

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0023/04-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JMJ CONSTRUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE MATERIAS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
(JMJ DISTRIBUIDORA)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 08/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0158-12/11

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO. Representação proposta de acordo com o art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja alterado o valor do imposto exigido no Auto de Infração tendo em vista que até 10/10/2002 a empresa se encontrava inscrita nesta Secretaria de Fazenda na condição de “Contribuinte Especial”, afora de que não havia sido aplicada a proporcionalidade determinada na Instrução Normativa nº 56/2007 em relação às mercadorias enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS, que no controle da legalidade e, após verificar a existência de erros no lançamento do presente Auto de Infração, propõe a este CONSEF o seu saneamento.

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2004, imputou ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas nos exercícios de 2000 a 2003, no valor de R\$75.172,27. Foi aplicada multa de 70%.

O autuado apresentou defesa em 11/02/2005 (fls. 128/130) e o autuante prestou sua informação em 14/09/2005 (fls. 132/133). O processo foi encaminhado ao CONSEF, que o reenviou à Inspetoria de Simões Filho para verificação da tempestividade da defesa apresentada (fl. 136).

Foi lavrado Termo de Revelia (fl. 137) e encaminhados os autos para inscrição em Dívida Ativa. (fls. 138). A GECOB/Dívida Ativa o envia à SAT/DAT/METRO/CCFED/PAF para que o autuado fosse cientificado da intempestividade da defesa apresentada, o que foi realizado (fls. 139/148).

Inscrito o débito em Dívida Ativa, foi ele ajuizado na Vara de Fazenda Pública da Comarca de Lauro de Freitas (fls. 149/164).

O contribuinte apresenta impugnação ao lançamento fiscal perante o Controle da Legalidade da PGE/PROFIS em 07/10/2009 (fls. 168/177). Pede que seja feita representação a este Colegiado sob as seguintes razões:

1. Não foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais quando do início da ação fiscal, bem como, inexistente, nos autos, o Termo de Início de Fiscalização.
2. Inexistem no PAF demonstrativos e papéis de trabalho onde fiquem claros os critérios adotados para constituição do crédito tributário.
3. O levantamento fiscal foi realizado com a utilização de folhas soltas, não revestidas das formalidades legais, como previsões expressas nos art. 701 a 704, do RICMS/BA.
4. Até 05/10/2002 suas atividades comerciais não se encontravam inseridas no âmbito do ICMS, pois operava no ramo de edificações de imóveis e na incorporação imobiliária. Somente a partir desta data incluiu no objeto da empresa o comércio atacadista de material de construção civil. Junta aos autos prova do alegado.

5. No levantamento fiscal foram incluídas aquisições de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Ressalta de que a ausência de demonstrativos e levantamentos nos autos dificultou a sua defesa.
6. Não foram abatidos os créditos fiscais consignados nos documentos fiscais conforme determina a legislação tributária e como analisou.
7. Não foram consideradas operações de remessa de bens para montagem de equipamento em edifício, não sendo considerado de que eles não se destinavam à comercialização e sim a obra de construção civil. Detalhou os fatos.

Requeru a extinção do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS encaminha os autos à Inspetoria de origem para que o autuante se pronuncie acerca dos argumentos apresentados pelo autuado (fl. 189v). Diante da aposentadoria do autuante, fiscal estranho ao feito foi designado para produzir a informação fiscal que foi feita nos seguintes termos (fls. 190/192):

- 1- *De fato o autuante não anexou ao processo cópia da intimação fiscal e/ou termo de início de fiscalização, entretanto, as alegações do contribuinte não prosperam, pois, a ação fiscal teve início sob o conhecimento do contribuinte e do seu preposto legal Senhor Lazaro Esperdião Silva de Melo, que atendeu ao requerido pelo auditor fiscal e forneceu os livros de registro de entradas necessários a execução da ação fiscal. A intempestividade da peça elaborada pelo autuado não tem justificativa legal, uma vez que, a ciência dada ao PAF foi em 29 de dezembro de 2004 e o mesmo só protocolou sua defesa em 11 de fevereiro de 2005 levando o CONSEF ao não acolhimento da sua manifestação.*
- 2- *É direito do contribuinte buscar todas as alternativas legais que visem aplicar o direito, como o fez, razão dessa nossa manifestação.*
- 3- *Entendo que não exista razão para se falar em NULIDADE, pois, o procedimento fiscal foi elaborado com base em livros fiscais apresentados pelo contribuinte e notas fiscais requisitadas do sistema CFAMT. A cópia dos livros anexada - processo (vide fls. 06 a 19) está de acordo com a legislação fiscal e apresenta claramente o registro dos documentos fiscais lançados mês a mês pelo contribuinte. A ausência do termo de abertura e encerramento não descaracteriza a idoneidade do livro fiscal apresentado pelo contribuinte.*
- 4- *De fato o a condição do contribuinte até 10/10/2002 era de ESPECIAL e até aquela data não se poderia falar em registro de documentos fiscais, uma vez que, contribuinte ESPECIAL não se encontra obrigado a possuir e/ou registrar livros fiscais de entradas e saídas;*
- 5- *Do análise dos documentos fiscais, referente ao período de agosto de 2000 a 10 de outubro de 2002, entendemos ter pertinência às alegações do contribuinte sob sua condição de não contribuinte do ICMS, uma vez que, até aquela data só desenvolvia atividade ligada à construção civil, mesmo tendo adquirida produtos com alíquota de 7% e 12% em operações interestaduais. Assim, fica excluído do Auto de Infração os valores do imposto lançado referente aos meses de abril/00 a set/02 e parte do valor lançado em outubro/02 conforme DEMONSTRATIVO 01 em anexo;*
- 6- *Analizando também os documentos fiscais anexados ao processo pelo autuante correspondentes ao período de outubro de 2002 a setembro de 2003 verificamos a existência de várias nfs de aquisições de produtos (cimento e tintas) da substituição tributária com a respectiva retenção do icms devido, e, para esses documentos fiscais elaboramos demonstrativos (em anexo) da cobrança de MULTA de 1% por cento do valor total das operações;*
- 7- *Não procede o pedido do contribuinte no que se refere à aplicação do crédito das notas fiscais por ele relacionado na sua peça defensiva, uma vez que, a penalidade aplicada pelo autuante não oferece essa possibilidade. Dessa forma, prevalece o nosso demonstrativo em anexo correspondente à aquisição de produto tributável;*
- 8- *É devida a cobrança do ICMS correspondente ao a aquisição de componentes de montagem de elevador, pois, o autuado em nenhum momento apresentou provas materiais das suas afirmativas;*

Em seguida, afirma que, embora a empresa autuada tenha sido intimada, não apresentou a documentação solicitada. Desta forma, a revisão teve por base os documentos constantes do PAF. Após apresentar os demonstrativos elaborados, concluiu, entendendo ser devido o valor de R\$25.656,16.

O autuado foi cientificado da diligência levada a efeito (fl. 287) e em 12/05/2010 requereu o pagamento integral do débito apurado pelo fiscal estranho ao feito com os benefícios concedido pela Lei nº 11.908/2010 (fls. 289/296).

Diante do fato de o autuado ter afirmado de que não havia sido intimado para apresentar livros e documentos fiscais e diante do fato da autoridade fiscalizadora ter afirmado de que a ação fiscal teve início sob o conhecimento do contribuinte, a PGE/PROFIS diligencia o PAF para que fossem apensados ao mesmo Termo de Início de Fiscalização, Termo para Apresentação de Livros e Documentos ou termo de arrecadação de algum documento apto para comprovar a cientificação do contribuinte acerca do início da ação fiscal (fl. 297).

O auditor revisor após historiar os procedimentos que realizou quando do saneamento do PAF, observou que o autuado parcelou o débito no valor apontado na revisão fiscal. Encaminhou o PAF à PGE/PROFIS (fl. 298).

A PGE/PROFIS representa a este Colegiado para que seja modificada a exigência do imposto da ação fiscal com base no art. 119, § 1º do COTEB. Primeiramente observa que a discussão acerca da cientificação do sujeito passivo quanto ao início da ação fiscal encontra-se prejudicada em face do reconhecimento expresso do contribuinte quanto ao valor do imposto indicado pelo revisor fiscal. E, no mérito, transcrevendo o que informou o diligente, além de analisar as peças que compõem o presente processo, diz ter constatado que, efetivamente, houve erro na elaboração do demonstrativo de débito visto que foi desconsiderada, indevidamente, a qualidade de contribuinte especial da empresa até 10/10/2002, bem como, foi ignorada a existência de várias notas fiscais de aquisições de produtos da substituição tributária com a respectiva retenção do ICMS devido, gerando cobrança indevida no montante de R\$75.172,27, ao invés da quantia de R\$25.656,16. Desta forma, o contribuinte, de fato, faz jus à redução do valor do ICMS cobrado conforme demonstrativos de fls. 190/192.

Submete a Representação à apreciação superior.

A ilustre procuradora assistente da PGE/PROFIS, dentro de sua competência legal, acolhe, sem reservas, o Parecer exarado pela procuradora do Estado, Dra Paula Gonçalves Morris Matos. Encaminhou a Representação ao CONSEF para a devida deliberação.

Em 03/11/2010, o processo foi considerado instruído e incluído na pauta de sessão de julgamento do dia 11/11/2010.

Na assentada de julgamento, esta CJF, após análise das peças processuais, deliberou o encaminhamento dos autos em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito apurasse, com base na Instrução Normativa nº 56/2007, qual o percentual das mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária em relação às operações comerciais realizadas pelo recorrente a partir de novembro de 2002.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 08/2010 (fls. 325/327), fiscal estranho ao feito informou que a empresa encontra-se com suas atividades encerradas. Que intimou o Sr. Lázaro Esperidião Silva e Melo, contabilista e seu representante legal, para apresentar documentação. Este apresentou o livro Registro de Entradas do contribuinte onde se comprovavam os percentuais de mercadorias tributáveis, isentas, outras e enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária, dando todas as condições de se estabelecer os critérios solicitados por esta CJF.

Observou, em seguida, que, como no pedido da diligência não foi esclarecido se as determinações da Instrução Normativa nº 56/2007 deveriam ser aplicadas à base de cálculo encontrada pelo autuante ou pelo primeiro revisor, elaborou dois demonstrativos de débito. O primeiro utilizando a base de cálculo do Auto de Infração e o segundo com base na anterior diligência. Apresentou valores de R\$6.967,74 e R\$6.752,73, respectivamente, para os referidos demonstrativos.

O primeiro diligente, diante da aposentadoria do autuante, tomou conhecimento das conclusões a que chegou a ASTEC/CONSEF e, de igual forma o representante da empresa, Sr. Lázaro Esperidião Silva e Melo (fl.338).

Em pronunciamento, a PGE/PROFIS através de sua Procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa (fl.342), após indicar o pedido desta CJF e a conclusão da ASTEC/CONSEF, remeteu os autos a chefe da NCA, Dra. Aline Solano Bahia, para apreciação da possibilidade de retificação da representação apresentada.

A douta procuradora assistente (fl.343) encaminha os autos à procuradora Dra. Paula Morris para avaliação da possibilidade de retificação da representação apresentada a este Colegiado.

A Dra Paula G. Morris Matos (fl. 344) após adotar o relatório inserto na representação exarada pela PGE/PROFIS às fls. 299/303, acrescentar o pedido feito por esta CJF e as conclusões a que chegou o fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC/CONSEF aditou a multicitada representação o pedido da aplicação da proporcionalidade, prevista da Instrução Normativa nº 56/2007, de forma a acolher o segundo demonstrativo de débito apresentado pelo órgão técnico revisor, reduzindo-se o valor do Auto de Infração para R\$6.752,73.

Submeteu sua manifestação ao crivo da Procuradora assistente do Núcleo de Consultoria e Assessoramento – NCA/PROFIS.

Em despacho, a procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, ratificou o Parecer exarado pela Dra Paula G. Morris Matos a fl. 344 e encaminhou os autos a este Colegiado.

Em 30/05/2011, o representante da empresa, Sr. Lázaro Esperidião Silva e Melo, requereu vistas dos autos (fl. 346).

VOTO

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja alterado o valor do débito do presente lançamento fiscal.

O Auto de Infração trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de aquisições não registradas.

Da análise dos autos, e como bem pontuou a PGE/PROFIS, a preliminar de nulidade arguida pela não comprovação do Termo de Início da ação fiscal resta prejudicada diante do pagamento de parte do débito efetuado pelo contribuinte, conforme preconiza o art. 156, I, do CTN. De igual forma, a falta de demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante a respeito da exigência o tributo ora em análise, já que o fiscal revisor o elaborou e o autuado dele tomou conhecimento. Ressalto que os demonstrativos foram elaborados com base nos documentos fiscais apensados aos autos

No mais, como não houve pagamento total do débito exigido na ação fiscal, é necessário que se adentre no mérito da lide ora em discussão.

Ressalto, inicialmente, que a 1ª revisão do lançamento foi realizada por fiscal estranho ao feito tendo em vista a aposentadoria do autuante que não mais exerce suas atividades fiscalizatórias e que, embora chamado a apresentar documentos fiscais, o autuado não o fez.

Assim, a lide somente pode ser decidida com os documentos apensados aos autos.

Desses documentos, de fato, restou provado que de agosto de 2000 a 10 de outubro de 2002, o contribuinte exercia suas atividades fora do âmbito do ICMS, pois suas atividades estavam ligadas a construção civil, no ramo de edificações de imóveis e na incorporação imobiliária, tendo, inclusive sua inscrição estadual à condição de ESPECIAL. Somente a partir desta data modificou o objeto da empresa para o comércio atacadista de material de construção civil. Desta forma, este período deve ser excluído da ação fiscal.

Entretanto, discordo do entendimento do revisor em aplicar a penalidade de 1% sobre as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. A razão da autuação foi a presunção legal que tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída de mercadorias (não conhecidas), que se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição a título oneroso, e que não esteja contabilizada, diz respeito à ocultação de receitas. E são sobre estas receitas de vendas ocultas que se exige o imposto e não obrigação acessória, tendo como alíquota aplicável a de 17%, já que ela não decorre do tipo de mercadorias constantes nos documentos fiscais autuados e, sim, das receitas de vendas ocultas, cujas mercadorias não se tem conhecimento. No mais, mesmo no caso

da aplicação da proporcionalidade, não se consideram as mercadorias elencadas nas notas fiscais, mas, sim, os percentuais das operações comerciais do contribuinte com mercadorias isentas e/ou não tributadas e aquelas enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária.

Entretanto, na assentada de julgamento, esta CJF ao analisar a atividade do contribuinte (material de construção), bem como as notas fiscais anexadas aos autos percebeu que a empresa comercializa com mercadorias enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária. Tal situação, embora não arguida pela PGE/PROFIS, deve ser observada por este CONSEF que se pauta na busca da verdade material e dentro da legalidade, objetivando dar liquidez ao imposto exigido. Assim, solicitou que fiscal estranho ao feito apurasse, com base na Instrução Normativa nº 56/2007, qual é o percentual dessas mercadorias em relação às operações comerciais realizadas pelo recorrente a partir de novembro de 2002, o que foi realizado.

O fiscal estranho ao feito apresentou dois demonstrativos de débito. O primeiro com base de cálculo lançada no Auto de Infração e o segundo com base cálculo apresentada pelo primeiro revisor fiscal. No caso presente, entendo, como fez a PGE/PROFIS, que se deve considerar o demonstrativo que teve por base a primeira revisão, já que ela se pautou nos valores consignados nas notas fiscais.

Diante da situação, faz-se mister o ACOLHIMENTO da Representação proposta para declarar PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração, no valor de R\$6.752,74, corrigido com base no § 3º do art. 164 do RPAF/99, conforme demonstrativo 2 conforme abaixo apresentado pelo revisor fiscal e constante de fl. 327, devendo ser homologados, pelo órgão competente os valores efetivamente recolhidos.

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 2						
MÊS	BC DEM. 02	BC DEM. 03	BC TOTAL	% TRIB.	BC IN 56	ICMS
NOV/02	94.695,09	35.146,84	129.841,93	17,97	23.332,59	3.966,54
DEZ/02	0,00	32.360,67	32.360,67	31,19	10.093,29	1.715,86
JAN/03	0,00	2.051,42	2.051,42	18,60	381,56	64,87
FEV/03	0,00	4.222,31	4.222,31	15,27	644,75	109,61
MAR/03	3.843,83	0,00	3.843,83	21,05	809,13	137,55
ABR/03	114.042,50	0,00	114.042,50	3,90	4.447,66	756,10
MAI/03	8.648,62	0,00	8.648,62	0,15	12,97	2,21
AGO/03	0,00	6.841,02	6.841,02	0,00	0,00	0,00
SET/03	0,00	25.014,15	25.014,15	0,00	0,00	0,00
TOTAL						6.752,74

Pode o contribuinte, nos termos da legislação em vigor e havendo, solicitar a restituição do imposto pago a maior.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **003424.0023/04-2**, lavrado contra **JMJ CONSTRUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (JMJ DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.752,74**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos, e encaminhados os autos ao setor competente da PGE/PROFIS para as devidas providências, vez que o mesmo encontra-se ajuizado e, após, o seu arquivamento.

Sala das Sessões do CONSEF 13 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS