

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0001/05-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF nº 0453-12/06
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0381-11/08

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE. SEXTA INFRAÇÃO. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a procedência parcial do Auto de Infração, em face de serem parcialmente devidas as exigências relativas às infrações 6 e 7, uma vez que o sujeito passivo comprovou em parte a improcedência da presunção legal, ao demonstrar operar com mercadorias não tributadas e isentas. Representação **PARCIALMENTE ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, c/c com o art. 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, face ao Controle da Legalidade, exercido por este órgão, que propõe que o CONSEF aprecie a referida Representação para que sejam deduzidos dos montantes impostos nas infrações 06 e 07 do presente lançamento o valor referente às saídas de mercadorias não tributadas, reduzindo o valor do presente Auto de Infração para R\$ 167.017,18, conforme demonstrativo de fls. 892/894, em razão da aplicação da proporcionalidade do percentual de mercadorias tributáveis comercializadas pelo contribuinte sobre o montante da omissão de saídas tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas (infração 06), conforme estabelecido na Instrução Normativa nº. 56/2007, como também da aplicação da aludida proporcionalidade sobre o ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades a Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS, constantes das notas fiscais capturadas no CFAMT (infração 07).

O Acórdão da 2ª CJF nº 0453-12/06, às fls. 840 a 843 dos autos, concluiu em Não Prover o Recurso de Ofício, interposto através do Acórdão JF nº. 0043-04/06, de fls. 670 a 674, e Prover Parcialmente o Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte no valor total de R\$362.952,22, conforme a seguir:

Demonstrativo do Débito

Infrações	Valor original A. de Infração	Valor Acórdão 4ª JFJ	Valor mantido Acórdão 2ª CJF	Valor da Representação (fls. 892/894)
Infração 01	1.306,90	1.306,90	1.306,90	1.306,90
Infração 02	3.642,60	3.642,60	3.642,60	3.642,60
Infração 03	1.031,74	1.031,74	1.031,74	1.031,74
Infração 04	15.254,91	5.231,74	5.231,74	15.254,91
Infração 05	31.173,61	31.173,61	31.173,61	31.173,62
Infração 06	227.023,01	161.742,35	159.246,76	83.565,16
Infração 07	15.682,26	14.838,99	13.958,45	13.958,45
Infração 08	130.276,62	130.276,62	130.276,62	130.276,62
Infração 09	17.083,80	17.083,80	17.083,80	17.083,80
Totais:	442.475,45	366.328,35	362.952,22	167.017,18

Obs.: Erro no somatório das parcelas da Representação (não incluído o valor de R\$130.276,62).

VOTO

Preliminarmente, da análise do quadro acima e das peças processuais, observo que o Parecer da Assessoria da PGE/PROFIS, de fls. 890 a 894 dos autos, no qual se fundamentou a Representação ora sob análise, contém dois erros materiais, a saber:

1. Considerou indevidamente o valor original da infração 4, correspondente a R\$15.254,91, a qual foi julgada subsistente em parte pelo Acórdão JJF nº 0043-04/06, no montante de R\$5.231,74, conforme se pode observar às fls. 656 e 676, cuja Decisão foi mantida pelo Acórdão CJF nº 0453-12/06, ao Não Prover o Recurso de Ofício interposto, consoante fl. 843 dos autos. Portanto, o valor correto da Infração 04 é de R\$5.231,74;
2. Totalizou o montante de R\$167.017,18 equivocadamente, sem considerar a parcela de R\$130.276,62, relativa à infração 8, conforme se pode verificar à fl. 894 dos autos, cujo somatório das parcelas resulta em R\$297.293,80.

Assim, após tais correções desses erros materiais, se constata que a Representação da PGE/PROFIS é de R\$ 287.270,63, a seguir exemplificada:

ERRATA DO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – REPRESENTAÇÃO
(fls. 892 a 894 do PAF)

ESPECIFICAÇÃO	MOEDA	VALOR
Total Geral Representação	R\$	167.017,18
(+) Valor ref. Infração 08	R\$	130.276,62
(-) Valor indevido Infração 04	R\$	(15.254,91)
(+) Valor devido Infração 04	R\$	5.231,74
(=) Valor corrigido da Representação	R\$	287.270,63

Ultrapassadas estas observações, observo que apesar da Representação ao CONSEF objetivar que *sejam deduzidos dos montantes impostos nas infrações 6 e 7 do presente lançamento o valor referente às saídas de mercadorias não tributadas*, na verdade, a aludida Representação da PGE/PROFIS quer se reportar apenas à infração 06, pois assim está explicitado no quadro demonstrativo de fls. 892 a 894 dos autos, o qual fundamentou a Representação, ao propor a redução da infração 6 de R\$159.246,76 (conforme Acórdão CJF 0453-12/06) para R\$83.565,16. Quanto à infração 7, não foi proposta qualquer redução do seu valor, conforme demonstrado às fls. 892 e 894 dos autos.

Tal pretensão decorre em razão da aplicação da proporcionalidade do percentual de mercadorias tributáveis comercializadas pelo contribuinte sobre o montante da omissão de saídas tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas (infração 6), em consonância com o estabelecido na Instrução Normativa nº 56/2007, expedida pelo Superintendente de Administração Tributária, publicada no DOE de 21/09/2007, a qual prevê a exclusão, no lançamento de ofício, da parcela atinente a saídas imunes, isentas e enquadradas no regime de apuração de imposto por substituição tributária, exigindo o ICMS por presunção legal proporcional às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação, conforme entendimento atual deste Conselho de Fazenda.

Assim, o débito foi recalculado pela Assessoria Técnica da PGE/PROFIS, utilizando este critério da proporcionalidade, consoante demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 893, baseado na escrita fiscal do contribuinte, aplicando-se percentual de mercadorias tributadas de 50,8% para o exercício de 2003 e de 52,92%, para o exercício de 2004 (fls. 895 e 897), ensejando o débito remanescente de R\$83.565,16.

Porém, inerente à infração 7, também citada na Representação, não é cabível a aplicação da aludida proporcionalidade, pois não se trata de nenhuma das hipóteses de presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que a referida infração exige do contribuinte o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades a Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS, constantes das notas fiscais capturadas no CFAMT.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO PARCIAL da Representação da PGE/PROFIS ao CONSEF, no exercício do controle de legalidade, para que seja reduzido apenas o valor da infração 6, remanescendo o débito total do Auto de Infração no valor de R\$287.270,63, após as correções dos erros materiais apontados e em face da aplicação da proporcionalidade, relativa às mercadorias tributadas, sobre a receita de omissão de saídas apuradas através de presunção legal, em consonância com o estabelecido na Instrução Normativa nº 56/2007, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 6			
Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Vlr. Débito
6	31/01/2003	09/02/2003	1.411,43
6	28/02/2003	09/03/2003	6.487,43
6	31/03/2003	09/04/2003	1.244,19
6	30/04/2003	09/05/2003	2.337,10
6	31/05/2003	09/06/2003	1.101,77
6	30/06/2003	09/07/2003	1.358,23
6	31/07/2003	09/08/2003	1.812,10
6	31/08/2003	09/09/2003	1.472,20
6	30/09/2003	09/10/2003	664,39
6	31/10/2003	09/11/2003	7.602,97
6	30/11/2003	09/12/2003	8.630,70
6	31/12/2003	09/01/2004	3.089,18
6	31/01/2004	09/02/2004	234,00
6	29/02/2004	09/03/2004	1.618,97
6	31/03/2004	09/04/2004	5.725,64
6	30/04/2004	09/05/2004	162,97
6	31/05/2004	09/06/2004	28.694,73
6	30/06/2004	09/07/2004	9.316,99
6	31/07/2004	09/08/2004	200,94
6	31/08/2004	09/09/2004	399,23
INFRAÇÃO 6			83.565,16
INFRAÇÃO 1			1.306,90
INFRAÇÃO 2			3.642,60
INFRAÇÃO 3			1.031,74
INFRAÇÃO 4			5.231,74
INFRAÇÃO 5			31.173,62
INFRAÇÃO 7			13.958,45
INFRAÇÃO 8			130.276,62
INFRAÇÃO 9			17.083,80
TOTAL			287.270,63

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER PARCIALMENTE** a Representação proposta, inerente apenas à infração 6, resultando o Auto de Infração no montante de **R\$287.270,63**, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS