela falta de pagamento do imposto devido por antecipação tributária não pode ser deferido, em razão de suposto incremento da arrecadação decorrente da tributação ocorrida na operação subsequente.

A previsão de exigência de multa na situação narrada, está prevista no § 1º do art. 42 da Lei nº

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II";

De fato, foi constatada pelos autuantes a ocorrência de equívoco na aplicação da MVA que incidiu sobre às aquisições efetuadas pelo autuado, constantes nos demonstrativos de débito das infrações 01 e 02. Os autuantes refizeram os demonstrativos aplicando as MVAs vigentes no § 17 do art. 289 do RICMS, vigentes à época dos fatos geradores, conforme demonstrativo à fl. 71.

Entretanto, em decorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública exigir o crédito tributário nos meses de janeiro a maio de 2015, a infração 01 fica reduzida para R\$75.739,65, referente às exigências contidas no demonstrativo de fl. 71, com data de ocorrência de junho a dezembro de 2015, e a infração 02 fica reduzida para R\$1.764,84, referente às exigências contidas no demonstrativo de fl. 71, com data de ocorrência de junho a agosto de 2015

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$77.504,49.

VOTO EM SEPARADO

Inicialmente, devo consignar, que acompanho o voto do nobre Julgador/Relator no tocante à procedência parcial do Auto de Infração. Quanto a isto, não merece qualquer reparo o voto proferido pelo ilustre Julgador/Relator.

A minha discordância - vale reiterar, não afeta a decisão unânime pela procedência parcial da autuação - reside apenas quanto ao entendimento manifestado pelo Relator de que, ... *a comprovação acerca da tributação na operação subsequente é obrigação dos autuantes neste tipo de ação fiscal, pois poderá resultar, no caso de não tributação, em uma consequente exigência do imposto devido por antecipação mais a correspondente multa.*

Divirjo desse entendimento, porque considero que cabe, também, e precipuamente, no caso desse tipo de infração, ao sujeito passivo da relação tributária, provar que ao descumprir a obrigação principal de recolhimento do ICMS por antecipação parcial na entrada da mercadoria, tributou normalmente nas operações de saídas, o que, inclusive, não afasta a ilicitude, mas, apenas, evita a possibilidade de exigência em duplicidade do imposto, cabendo, exclusivamente, a aplicação da multa de 60%, conforme o presente caso.

A meu ver, precisamente no caso desse tipo de infração - apesar de não ser exorbitante a verificação que possa ser feita pela Fiscalização -, por certo que o infrator, no intuito de afastar a exigência do imposto, é detentor de todos os elementos de prova de que, apesar de não ter cumprido a determinação legal de antecipação parcial do imposto, realizou as operações de saídas das mercadorias tributadas normalmente, permitindo, desse modo, a aplicação apenas da multa de 60% do valor do imposto.

Parece-me que nos casos especificamente da antecipação parcial do ICMS, são plenamente aplicáveis as disposições do art. 373 do Novo Código de Processo Civil (CPC) - aplicado de forma subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia -, no sentido de quem é o responsável pelo ônus probatório:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Conclusivamente, o meu entendimento é de que a comprovação acerca da tributação na operação subsequente, não pode ser exclusivamente dos autuantes neste tipo de ação fiscal, mas sim, precípua mente, do sujeito passivo que incorreu na ilicitude apurada, haja vista que é o detentor dos elementos comprobatórios que podem afastar a exigência do ICMS e aplicação apenas da multa de 60%.

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 279757.0010/20-7, lavrado contra **DROGARIA SÃO PAULO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento de multa no valor de **R\$77.504,49**, prevista na alínea “d” do inciso II, § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/VOTO EM-SEPARADO

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR