

A. I. N° - 232877.0017/17-7
AUTUADO - ROBERTO ALMEIDA DOS SANTOS & CIA. LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JORGE SEIXAS LIMA
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/07/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0071-01/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Infração caracterizada. **b)** DESTAQUE A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Períodos de ocorrências de março a novembro de 2012 alcançados pela decadência, descabendo, portanto, a exigência fiscal. Alegações defensivas insuficientes para elidir a autuação, no tocante ao mês de dezembro de 2012. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infrações 4 e 5 parcialmente subsistentes apenas no tocante ao mês de dezembro de 2012. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Imputação não elidida. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Períodos de ocorrências de janeiro a novembro de 2012 alcançados pela decadência. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações 9 e 10 não elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$2.418.646,63, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS), imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no mês de dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$296,58, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais no documento fiscal, no mês de dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.496,50, acrescido da multa de 60%;

3. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a junho, agosto e outubro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.722,73, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março a agosto, novembro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.263.420,76, acrescido da multa de 60%;
5. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março a agosto, outubro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$130.589,82, acrescido da multa de 60%;
6. O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergências entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, no mês de dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$458,78, acrescido da multa de 60%;
7. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$11.823,73, acrescido da multa de 60%;
8. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, no mês de dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$998,13, acrescido da multa de 60%;
9. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.931,87, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;
10. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.907,73, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado apresentou defesa (fls. 27 a 32). Consigna que o autuante constatou que no período objeto da autuação a empresa vendeu nesse período mais de R\$ 63.000.000,00, isto demonstrado pelos arquivos do SPED Fiscal. Diz que foi apontado também pela mesma fiscalização que a empresa deixou de recolher ICMS no valor de R\$2.418.646,63.

Alega que se isso fosse verdade, a empresa precisaria ter um quadro de empregados na ordem de 250 pessoas, tomando como base os dados da Revista Supermercado Moderno, especialista no seguimento supermercadista.

Apresenta o seguinte exemplo: tomando como base os dados do nordeste o Estado do Ceará na 27ª posição com a Distribuidora de Alimentos Futura que faturou no ano de 2008 um total de R\$ 214.921.467,52, (fls.35,36 e 37 em anexo) a média de venda por funcionário no ano foi de R\$ 252.255,00, para um quadro de pessoal de 852 empregados.

Menciona que na Bahia o exemplo dado é referente ao COGEALI-Com. Gen. Alimentícios, (pg 37, 30º ranking) que faturou R\$122.900.914,10, a média de vendas por empregado chegou a R\$ 250.818,00, um valor bem próximo do exemplo dado referente ao Estado do Ceará.

Diz que no CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA., (pg 38) a média de faturamento por empregado em 2014 foi de R\$367.823,30. Registra que colacionou a folha de pagamento, pags 41, 42 e 43.

Observa que o resumo da folha de pagamento dos meses de janeiro, junho e dezembro de 2012, mostra um quadro de empregados de 90, 93 e 99, portanto, bem longe da quantidade necessária de

empregados listada acima, 250 o mínimo necessário para atender o faturamento apontado pela fiscalização no ano de 2012 do referido estabelecimento. Assinala que a folha de pagamento completa inclusive GEFIP encontra-se na empresa à disposição da fiscalização.

Reporta-se sobre a Planilha de Faturamento.

Consigna que a empresa listou os faturamentos anuais dos ECFs mês a mês para demonstrar o real valor do ano de 2012. Alega que estes dados se encontram nos relatórios anuais e oficiais da empresa disponibilizados para os diversos setores governamentais, como Balanço, relatório de vendas anuais para os bancos para atualização de cadastro e ainda relatório anual do IBGE para informação de desempenho do comércio nacional.

Salienta que o faturamento apontado por esse meio minucioso de coleta foi na ordem de R\$ 21.909.787,93, que corrobora com os dados estatísticos da Revista Supermercado Moderno no que diz respeito a média de faturamento por empregado do setor. Acrescenta que se dividindo esse valor pela média da Região Nordeste que é de R\$ 251.536,50, a empresa precisaria ter no seu quadro de empregados o mínimo de 87,10 empregados. Observa que a média considerando os três meses apontados, no caso janeiro, junho e dezembro, foi de 94 funcionários.

Consigna que o faturamento mencionado gerou ICMS no valor de R\$1.352.864,55, faltando a compensação dos créditos por entrada de mercadoria, para apurar o valor do ICMS a recolher.

Reporta-se sobre o ECF.

Diz que para demonstrar a veracidade dos fatos, adotou, como exemplo, o caixa 26 (no relatório em Excel), (Venda mensal- pags. 7 a 10) no mês de janeiro cujo TOTALIZADOR GERAL é de R\$1.650.256,99, já considerando a venda desse dia que foi de R\$ 4.141,77, se subtrair esse valor da venda do dia encontra-se o Totalizador geral inicial que foi de R\$ 1.646.115,22, abatendo do Totalizador geral no dia 31/12/2012 desse mesmo caixa que foi de R\$4.394.719,28, chega-se a um faturamento deste caixa no ano de R\$2.748.604,06, valor confirmado pela fita de máquina calculadora que colaciona aos autos que são as somas nos meses referidos deste caixa. Registra que o material se encontra na empresa para averiguação da Fiscalização caso queira verificar no local.

Reporta-se sobre os Relatórios Mensais do Sistema.

Observa que colaciona, ainda, os relatórios mensais do sistema operacional da retaguarda dos PDVs demonstrando a veracidade dos caixas. Acrescenta que ainda tomando como exemplo o caixa 26 tem-se o TOTALIZADOR GERAL inicial em janeiro de 2012 coincidindo com a informação acima e totalizador final no dia 31/12/2012 também confirmando com a informação os dados acima.

Afirma que tal faturamento e valor de ICMS a recolher nesse montante apontado pela fiscalização, não é realidade para o estabelecimento autuado, e inclusive para a região.

Consigna que tomando como exemplo o faturamento da empresa CENCOSUD (pag 38 em anexo) uma grande rede estabelecida na sua maioria em capitais e grandes cidades, em 2014 o seu faturamento foi de 9 bilhões, distribuídos por 220 lojas que dá uma média de R\$ 43.427.272,73, ficando bem aquém do valor apurado pela fiscalização para um estabelecimento único localizado numa cidade pequena do interior da Bahia.

Aduz que desse modo, resta claro e evidente que houve uma distorção de valores registrados na EFD, e que deveria ter se buscado outros meios para fazer a devida apuração.

Reporta-se sobre o valor do ICMS.

Alega que fez dois levantamentos minuciosos nos meses de março e no mês de dezembro do referido ano, apontando todos os valores vendidos nestes meses com ICMS nas diferentes alíquotas e suas bases de cálculos, acompanhado do relatório do sistema que mostra de maneira real os valores apurados de ICMS. Acrescenta que para demonstrar a veracidade dos fatos tirou cópia reprográfica da leitura "Z" de um determinado caixa por volume de venda entre os maiores

cujos valores e informações batem com o relatório do sistema. Apresenta o seguinte exemplo: no dia 03/03/2012 no Caixa 15 existe em anexo a esse dia (pag 73) a cópia da redução “Z” mostrando os valores descritos na fita coincidentes com os valores do relatório desse referido caixa. Diz que a mesma situação ocorre no dia 05/03/2012 no Caixa 24, no dia 31/03/2012 no caixa 15.

Assinala que fez outra amostragem no mês de dezembro/12. Diz que no dia 01/12/2012 (pag. 132) fez três amostragens nos Caixas 15, 19 e 21 com cópias anexadas das reduções “Z”; no dia 09/12/2012 (pag 148) também nos Caixas 15 e 20. No dia 21/12/2012 nos Caixas 13 e 21. No dia 22/12/2012 no Caixa 24. No dia 31/12/2012 nos Caixas 21 e 26. Ressalta que nos demais dias e meses a documentação se encontra à disposição na empresa para averiguação pela Fiscalização. Observa que a Fiscalização afirma que para gerar essa diferença foi feito um relatório comparativo pelo SIAF, de valores demonstrados pela EFD com mercadorias sujeitas a tributação que no devido relatório não apontava tal valor.

Diz que no pequeno espaço de tempo que ficou sabendo da fiscalização e consequentemente dessas anomalias, não teve tempo suficiente para explicação necessária ao Fisco, cujo tempo estava corrido para fazer os procedimentos de encerramento uma vez que estava próximo ao final do ano.

Frisa que colacionou (página 45) impressão por amostragem, já que não tem como imprimir todas, de telas do sistema destacando a venda, a base de cálculo a carga tributária e o valor do ICMS retido e eventualmente recolhido, mostrando que esses valores apontados no EFD decorreram de fatos não identificados pela empresa anteriormente para fazer a correção, uma vez que estava se fazendo a implantação de um novo sistema e ao mesmo tempo iniciando a implantação da obrigatoriedade da EFD conforme descrito na pág. 10 em anexo.

Apresenta os seguintes exemplos:

- o produto 1538 Charque Capa Filé – março/2012 que na EFD não aparecem valores de base de cálculo e ICMS apurado na devida tela do sistema que é um espelho da redução “Z”, pag. 45, esse mesmo produto aparece com base de cálculo e valor do ICMS destacado. Acrescenta que a sua carga tributária é 7%, sendo que o valor total apurado no mês de março dessa alíquota é de R\$ 6.430,56, conforme planilha do Excel vendas diária, ou seja, este valor está inserido neste montante com outros produtos;
- o produto 5100 Queijo Cuia – março/2012 apontado no relatório SIAF como estando omisso a tributação, na referida tela do sistema (pag.45) mostra o mesmo sendo tributado normalmente;
- o produto 6017 Queijo Cuia Piracanjuba – março/2012 idem, pag. 46;
- o produto 160814 papel higiênico – junho/2012 – idem. Pg. 46;
- o produto 148679 Leite condensado – junho /2012 – idem. Pg. 47;
- o produto 398799 Leite pó ninho – dezembro /2012 – idem. Pg. 47;
- o produto 3468 Queijo Mussarela – dezembro / 2012 – idem. Pg. 48;
- o produto 2879 Bacalhau Salgado – dezembro / 2012 – idem. Pg. 48.

Reporta-se sobre a Nota Técnica.

Afirma que a nota técnica, pág 64, mostrando que a figura do PDV 220-512-PDV do sistema de retaguarda que é alimentado pelos registros das mercadorias evidentemente vendas, que se faz no PDV e que na tela em destaque conforme anexo, a partir da pág 45,46,47, mostra detalhes das mercadorias com seus códigos e tributação e carga tributária, na parte superior no canto a direita aparece o valor total registrado do dia em todos os PDVs. Diz que os valores dispostos nesta tela correspondem aos valores apontados no relatório em Excel das vendas diárias. Acrescenta que a diferença que se apresenta ali é que nesta tela o valor nela disposto é o líquido, abatendo descontos, cancelamentos, etc., e no relatório em Excel o valor grafado é o bruto.

Apresenta os seguintes exemplos: no dia 03/03/2012 a agenda dos PDVs aponta um volume de venda nesse dia de R\$ 119.077,14. No relatório em Excel (pág 67) esse mesmo dia apresenta um

volume de venda bruto sem descontos e cancelamentos de R\$120.650,94, e assim sucessivamente em cada dia. Observa que o valor do relatório do Excel será maior que o apresentado no relatório dos PDVs pelo fato de nele estar o valor líquido, mas sempre valores similares e compatíveis.

No dia 06/12/2012 (págs. 130 e 139) o valor é de R\$ 68.572,25, valor compatível com o relatório de vendas diária do Excel em anexo e cópia reprográfica em anexo das reduções “Z” de todos os PDVs que operaram neste dia, anexo pág. 59. Afirma que se conclui que, se os valores de vendas são compatíveis, logo também o serão os valores do ICMS destacados nas referidas fitas detalhes dos PDVS e posteriormente apurados e recolhidos aos cofres públicos o saldo.

Reporta-se sobre explicação/justificativa.

Esclarece que 2012 foi o primeiro ano da implantação da EFD para a empresa. Conforme anexo do documento da SEFAZ periodicidade e prazo de entrega (pág 10.)

Diz que nesse documento a SEFAZ estipula o prazo de entrega do referido arquivo em 01/01/2012, portanto o primeiro ano de implantação da EFD, para a empresa.

Acrescenta que somado a isso teve a implantação de um novo sistema operacional chamado de RMS cuja adaptação foi difícil com diversos erros e não permitia gerar o arquivo correto, e precisou fazer entrega com datas posteriores retificando os arquivos enviados anteriormente. Alega que ainda teve que em paralelo a continuação da entrega do SINTEGRA.

Diz acreditar que por estas inconsistências técnicas, e duplicidade de informações, EFD/SINTEGRA, tenham sido geradas estas informações fora da realidade dos fatos, o que fugiu do seu controle, sendo, desse modo, um ato involuntário e não de propósito.

Acrescenta que ligado a estas distorções de faturamento, é lógico e evidente que também tenham sido superdimensionados os valores do ICMS a recolher, caso que pede reconsideração do Auto de Infração com o valor a recolher do ICMS fora do padrão da empresa.

Consigna que não reconhece e nem reconhecerá o referido valor como sendo de fato devedor, uma vez que se trata de uma empresa idônea que nos seus mais de 25 anos de existência nunca foi apontada como agindo de má fé com o erário público.

Finaliza a peça defensiva requerendo a reconsideração ou até mesmo uma nova auditoria para se buscar a veracidade dos fatos.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.235/236). No tocante às infrações 4 e 5, afirma que o autuado não utiliza critérios técnicos suficientes na sua argumentação defensiva sobre os fatos ocorridos e que deram origem ao Auto de Infração em lide.

Diz que o autuado menciona dados da revista Supermercado Moderno que fala de vendas em supermercados de acordo com a quantidade e produtividade dos empregados. Sustenta que isto não esclarece em nada a questão que está sendo discutida, uma vez que as saídas das mercadorias nos supermercados são feitas por ECF – Emissor de Cupom Fiscal – que precisa apenas de um empregado por equipamento e a empresa funcionou de 01/01/2012 a 31/12/2012 com 16 equipamentos ECF.

Assevera que a planilha de faturamento anual via ECFs apresentada pela empresa não é documento fiscal, mas simplesmente um mecanismo de controle interno da empresa.

Quanto às vendas por ECF, observa que o autuado apresenta uma planilha de vendas para cada mês de 13 ECFs quando o estabelecimento utilizou 16 no período fiscalizado, conforme dados da SEFAZ e Mapa Resumo – ECF que também não é considerado como documento fiscal, e coloca apenas a Redução “Z” do caixa 26 do dia 01/01/2012 e 31/12/2012, mostrando o faturamento anual de R\$2.748.604,06 (págs 65 e 66). Reitera que esses Mapas Resumo apresentados nas págs 33 a 60 também são meros mecanismos de controle interno da empresa.

Observa que o autuado menciona vendas ocorridas no dia 03/03, no Caixa 15 (pág. 73), do dia 05/03 no Caixa 24, e do dia 31/03/12 no Caixa 15.

Ressalta que amostragens de vendas de 5 ou 6 produtos, em dois ou três ECF, em uma amostragem de dois ou três dias, não servem para esclarecer os fatos e discordar da exigência fiscal.

Assinala que o autuado menciona ainda, págs 71 a 74, sete produtos onde mostra que saíram tributados e afirma que o sistema SIAF está cobrando como se não tivessem sido tributados.

O autuante contesta tal alegação. Explica que o sistema “puxa” todas as vendas dos produtos feitas no mês por ECF, e não por dia, e cobra as que não foram tributadas, porém o contribuinte mencionou algumas vendas tributadas feitas nesses dias citados por ele. Diz que no total de 2012 o valor do ICMS devido auditado foi de R\$3.191.341,79. Esclarece que desse total, abateu do débito do ICMS auditado, o valor do ICMS de R\$927.921,03 debitado pelo contribuinte no seu Livro de Saídas e transportado para o Livro de Apuração, onde foram abatidos os créditos e calculado o ICMS a pagar, resultando no débito de ICMS no valor de R\$ 2.263.420,76 para a infração 4, ANEXO 4, pág. 21.

Diz que dessa forma, os valores do ICMS desses itens que o contribuinte mostra que lançou o ICMS, págs 71 a 74, estão inclusos nesses valores do ICMS debitado no Livro de Saídas e que foi abatido do ICMS Auditado.

Registra que o autuado colocou na EFD, os valores dos itens, as alíquotas, porém colocou valor 0,00 na Base de Cálculo da maioria dos itens, dando tratamento assim de mercadoria tributada como não tributada.

Quanto à infração 5, diz que o autuado fez o inverso. Ou seja, informou na EFD os valores dos itens, da Base de Cálculo, mas coloca alíquota 0 (zero), consequentemente o ICMS teve valores iguais a 0,00 (zero) para os produtos vendidos, também assim, dando tratamento de mercadorias tributadas como não tributadas, sendo exigido o ICMS no valor de R\$130.589,82.

Registra que os dados de saídas de mercadorias por ECF que geraram as infrações 4 e 5 foram obtidos a partir das informações da EFD do contribuinte, especificamente no arquivo C- 495.

Consigna que decidiu manter totalmente a autuação referente as ocorrências de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2012, porque em conformidade com a legislação do ICMS e respectivos artigos.

Salienta que na Escrituração Fiscal Digital (EFD) apresentada pelo autuado, especificamente na escrita fiscal das entradas e saídas por itens, constam nas saídas cerca de 143.291 itens, dos quais 114.785 de vendas por ECF, detalhados por quantidade, valor do item, Base de Cálculo, alíquota e valor do ICMS.

Ressalta que é praticamente impossível para o contribuinte criar ou inventar tantos itens que foram vendidos com tantos detalhes e seus respectivos valores, conforme demonstrativos anexados impressos e em mídia.

Observa que o autuado alega que não teve tempo suficiente para prestar a explicação necessária ao Fisco, contudo, diz o autuante que enviou por *e-mail* faltando 16 dias para terminar o trimestre da fiscalização, mas o autuado nada respondeu. Acrescenta que posteriormente foi à empresa para mostrar os dados da fiscalização ao contador, que com muita insistência sua, resolveu conceder apenas uns dez minutos para explicá-lo e só disse que tinha erros.

Assinala que recentemente o autuado teve 60 dias para fazer a sua defesa e coloca apenas duas ou três cópias de Redução Z de dois ou três dias de apenas dois ou três ECF e o faturamento de um ano de apenas um ECF, também, Caixa 26.

Reitera que o autuado teve tempo suficiente para apresentar a Memória de Fita Detalhe (MFD) das vendas do ano, mês a mês ou diária em mídia e apresentar ao Fisco e ao CONSEF e não o fez.

Conclusivamente, diz que mantém as infrações 4 e 5, devido às informações dos demonstrativos anexados e porque estão amparadas na Legislação do ICMS e no enquadramento legal das infrações.

Assinala que as demais infrações não foram objeto de impugnação e também as mantém totalmente.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de dez infrações à legislação do ICMS imputadas a autuado.

O exame dos elementos que compõem o presente processo, permite constatar que, apesar de na peça defensiva o autuado haver mencionado que a Fiscalização acusa a empresa de ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$2.418.646,63 - valor histórico total do crédito tributário exigido no Auto de Infração -, na condução de suas razões restringiu-se apenas às infrações 4 e 5, cujos valores são mais significativos. Ou seja, as infrações 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9 e 10 não foram objeto de impugnação expressa por parte do autuado.

É certo que 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, consoante dispõe o art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Do mesmo modo, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, mediante a apresentação de elemento probatório de que necessariamente disponha (arts. 142 e 143 do RPAF/BA/99).

No caso das infrações 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9 e 10, plenamente aplicáveis às disposições dos artigos 140, 142 e 143 do RPAF/BA/99, acima referidos, haja vista o silêncio do autuado no tocante a estas infrações.

Portanto, com fundamento nos referidos artigos do RPAF/BA/99, as referidas infrações poderiam ser declaradas procedentes na íntegra, já que o autuado impugnou expressamente apenas as infrações 4 e 5.

Entretanto, no tocante às infrações 3 e 7 não impugnadas, e as infrações 4 e 5 impugnadas, constato a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário no período compreendido nos meses de janeiro a novembro de 2012.

Isso porque, o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2017, e a ciência do Contribuinte ocorreu em 29/12/2017, conforme consta no campo próprio do Auto de Infração, sendo que no caso dessas infrações a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos se dá a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150 do CTN.

Vale consignar, que o entendimento de que a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos se dá a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150, que está fundamentado na orientação jurídica emanada da Procuradoria Geral do Estado (PGE/PROFIS), por meio de Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, segundo o qual, ocorre decadência 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, contudo, efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Diante disso, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2017 e a ciência do Contribuinte ocorreu em 29/12/2017, conforme consta no Auto de Infração, as exigências atinentes aos meses de janeiro a novembro de 2012 foram alcançadas pela decadência, em face da contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos se iniciar a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150 do CTN.

Assim sendo, como a infração 3 abrange os meses de janeiro a junho, agosto e outubro de 2012, foi alcançada pela decadência, sendo, desse modo, improcedente.

A infração 4, abrange os meses de março a agosto, novembro e dezembro de 2012, restando

alcançado pela decadência o período compreendido nos meses de março a agosto e novembro. O mês de dezembro não foi alcançado pela decadência, portanto, será objeto de exame, em face de a infração ter sido expressamente impugnada pelo autuado.

Já a infração 5, abrange os meses de março a agosto, outubro a dezembro de 2012, restando alcançado pela decadência o período compreendido nos meses de março a agosto, outubro e novembro. O mês de dezembro não foi alcançado pela decadência, portanto, será objeto de exame, haja vista que esta infração foi objeto de impugnação expressa pelo autuado.

Quanto à infração 7, abrange os meses de janeiro a dezembro de 2012, restando alcançado pela decadência o período compreendido nos meses de janeiro a novembro de 2012, sendo, desse modo, parcialmente procedente no valor de R\$682,88, referente ao mês de dezembro de 2012.

No que concerne às infrações 4 e 5, em face da ocorrência da decadência conforme explicitado linhas acima, cabe analisar exclusivamente a exigência fiscal atinente ao mês de dezembro de 2012, de ambas as infrações. Estes dois itens da autuação foram impugnados conjuntamente pelo autuado, desse modo, o exame também será feito conjuntamente.

Ambas as infrações dizem respeito à falta de recolhimento do ICMS, em razão de o autuado haver praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas.

Conforme esclarecido pelo autuante e consta nos autos, a diferença entre tais infrações decorre do fato de que, na infração 4, o autuado registrou na EFD os valores dos itens, as alíquotas, porém, colocou valor 0,00 (zero) na Base de Cálculo da maioria dos itens, dando tratamento assim de mercadoria tributada como não tributada. Já na infração 5, o autuado procedeu de forma inversa. Ou seja, registrou na EFD os valores dos itens e da Base de Cálculo, porém, colocou a alíquota 0 (zero), o que resultou que o ICMS teve valores iguais a 0,00 (zero) para os produtos vendidos, portanto, dando tratamento de mercadorias tributadas como não tributadas.

Adicionalmente, foi consignado na descrição da infração 4 que *o contribuinte vendeu por EFC diversas mercadorias tributadas como não tributadas, usando o CST 040 de mercadorias isentas, não apurando assim o montante do imposto referente a essas operações, sendo que no total das mesmas resultou ICMS a pagar igual a R\$0,00 (ZERO). Deduzi o ICMS que pagou em outras operações que realizou corretamente como tributáveis porque o contribuinte não tinha informado as mesmas no Registro de Saídas por itens na sua EFD.*

Já na infração 5 foi consignado adicionalmente que *o contribuinte vendeu por EFC diversas mercadorias tributadas como não tributadas, usando o CST 040 DE MERCADORIAS ISENTAS, NÃO APURANDO, ASSIM, O MONTANTE DO IMPOSTO DEVIDO REFERENTE A ESSAS OPERAÇÕES QUE FORAM MUITAS, , SENDO QUE NO TOTAL APURADO DAS MESMAS RESULTOU EM ICMS A PAGAR IGUAL A R\$0,00 (ZERO).*

Observo que o autuado conduz a sua defesa aduzindo precipuamente dados e informações referentes a outras empresas do mesmo segmento, obtidos junto à revista Supermercado Moderno, que trata de vendas em supermercados de acordo com a quantidade e produtividade dos empregados, para sustentar a impossibilidade de lhe ser exigido o ICMS constante do Auto de Infração em lide.

Certamente que as alegações defensivas não se apresentam suficientes para elidir estas duas infrações. A alegação defensiva atinente aos dados trazidos de outras empresas do mesmo segmento e de grande porte, por si só, não se apresenta suficiente para elidir a autuação.

No presente caso, considero pertinente o entendimento manifestado pelo autuante no sentido de que, uma vez que as saídas das mercadorias nos supermercados são feitas por ECF – Emissor de Cupom Fiscal – que precisa apenas de um empregado por equipamento e a empresa funcionou de 01/01/2012 a 31/12/2012 com 16 equipamentos ECF.

Do mesmo modo, a planilha de faturamento anual por meio de ECFs apresentada pelo autuado não elide a autuação, mesmo porque não se trata de um documento fiscal, mas sim um controle interno da empresa.

Quanto aos exemplos trazidos pelo autuado, por amostragem, observo que assiste razão ao autuante, quando diz que do valor do ICMS devido auditado, deduziu o valor do ICMS debitado pelo contribuinte no seu Livro Registro de Saídas, e transportado para o Livro Registro de Apuração do ICMS, onde foram abatidos os créditos e calculado o ICMS a pagar. Portanto, os valores do ICMS dos itens demonstrados pelo autuado como lançados, já estão inclusos nesses valores do ICMS debitado no Livro de Saídas e foram abatidos do ICMS devido auditado.

Conforme observado pelo autuante, os dados de saídas de mercadorias por ECF que geraram as infrações 4 e 5 foram obtidos a partir das informações da EFD do contribuinte, especificamente no arquivo C- 495.

Desse modo, a infração 4 é parcialmente subsistente no valor de R\$214.251,50, referente ao mês de dezembro de 2012, e a infração 5 parcialmente subsistente no valor de R\$11.817,18, referente ao mês de dezembro de 2012.

Diante do exposto, as infrações 1, 2, 6, 8, 9 e 10 são procedentes e as infrações 3, 4, 5 e 7 parcialmente procedentes, conforme demonstrativo abaixo:

INF	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	296,58	296,58	60%	PROCEDENTE
02	2.496,50	2.496,50	60%	PROCEDENTE
03	1.722,73	0,00	-----	IMPROCEDENTE
04	2.263.420,76	214.251,50	60%	PROCEDENTE EM PARTE,
05	130.589,82	11.817,180	60%	PROCEDENTE EM PARTE
06	458,78	458,78	60%	PROCEDENTE
07	11.823,73	682,88	60%	PROCEDENTE EM PARTE
08	998,13	998,13	60%	PROCEDENTE
09	1.931,87	1.931,87	-----	PROCEDENTE
10	4.907,73	4.907,73	-----	PROCEDENTE
Total	2.417.712,89	237.841,15		

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232877.0017/17-7**, lavrado contra **ROBERTO ALMEIDA DOS SANTOS & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$231.001,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.839,60**, prevista nos incisos IX (reduzida da multa em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c o art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 – CTN) e XI do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR