

PROCESSO - A. I. Nº 232877.0017/17-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ROBERTO ALMEIDA DOS SANTOS & CIA. LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0071-01/19
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INERNET: 13/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0361-12/19

EMENTA: ICMS. 1. 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. Infração 3 insubsistente. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infrações 4 e 5 parcialmente subsistentes apenas no tocante ao mês de dezembro de 2012. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Períodos de ocorrências de janeiro a novembro de 2012 alcançados pela decadência. Reduzido o valor do débito. Infração 7 parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente em Parte 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, sendo que as infrações 1, 2, 6, 8, 9 e 10, foram Procedente na instância inferior e, apenas objeto do ora Recurso às infrações :

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%;*
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%;*

O autuado apresentou defesa (fls. 27 a 32), onde aduziu apenas contra as infrações 3, 4, 5 e 7 suas razões defensivas e o autuante presta Informação Fiscal (fls. 235/236). Após as deliberações de ambas as partes, o colegiado julgou improcedente o item 3 e procedente em parte os itens 4, 5 e 7, sendo Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

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.

A JJF recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 17/08/18.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF, Acórdão 1ª JJF nº 0071-01/19, desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário de R\$2.418.646,63 para o montante de R\$ 237.841,15, justificando assim o recurso de ofício.

Quanto ao mérito, a redução do valor lançado decorreu da sucumbência estatal relativamente às infrações 3, 4, 5 e 7, em relação às quais o item 3 foi julgado improcedente e os itens 4, 5 e 7 procedentes em parte.

Após discorrer quanto à decadência, já que o próprio recorrido não se atentou para tal, conclui, a

JJF, acerca da sua ocorrência relativamente às infrações 3 e 7 (não impugnadas) e 4 e 5 (impugnadas), tendo estas imputações decaídos nos meses de janeiro a novembro de 2012, pois 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.

Consignou também que o entendimento da 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. Verifica-se que 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 já cita no parágrafo anterior.

Após acolhida a decadência dos períodos já computados, de jan a nov de 2012, a **infração 3** permaneceu nos meses de janeiro a junho (toda infração), o **item 4** foi decaído os meses de março a agosto e novembro, para a **imputação 5** ocorreu a decadência para os meses de março a agosto, outubro e novembro e, no último **item (7)** foram retirados os meses de janeiro a novembro.

Através da análise minuciosa da decisão recorrida, não vejo como discordar da decisão da 1ª Instância, onde verificando em mesa no INC/SEFAZ, houve recolhimento em todos os meses no exercício de 2012. Percebo, também, que o recorrido incorreu em erros nos seus lançamentos fiscais, juntamente com os seus livros Registros de Saídas e Apuração do imposto, onde a fiscalização demonstrou que na infração 4 “colocou valor 0,00 (zero) na Base de Cálculo da maioria dos itens” e no item 5 “colocou a alíquota 0 (zero), o que resultou que o ICMS teve valores iguais a 0,00 (zero) para os produtos vendidos”. Portanto, mantenho a decisão recorrida.

Por todas razões referidas, não merece reparo a decisão recorrida, NEGOU PROVIMENTO, do Recurso de Ofício interposto, conforme o demonstrativo de fl. 252 do acórdão recorrido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **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.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS