

A.I. Nº - 298951.0016/22-7  
AUTUADO - COMERCIAL COUTO LTDA.  
AUTUANTE - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS  
ORIGEM - DAT SUL – INFRAZ CENTRO SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/06/2023

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0116-02/23VD**

**EMENTA: ICMS.** 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Não houve arguição de mérito. Não recolhida a decadência suscitada. Infração subsistente.

2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A autuada contestou a infração sob o argumento do autuante ter incluído no levantamento mercadorias sujeiras ao regime de substituição tributária, que não restou provado. Acolhida a arguição de decadência parcial da infração com base na regra do art. 150, § 4º do CTN. Infração parcialmente subsistente.

3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96. A defesa não contestou o mérito. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 20/09/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 143.098,44, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

**INFRAÇÃO 01 – 002.001.002.** Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios para fatos apurados em março de 2017. ICMS exigido R\$ 177,33, acrescido de multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I, art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I, § 6º do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 02 – 002.001.003.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas para fatos apurados em fevereiro, março, maio a outubro, dezembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018. ICMS exigido R\$ 142.684,79, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I, art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I, § 6º do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 03 – 007.001.002.** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior para fatos apurados em maio e novembro de 2018. ICMS exigido R\$ 236,32, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II e § 3º, art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 289 do RICMS/2012.

A autuada através de seu advogado impugnou o lançamento, fls. 30 a 34, onde inicialmente requereu que todas as intimações e publicações reativas ao processo sejam processadas exclusivamente em nome do advogado constituído, no endereço que indicou.

Demonstra a tempestividade da defesa, reproduz as infrações e defende que estas não devem prosperar em razão de não ter cometido qualquer infração ao RICMS, e também em virtude do Auto de Infração se encontrar eivado de nulidade em seu procedimento.

Argui a extinção do crédito tributário em razão da decadência, quanto as infrações 01 e 02 e explica que o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação, no qual o contribuinte emite a nota fiscal, discrimina o tributo e efetua o correspondente recolhimento do imposto, ou seja, efetua o pagamento antecipadamente, antes da participação da autoridade administrativa. Nesses casos, defende que a extinção do crédito tributário não se verifica com o pagamento, mas com a soma deste com a homologação do lançamento, conforme art. 150, § 4º do CTN.

Acrescenta que antecipado o pagamento do tributo, é permitido ao fisco homologá-lo em um prazo decadencial de 5 anos, contados a partir do fato gerador, que se transcorrido sem que se faça uma conferência expressa, implicará na homologação tácita do lançamento. Portanto, transcorrido o prazo sem que se tenha homologado, o Fisco perde o direito de lançar e, posteriormente, cobrar uma possível diferença, ou seja, extingue-se definitivamente o crédito tributário, conforme o art. 156, inc. VII do CTN.

Pontua que o fato gerador de parte do crédito tributário cobrado nas infrações 01 e 02 são anteriores a 09/2017. Assim, o Fisco deveria ter realizado o lançamento no período anterior a 09/2022. Contudo, o Auto de Infração foi formalizado em 20/09/2022 quando já estava expirado o prazo quinquenal, razão pela qual afirma ser devido o cancelamento do correspondente crédito, com base no art. 150, § 4º e art. 156, inc. VII ambos do CTN.

Conclui restar comprovado que as infrações 01 e 02 não merecem prosperar tendo em vista que o suposto crédito tributário está extinto em razão da decadência.

No tópico: “*DA INEXISTÊNCIA DAS INFRAÇÕES. DIVERSOS PRODUTOS VENDIDOS COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.*”, sinaliza que as infrações não merecem prosperar, porque o Fiscal ao lavrar o Auto de Infração não observou que boa parte dos produtos foram vendidos como substituição tributária, conforme comprova a planilha que diz anexar, bem como o seu registro de inventário anexo.

Acrescenta que também não foi observado pelo preposto Fiscal o recolhimento do ICMS-ST, portanto, foram desconsiderados os créditos de ICMS que a autuada possuía e não foi utilizado, quando da mudança de tributação dos itens.

Adverte que o Fiscal deveria ter deduzido o crédito de ICMS não utilizado pela autuado, o que torna insubstancial a infração, vez que tal fato o macula totalmente.

Para elucidar e robustecer a tese defendida, sinaliza que foi emitido relatório de inventário e planilha para comprovar que a infração é insubstancial, ou seja, não há que se falar em recolhimento a menor de ICMS. Portanto, pede a sua improcedência.

Ressalta a inaplicabilidade da multa de 100% da infração 01, vez que não há nos autos qualquer comprovação que tenha a autuada agido com dolo ou com a intenção de burlar o Fisco.

Complementa que a aplicação da multa se faz de forma equivocada, abusiva e excessiva pelo autuante, cuja culminância é extremamente grave, e como tal, indicada apenas para casos extremos como disposto na legislação. O dispositivo citado pelo Fiscal estabelece multa de 100% para os casos de “*se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei*”.

Conclui que para aplicá-la é necessária a demonstração indubitável de que o contribuinte agiu com o *animus* de fraudar o fisco, o que não ocorreu e que a informação do Fiscal é leviana, sem qualquer prova da afirmação posta.

Pondera que se muito aconteceu, foi uma interpretação equivocada da legislação, por parte do contribuinte, erro este inclusive, que lhe onerou e sequer lhe trouxe benefício.

Ressalta que cometer erro no cálculo de imposto é possível por qualquer contribuinte, inclusive pelo preposto autuante que também se equivocou na apuração dos valores lançados no Auto de Infração, sem, contudo, ser considerado que este teve a intensão de fraudar o Fisco, ou o contribuinte.

Finaliza que, caso seja mantida a infração, a multa aplicável deverá ser a disposta pelo inciso II, alínea “f” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, de 60%, o que requer, por ser justo e de direito.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente, a fim de ver extinto o crédito tributário lançado.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 1.251 a 1.261, onde inicialmente fez um breve relato dos fatos e quanto a arguição de decadência, não negou que essa questão já está pacificada, contudo, não poderia deixar de executar a Ordem de Serviço, nos moldes solicitados pela Administração Tributária, ou seja, analisar a regularidade das operações do contribuinte no período de 01/01/2017 a 31/12/2018, assim, não a manifestará por entender que essa questão será resolvida a partir do entendimento do CONSEF.

Quanto a arguição da inexistência das infrações, devido a existência de diversos produtos vendidos como substituição tributária, destaca não conseguiu objetivamente identificar a qual infração a defesa se refere, razão pela qual aborda as duas infrações separadamente.

Quanto a infração 02, informa que para realização do roteiro foi necessário, determinar, indistintamente, todos os produtos comercializados pela autuada no período fiscalizado, considerando a situação tributária e a carga tributária vigente para o período. Para essa parametrização, foram considerados o NCM, a descrição do produto e a sua destinação.

Complementa que após a parametrização de todos os produtos, foi realizado o cotejamento entre o tratamento dado para cada produto nos documentos fiscais emitidos pela autuada e a legislação vigente à época do fato gerador. No caso específico, os produtos parametrizados como tributáveis, mas que teve o tratamento nas operações de saídas considerado como não tributáveis foram relacionados no demonstrativo “4A1 – DÉBITO DE ICMS”, onde o imposto foi calculado, conforme mídia anexa, fl. 23.

Conta que em seguida, foi elaborado o demonstrativo “4A1.1 – DÉBITO DE ICMS”, que traz a apuração mensal do ICMS não recolhido, fl. 13.

Observa que nesse roteiro não se deve considerar os créditos devidos nas operações de entradas, porque esses créditos já foram contabilizados na apuração mensal do ICMS, contudo, se porventura a autuada deixou de utilizar regularmente algum crédito fiscal, sugere a formalização de pedido para escrituração extemporânea, conforme o § 4º do art. 315 do RICMS/BA.

Para a infração 03, relata que para realizar o roteiro, analisou todas as operações de aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e/ou exterior. As operações sujeitas à antecipação tributária, conforme a legislação vigente à época do fato gerador.

O ICMS por antecipação foi calculado e, no caso específico, aquele recolhido a menor, foi apurado e relacionado nos demonstrativos “*1 – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA*”. Já os valores recolhidos pela autuada no código de receita 1145 – ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, considerados no levantamento, foram relacionados no demonstrativo “*1.1 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA*”. Para apurar o ICMS devido foi elaborado o demonstrativo “*1.3 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA*” fls. 14 a 23.

Informa que no relatório de inventário e na planilha elaborados pela autuada não encontrou qualquer elemento que afaste os ilícitos fiscais apontados.

Conclui mantendo na íntegra as infrações 02 e 03.

Com relação a contestação da multa aplicada na infração 01, afirma que a autuada admitiu o erro.

Ressalta reduzir ou aplicar um percentual de multa diferente do previsto na legislação tributária vigente não compete ao autuante, razão pela qual mantém a multa da infração 01.

Conclui pela manutenção integral do Auto de Infração no valor que foi apurado de R\$ 143.098,44, para salvaguardar o interesse público.

É o relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de três infrações à legislação do ICMS, todas tempestivamente impugnadas.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrita no Cadastro Estadual na condição Normal, atua na atividade econômica principal de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados.

O contribuinte foi notificado do início da ação fiscal em 15/07/2022 através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, contendo a Intimação Fiscal para apresentação de documentos e arquivos eletrônicos e o termo de ciência, fls. 08 a 11.

A intimação para quitação do débito ou apresentação de defesa foi realizada através de intimação encaminhada via Correios, cujo recebimento e ciência ocorreu em 07/10/2022, fls. 26 e 27, oportunidade que recebeu os demonstrativos analíticos e sintéticos, cópias impressas apensadas aos autos às fls. 12 a 15 e gravados no CD, em arquivos eletrônicos, fl. 23.

A defesa não arguiu nulidade do lançamento, contudo, verifico que o mesmo foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos.

O devido processo legal foi seguido, assim como o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Preliminarmente a autuada arguiu decadência parcial do crédito tributário cobrado nas infrações 01 e 02, por entender que parte dos fatos geradores acorreram antes de setembro de 2017, portanto, o Fisco somente poderia ter realizado o lançamento antes de setembro de 2022.

Aduziu que o Auto de Infração é de 20/09/2022 e, considerando expirado o prazo quinquenal, por conseguinte, seria cabível o cancelamento do crédito tributário exigido, com base no art. 150, § 4º e art. 156, inc. VII, ambos do CTN.

Para análise da arguição posta, previamente lembro que 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 transscrito:

*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;*

Ressalto 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.

Esse 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 que: “*conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, 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 que determina: “*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 07/10/2022, conforme cópia do Aviso de Recebimento dos Correios, fl. 27, esta é a data a ser considerada como referência para contagem do lapso temporal de 5 anos para decadência.

A infração 01 exige o imposto decorrente da falta de recolhimento do imposto relativo às operações sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, ou seja, o contribuinte não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, omitiu a realização de operações ou prestações tributáveis.

Portanto, resta caracterizado que o contribuinte não efetuou nenhum pagamento do imposto referente as operações apuradas, e assim, cabe aplicar o disposto no art. 173, inc. I do CTN, ou seja, o prazo decadencial conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O fato gerador do imposto exigido nesta infração ocorreu em 31/03/2017, portanto, a Fazenda Pública poderia proceder ao lançamento do crédito tributário referente a estas operações até 31/12/2022.

Tendo em vista que o lançamento se aperfeiçoou em 07/10/2022, conclui-se que não se processou a decadência arguida pela defesa, que resta afastada para a infração 01.

A infração 02, decorreu de falta de pagamento do imposto em razão da prática de operações tributadas como não tributadas, estando essas operações registradas na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou seja, o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, por ter considerado parte dessas operações como não tributáveis, decorrente se sua interpretação da legislação, sem que tenha ocorrido qualquer indício de dolo fraude ou simulação.

Neste caso, aplica-se a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Dessa forma, a Fazenda Pública, tendo efetivado o lançamento em 07/10/2022, somente poderia exigir o crédito tributário decorrente de fatos geradores ocorridos depois de outubro de 2017. Portanto, foram alcançados pela decadência os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores ocorridos entre fevereiro e setembro de 2017 na infração 02.

Ao adentrar no mérito, genericamente a defesa alegou ser parcialmente improcedente a exação em razão de “...o preposto fiscal ao lavrar o presente Auto de Infração *olvidou-se de observar que boa parte dos produtos foram vendidos como substituição tributária, conforme se comprova com a planilha anexa, bem como o registro de inventário anexo.*”, assim como aduziu que “... *não foi observado pelo preposto fiscal o recolhimento do ICMS-ST, deixando, portanto, de considerar créditos de ICMS que o autuado possuía e não foi utilizado, quando da mudança de tributação dos itens*”.

Na informação fiscal o autuante relatou o método de aplicação do roteiro de auditoria empregado no processo fiscalizatório, assim como enumerou todos os parâmetros que utilizou, tendo como base de exame os registros fiscais elaborados e transmitidos pela autuada via SPED-Fiscal, onde foram consideradas todas as operações realizadas através de notas fiscais eletrônicas – NF-e e notas fiscais eletrônicas de consumidor – NFC-e, conforme demonstrativo gravado na mídia – CD anexado aos autos.

Apesar do contribuinte não ter se referido especificamente a uma das três infrações quando arguiu que o autuante incluiu no levantamento “*boa parte dos produtos*” que “*foram vendidos como substituição tributária*”, assim como não apontou nenhum caso específico que permitisse

comprovar a veracidade e consistência do argumento, os dados apresentados indicam se tratar da infração 02, cuja acusação é de que o contribuinte realizou operações tributáveis como não tributáveis, deixando, portanto, de recolher o imposto devido.

O fato da defesa afirmar que seus argumentos se “*comprova com a planilha anexa, bem como o registro de inventário anexo.*”, não é o que se constata do exame da extensa planilha anexada aos autos na forma impressa e gravada no CD, tendo em vista qua não há aderência dos dados demonstrados com os argumentos postos.

Contrariamente, verifico que as saídas registradas pela autuada como mercadoria não tributadas, visto que nas notas fiscais emitidas não houve destaque o imposto a ser debitado na apuração mensal do ICMS, são mercadorias sujeitas a tributação normal a exemplo da nota fiscal nº 1873, emitida em 07/03/2018, referente ao produto Aguardente Pitu – 965 ml, cuja saída ocorreu sem destaque do ICMS na operação com CFOP 5.403 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto.

Especificamente esta mercadoria, em 2018, não estava sujeita ao regime de substituição tributária. Esteve incluída no regime em 2015 até 30/11/2015, tendo sido excluída no Anexo 1 ao RICMS/2012 em 2015 pelo Decreto nº 16.434/2015, com efeitos a partir de 01/12/2015.

A seguir estão plotagens obtidas do Portal da Nota Fiscal Eletrônica relativa a esta nota fiscal, onde fica comprovada a saída do produto Aguardente Pitu – 965 ml, sem tributação do ICMS:

Dados da NF-e							Versão		
Nº	Expediente	Destinat.	Prod./Serv.	Tome	Transp.	Colabora	Inf. Autr.	Cál. ICMS	Trans.
<b>Itens da NF-e</b>									
Modelo	Série	Número	Data de Emissão		Data/Hora de Saída ou da Entrada		Valor Total da Nota Fiscal		
SE	1	1873	07/03/2018 14:23:57-03:00		07/03/2018 14:23:57-03:00		2.811,49		
<b>Emissor</b>									
CNPJ		Nome / Razão Social			Inscrição Estadual		UF		
04.174.262/0001-75		COMERCIAL CO/FG LTDA			61446722		BA		
<b>Destinatário</b>									
CNPJ		Nome / Razão Social			Inscrição Estadual		UF		
10.290.225/0001-58		SUPERMERCADO O PREFERIDO			77946168		BA		
Destino da Operação		Consumidor final			Presença do Comprador				
1 - Operação Interna		8 - Remessa			1 - Operação presencial				
<b>Emissão</b>									
Processo		Versão do Processo			Tipo de Emissão		Finalidade		
0 - caso aplicativo do Contribuinte		Stabilizante 1.0.0			1 - Normal		1 - Normal		
Motivada da Operação		Indicador do Intermediário/Mercadoria			Tipo de Operação				
VENDA DE MERC. ADG. OU REC. DE TERCEIROS					1 - Saída				
<b>Eventos e Serviços</b>									
Evento		Protocolo			Data autorização				
Autenticação de Usuário		129100021544135			07/03/2018 às 14:24:15-03:00				
<b>Itens</b>									
Num.	Descrição	Qtd.		Unidade Comercial		Valor(R\$)			
26	CERVEJA ITAPUAU 473ML	60,0000		UN		177,00			
27	AGUARDENTE PITU-965ML	12,0000		UN		69,00			
<b>Detalhamento do Item</b>									
Código do Produto	Código NCM			Código CEST		Gênero		WIE	
124603	22994000			60104000					
Indicador de Escala Relevante	CRPJ da Fabricante da Mercadoria					Código de Benefício Fiscal na EIP			

ICMS Normal e ST

Origem da Mercadoria 0 - Nacional	Tributação do ICMS 60 - ICMS cobrado anteriamente por substituição tributária	Valor da BC do ICMS ST retido
Aliquota suportada pelo Consumidor Final	Valor do ICMS Próprio do Substituto	Valor do ICMS ST retido
Valor da Base de Cálculo do FCP retido anteriormente por ST	Percentual do FCP retido anteriormente por Substituição Tributária	Valor do FCP retido por Substituição Tributária
Percentual de redução da base de cálculo efetiva	Valor da base de cálculo efetiva	Aliquota do ICMS efetiva
Valor do ICMS efetivo		

Tal ocorrência pode ser verificado em todas as notas fiscais arroladas no levantamento. Ademais o contribuinte apesar de alegar o fato, não apresentou as provas capazes de comprova-lo, o que faz incidir o disposto nos artigos 141 a 143 do RPAF/2012, ou seja:

*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.*

Assim sendo, tenho a infração 02 como parcialmente subsistente, em vista da decadência de parte dos créditos tributários, na forma do demonstrativo:

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Aliquota	Multa	Valor Histórico
31/10/2017	09/11/2017	0,22	18,00	60,00	0,04
31/12/2017	09/01/2018	21,61	18,00	60,00	3,89
31/01/2018	09/02/2018	135,56	18,00	60,00	24,40
28/02/2018	09/03/2018	1,72	18,00	60,00	0,31
31/03/2018	09/04/2018	136.800,00	18,00	60,00	24.624,00
30/04/2018	09/05/2018	71.268,33	18,00	60,00	12.828,30
31/05/2018	09/06/2018	49.807,39	18,00	60,00	8.965,33
30/06/2018	09/07/2018	45.007,44	18,00	60,00	8.101,34
31/07/2018	09/08/2018	65.055,22	18,00	60,00	11.709,94
31/08/2018	09/09/2018	86.121,33	18,00	60,00	15.501,84
30/09/2018	09/10/2018	84.255,50	18,00	60,00	15.165,99
31/10/2018	09/11/2018	74.662,28	18,00	60,00	13.439,21
30/11/2018	09/12/2018	82.914,61	18,00	60,00	14.924,63
31/12/2018	09/01/2019	94.851,56	18,00	60,00	17.073,28
<b>Total</b>					<b>142.362,50</b>

Em relação as infrações 01 e 03, o contribuinte não se manifestou quanto ao mérito. Constatando após o exame dos demonstrativos que efetivamente as acusações se mostram consistentes com os dados da EFD do contribuinte.

Considerado o disposto no art. 140 do RPAF/99, ou seja: “*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.*”, as tenho como subsistentes.

Quanto a multa sugerida pelo autuante para a infração 01, “*deixar de recolher o ICMS nos prazos regulamentares decorrentes de operações não escrituradas nos livros fiscais*” foi de 100% do valor do imposto exigido, prevista no art. 42, inc. III, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, ou seja, no caso

de “outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.”.

Contudo, avalio que se aplicaria melhor a multa prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, ou seja: “quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;”, tendo em vista que sequer foi aventada a possibilidade de ocorrência de dolo.

Destarte, de ofício, reenquadro a multa aplicada na infração 01, passando esta penalidade para 60% sobre o valor do imposto apurado, conforme art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, voto 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 **2989510016/22-7**, lavrado contra **COMERCIAL COUTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 142.776,15** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alíneas “a”, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96 e os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR