

PROCESSO - A. I. Nº 206828.0010/06-0
RECORRENTE - PADARIA E MERCEARIA SÃO JOSÉ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0105-05/07
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 08/10/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0317-11/08

EMENTA: ICMS. 1. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA FORNECEDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAIDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXERCÍCIO DE 2004. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAIDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXERCÍCIO DE 2005. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ambas as constatações indicam que o sujeito passivo efetuou o pagamento com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Presunção parcialmente elidida, após correção das inconsistências e aplicação do índice proporcional às saídas tributadas. Exigências parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0105-05/07, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado para exigir o débito de R\$ 55.214,99, em razão da constatação de cinco infrações, sendo objeto deste Recurso:

INFRAÇÃO 1 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, inerente ao exercício de 2004, sendo exigido o ICMS de R\$22.633,79.

INFRAÇÃO 2 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, inerente aos meses de: janeiro a maio, julho, agosto e dezembro de 2005, sendo exigido o imposto de R\$32.153,19.

A Decisão recorrida inicialmente rejeitou a preliminar de nulidade do Auto de Infração e parcialmente considerou as razões de mérito, diante das seguintes considerações:

1. Descabe a arguição de nulidade das infrações 1 e 2, suscitada pelo autuado, sob o argumento de que não foi observado o critério da proporcionalidade das operações, por entender a JJF que o critério da proporcionalidade refere-se quando o imposto for apurado através de arbitramento da base de cálculo, não se aplicando na situação presente em que o imposto foi exigido em decorrência de roteiros de auditorias de contas do passivo e caixa, em que foi apurado omissão de saída com base em presunções legais (passivo fictício e saldo credor de caixa), uma vez que esta questão ainda não foi pacificada neste Conselho de Fazenda. Aduz também que o autuado não trouxe aos autos a quantificação dos percentuais, para justificar a adequação ou não da aplicação do critério de proporcionalidade, motivo pelo qual não acata tal pretensão.

2. Em relação às diversas inconsistências apontadas na defesa, relativamente às citadas infrações, a exemplo de: pagamentos de duplicatas não considerados, lançados em prazo diferente do que ocorreu, compras à vista, etc, ressalta a JJF que, na informação fiscal, o autuante acatou todas as alegações defensivas, refez o demonstrativo de débito original, cuja cópia juntou à fl. 706, indicando como devido os valores de R\$19.610,18 na infração 1 e R\$12.293,36 na infração 2, os quais não foram contestados pelo autuado. Assim, a Decisão da JJF foi de acatar o novo demonstrativo de débito.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 732 a 736, onde reitera sua preliminar de nulidade do Auto de Infração pela desconsideração ao critério da proporcionalidade na mensuração das alíquotas, uma vez que entende que tanto o arbitramento quanto a presunção são métodos para encontrar uma base de cálculo desconhecida. Tanto um quanto outro pressupõe um trabalho com base em indícios, segundo os quais se presume uma base de cálculo, sendo que ambos podem ser elididos pelo contribuinte, desde que faça prova em contrário à base de cálculo encontrada. Cita Decisões do CONSEF.

Em seguida, passa a demonstrar a proporcionalidade, quantificando os percentuais das mercadorias tributadas, isentas e tributadas por antecipação, nos exercícios de 2004 e 2005. Ressalta que a situação ainda lhe é mais favorável uma vez que, dentre as mercadorias tributadas, há percentual considerável de saídas a 7%. Porém, salienta que, por dificuldades relacionadas a transições entre escritórios de contabilidade, não foi possível apurar tais percentuais.

Defende que deve ser declarada a nulidade, uma vez que está evidente a falta fiscal quanto ao critério da proporcionalidade para a aplicação das alíquotas às bases presumidas.

Por fim, requer:

- a) nulidade do Auto de Infração, em relação a não observância do critério da proporcionalidade, uma vez que essa é medida de isonomia em relação aos contribuintes submetidos ao arbitramento;
- b) alternativamente, a aplicação da proporcionalidade em consonância às percentagens de operações tributadas explicitadas;
- c) a designação de auditor estranho ao feito para realização de diligência, indicando a proporção e natureza das operações de saídas realizadas, para responder, em relação a cada ano, qual percentual das receitas corresponde a operações tributadas a 7%, 17%, isentas e tributadas por antecipação;
- d) a intervenção da PGE/PROFIS, pronunciando-se pela Supremacia do Interesse Público – que não se confunde com interesses de governo – com suas sempre judiciosas considerações.

A PGE/PROFIS, à fl. 742 dos autos, em razão das considerações do recorrente, sugere pela conversão do PAF em diligência a fim de investigar a efetividade do quanto afirmado pelo contribuinte, relativamente ao fato de operar também com mercadorias isentas, não tributadas ou antecipadamente tributadas, bem assim, em caso positivo, de determinar o percentual das saídas de cada uma destas sobreditas espécies de mercadorias, com vistas a possibilitar a aplicação da aludida proporcionalidade. Tal sugestão foi acatada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar do dia 09/10/2007, do que foi convertido o PAF à ASTEC para a devida apuração.

Às fls. 746 a 749 dos autos foi apensado o Parecer ASTEC nº 205/2007, no qual consta que foi verificado o percentual das saídas de mercadorias tributadas pelo regime normal e as mercadorias com imposto já recolhido pelo regime de substituição tributária e outras, relativamente ao período objeto do lançamento de ofício em exame. Também foi consignado que não foi calculada a alíquota no período fiscalizado (7% e 17%), pois, segundo o próprio autuado, à fl. 735, existem dificuldades relacionadas a transições com o escritório de contabilidade. Por fim, foi elaborado novo demonstrativo de débito, reduzindo o montante original de R\$54.786,98 das

duas infrações para R\$27.140,39, sendo R\$11.950,64, para a infração 1, e R\$15.189,75, para a infração 2, conforme demonstrado à fl. 748 dos autos.

Instado a se manifestar sobre o resultado da diligência, o recorrente, às fls. 761 a 763 dos autos, aduz que o referido Parecer apresenta adequadamente a aplicação do critério da proporcionalidade, entretanto, ressalta a existência de erros em relação aos valores de ICMS apurado, uma vez que não se considerou a concordância do autuante com algumas alegações de defesa, a qual remanesceu o ICMS de R\$19.610,18, para a infração 1, e R\$12.293,35, para a infração 2.

Diante do exposto, aduz o recorrente que o quadro resumo apresentado no Parecer ASTEC, à fl. 749, deverá ser retificado para R\$ 16.149,40, sendo R\$ 10.354,18, referente à primeira infração, e R\$5.795,22, para a segunda infração, conforme percentuais apurados na diligência, à fl. 749 dos autos.

Por fim, reitera a nulidade do Auto de Infração e, se superada, que seja levada em conta o Parecer ASTEC nº 205/2007 com as correções apresentadas.

A PGE/PROFIS, em seu pronunciamento às fls. 767 e 768 dos autos, aduz que, diante de tal opinativo da ASTEC, impõe-se o Provimento Parcial do Recurso Voluntário para fins de, mediante a aplicação da proporcionalidade encontrada, reduzir o valor da autuação, haja vista o entendimento, já consolidado no CONSEF, no sentido de que a exigência do ICMS por presunção, em razão da omissão de saídas apurada através de passivo fictício ou saldo credor de caixa, deverá ser proporcional às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação, excluindo-se da cobrança aquelas sujeitas à antecipação tributária ou cujas saídas são isentas ou não tributadas.

Assim, a PGE/PROFIS corrobora os quantitativos apresentados pela ASTEC no demonstrativo de fls. 749, ressalvando apenas que, tal como requerido pelo recorrente na sua manifestação, devem ser expungidos os valores que já haviam sido anteriormente excluídos pelo próprio autuante, consoante se colhe do demonstrativo de fl. 706 dos autos.

Por fim, a PGE/PROFIS opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, o que é corroborado pelo Procurador Assistente, à fl. 770 dos autos.

VOTO

Da análise da preliminar de nulidade do Auto de Infração suscitada pelo recorrente, em relação à não aplicação do critério de proporcionalidade para a apuração do imposto exigido nas duas primeiras infrações, observo se tratar de uma questão de mérito, e assim será tratada, pois, no caso concreto, é cabível adequação do imposto exigido, de forma proporcional, às diversas tributações das mercadorias comercializadas pelo contribuinte, conforme se apurou através da diligência deferida.

No mérito, tem pertinência a alegação do recorrente de que, na apuração das citadas infrações, não se considerou que parte das mercadorias comercializadas pelo contribuinte é sujeita à substituição tributária ou isentas.

Realmente, o entendimento atual deste Colegiado é de que é razoável a adoção da proporcionalidade relativa às mercadorias tributadas, para apuração do imposto devido, quando se detectar, no caso concreto, as hipóteses que autorizam a presunção legal de operações de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Tal entendimento deriva do fato de que a adequação aos diversos tipos de tributação das mercadorias comercializadas é uma forma de se demonstrar a improcedência parcial da aludida presunção, conforme previsto em lei. Ademais, tal entendimento é corroborado através da Instrução Normativa nº 56/2007 da Secretaria da Fazenda.

Assim, através da diligência realizada pela ASTEC, conforme Parecer nº 205/2007 constante às fls. 746 a 749 dos autos, cujos valores são corroborados nos Relatórios das DMA's arquivadas na

SEFAZ e constantes às fls. 750 a 758 dos autos, se chegou aos percentuais de mercadorias tributadas nos períodos, os quais incidentes sobre os valores remanescentes acusados na Decisão recorrida, apurou ICMS proporcionalmente devido de R\$10.354,18, para a primeira infração, e de R\$7.159,86, para a segunda infração.

Diante do exposto, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$17.942,05, sendo: R\$10.354,18, para a primeira infração; R\$7.159,86, para a segunda infração; R\$167,76, para a terceira infração; R\$183,71, para a quarta infração e R\$76,54, para a quinta infração, estas três últimas objeto de reconhecimento pelo sujeito passivo, conforme abaixo discriminado:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq (%)	Vlr Histórico	Vlr Julgado-JJF	Vlr Julgado-CJF	Multa
1	1	31/12/2004	09/01/2005	17	22.633,79	19.610,18	10.354,18	70
2	2	31/01/2005	09/02/2005	17	5.592,12	2.371,37	2.622,70	70
3	2	28/02/2005	09/03/2005	17	11.422,61	9.583,57	4.516,74	70
4	2	31/03/2005	09/04/2005	17	845,17	0,00	0,00	0
5	2	30/04/2005	09/05/2005	17	1.602,87	0,00	0,00	0
6	2	31/05/2005	09/06/2005	17	7.092,41	0,00	0,00	0
7	2	31/07/2005	09/08/2005	17	2.621,30	0,00	0,00	0
8	2	31/08/2005	09/09/2005	17	1.951,23	338,42	20,42	70
9	2	31/12/2005	09/01/2006	17	1.025,48	0,00	0,00	0
10	3	31/08/2004	09/09/2004	17	126,20	126,20	126,20	60
11	3	31/08/2005	09/09/2005	17	41,56	41,56	41,56	60
12	4	31/05/2005	09/06/2005	17	92,99	92,99	92,99	60
13	4	31/07/2005	09/08/2005	17	90,72	90,72	90,72	60
14	5	31/05/2005	09/06/2005	17	38,74	38,74	38,74	60
15	5	31/07/2005	09/08/2005	17	37,80	37,80	37,80	60
Total					55.214,99	32.331,55	17.942,05	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206828.0010/06-0, lavrado contra **PADARIA E MERCEARIA SÃO JOSÉ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.942,05**, acrescido das multas de 70% sobre R\$17.514,04 e 60% sobre R\$428,01, previstas no art. 42, III; II, “f” e “d”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PGE/PROFIS