

|            |  |
|------------|--|
| PROCESSO   | - A. I. N° 206987.0239/06-4  |
| RECORRENTE | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL   |
| RECORRIDO  | - J.A PEREIRA DE OLIVEIRA (COMERCIAL FRANCI)                             |
| RECURSO    | - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2 <sup>a</sup> CJF n° 0081-12/11 |
| ORIGEM     | - INFRAZ ITABERABA   |
| INTERNET   | - 22/11/2012   |

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0343-11/12

**EMENTA:** ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. INFRAÇÃO 2. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a procedência parcial do Auto de Infração, em face da aplicação do critério da proporcionalidade entre saídas tributadas e isentas, não tributadas e com imposto pago por antecipação através de diligência efetuada pelo fiscal autuante. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 23/09/2006, em decorrência das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$7.910,46, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, conforme demonstrativo, relativo aos exercícios de 2001 a 2003, multa de 60%.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis decorrentes do não lançamento dos documentos fiscais nos livros fiscais próprios, com ICMS devido no valor de R\$40.146,82, e multa de 70%, conforme demonstrativo, apurada mediante constatação de saldo credor na conta Caixa, cuja escrituração do livro Caixa é obrigatória conforme Artigo 408-C, inciso IV, alínea “a”, do RICMS/97, nos exercícios de 2001 a 2003.
3. Recolhimento a menor de ICMS, no valor R\$125,00, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS- SimBahia.

A primeira Instância julgou pela procedência do feito. O sujeito passivo inconformado com a Decisão apresentou Recurso Voluntário, em relação à infração 2, tendo sido negado, pela 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, o seu provimento. Por esta razão o contribuinte ingressou com o Pedido de Controle da Legalidade aduzindo que o fiscal autuante desconsiderou o fato de que grande parte das mercadorias por ele comercializadas são sujeitas à substituição tributária ou isentas do pagamento do ICMS, fato que enseja a aplicação da proporcionalidade, como vem reiteradamente decidindo este órgão julgador.

Ressalta que este equívoco foi corrigido pelo próprio fiscal autuante através de diligência determinada por este Conselho de Fazenda. Diz que concordando com o débito apurado na referida diligência efetuou o seu recolhimento com o benefício da anistia procedida pela Lei Estadual n° 11908/2010, conforme demonstrativos de fls. 2821/2824, entretanto, a 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal por um equívoco qualquer, provavelmente em decorrência do grande número de folhas do PAF, não considerou o resultado da diligência às fls. 2233 a 2766 que além de excluir as notas fiscais impugnadas aplicou a mencionada proporcionalidade. Requer representação junto

o CONSEF pleiteando a procedência em parte do Auto de Infração acatando a diligência promovida nas folhas 2233 a 2760 e demonstrativos às fls. 2239, 2391 e 2606, homologando os pagamentos às fls. 2821 a 2824.

A PGE/PROFIS ao analisar o Pedido de Exercício do Controle da Legalidade constatou que a primeira infração consistiu em falta de recolhimento de imposto devido por substituição tributária, o que demonstra que efetivamente a empresa pratica operações sujeitas a esse regime, circunstância que, por si só, já conduziria à aplicação da regra de proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007. Acrescentou que pelo menos em duas oportunidades houve refazimento do demonstrativo de débito da infração 2, para aplicação da regra em questão, sendo o primeiro deles feito pela ASTEC/CONSEF, fls. 393 e 2175/2181 e o segundo pelo próprio autuante, fls. 2221, 2239, 2391 e 2606, não havendo coincidência entre os valores obtidos nas duas diligências, entretanto, esta circunstância não foi observada no julgamento de 2ª Instância já que o valor julgado para a infração 2 é exatamente o mesmo contido no lançamento original. Acrescentou que da leitura do voto, não vislumbrou o enfrentamento da alegação do autuado relativamente à aplicação da Instrução Normativa em apreço.

Quanto a segunda alegação, a negativa de prática de operações cujas notas fiscais não vieram aos autos, entende que em se tratando de documentos obtidos através de CFAMT, devem eles vir aos autos e ser fornecidas cópias à empresa autuada, em se tratando de notas fiscais obtidas no SINTEGRA, caso o contribuinte negue a prática das operações, impõe-se ao fiscal autuante provar o efetivo recebimento das mercadorias, inclusive esta foi a trilha pela qual a própria 2ª Câmara de Julgamento Fiscal inicialmente se conduziu, ao determinar à fls. 2792/2793, que o fiscal autuante excluísse da autuação as supostas aquisições respaldadas em apenas em declarações unilaterais de vendedores, mas posteriormente o órgão julgador abandonou essa linha de entendimento, por ocasião do julgamento do Recurso Voluntário.

Aduziu que a diligência efetuada pela ASTEC confirmou que os demonstrativos elaborados pelo autuante sob o título "relação de notas fiscais desconhecidas" relacionam mais de quinhentas notas fiscais, porém, estariam anexadas ao PAF apenas aquelas coletadas no CFAMT (fls. 80 a 183). O autuante ao tomar conhecimento da diligência anexou diversos documentos localizados no dossiê do contribuinte e no sistema informatizado, mas o próprio termo de arrecadação indica que inúmeras notas fiscais ainda não vieram aos autos. Acrescenta que possivelmente as exclusões relativas às operações cujas notas fiscais não foram localizadas foram efetuadas pelo fiscal autuante ao elaborar as planilhas de fls. 2239, 2391 e 2606, pois os saldo credores ali indicados divergem daqueles constantes nos demonstrativos originais, apesar de não terem sido considerados no julgamento do Recurso Voluntário.

Por esta razão o PAF foi convertido em diligência ao auditor Ricardo Rêgo para que fossem elucidadas as seguintes questões:

- a) se é possível conferir legitimidade ao cálculo da proporcionalidade elaborada pela ASTEC/CONSEF às fls. 2179/2181. Se positivo elaborar novo demonstrativo de débito para a infração 2, utilizando os percentuais indicados pela ASTEC;
- b) se negativa a primeira questão, informar se há nos autos, elementos que possibilitem o cálculo da proporcionalidade, nos termos da IN nº 56/2007. Em caso afirmativo, e sendo possível no âmbito dessa ASTEC/PROFIS, elaborar novo demonstrativo para a infração 2;
- c) informar onde foram encontradas as notas fiscais de aquisição listadas como despesas pelo autuante quando do refazimento do fluxo de caixa, se em poder do contribuinte, no CFAMT ou no SINTEGRA;
- d) quanto às notas fiscais obtidas no CFAMT, indicar em demonstrativo contendo números, datas e valores, aqueles cujas cópias não constam nos autos;

e) quanto às notas fiscais obtidas no SINTEGRA, indicar, em demonstrativo, aquelas em relação às quais não constam dos autos provas de realização das operações, não valendo para tal finalidade a mera declaração unilateral do vendedor.

O Parecer PGE/PROFIS/ASTEC nº 16 exarado pelo auditor fiscal Ricardo Carvalho Rêgo concluiu que a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 foi aplicada no débito da infração 2, por meio de revisão feita pelo Inspetor da INFRAZ Itaberaba às fls. 2.232 e seguintes o que reduziu o montante original do ICMS de R\$40.146,82 para R\$18.795,68. Disse que o julgamento de 2ª Instância ignorou a aplicação da IN nº 56/07 e julgou procedente a infração.

Ressaltou que o sujeito passivo recolheu o valor de R\$16.864,98 enquanto que a diligência acima mencionada apurou R\$18.795,68, restando a ser paga a diferença de R\$1.930,70, relativa ao somatório dos valores apurados nos meses de novembro/03- R\$808,57 e dezembro/- R\$1.122,13.

A PGE/PROFIS, baseada no Parecer da PGE/PROFIS/ASTEC concluiu que o autuado expressamente reconheceu a procedência do débito no valor apontado em revisão fiscal efetuada pelo Inspetor Fazendário que apenas introduziu no valor original do débito a redução decorrente da observância da Instrução Normativa nº 56/97, sem consideração de quaisquer outras alegações do contribuinte. Por esta razão entendeu não ser cabível a análise de qualquer outra questão levantada quanto à infração 2, que não a apuração da proporcionalidade.

Assim, com fulcro no art. 119, II e §1º, do COTEB, concluiu ser necessária a interposição de Representação ao Conselho de Fazenda Estadual para que seja reduzido o débito relativo à segunda infração, de R\$40.146,82 para R\$18.795,68.

À fl. 2.895 consta o despacho da procuradora assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior acolhendo integralmente o Parecer de fl. 2891/2894.

## VOTO

Trata-se de Representação feita pela PGE/PROFIS no sentido de reduzir o valor exigido na infração 2 em função da não aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/97.

Exige-se do sujeito passivo, na infração 2, o ICMS em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da constatação de saldo credor de Caixa. O imposto exigido no presente caso decorreu de uma presunção relativa, cuja previsão dispositiva encontra-se encartada no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96.

Analizando as peças processuais, constato que ao apresentar o Recurso Voluntário o sujeito passivo alegou existir erros no levantamento da conta "Caixa" realizado pelo fiscal autuante e apresentou levantamento de fls. 306/379 com os valores que julgava corretos. Asseverou também que no período abrangido pela infração 2 realizou operações com mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência à ASTEC para que fosse verificada a veracidade das alegações do recorrente e se fosse o caso, efetuasse as devidas correções no levantamento realizado pelo autuante e após fosse aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

O diligente da ASTEC após efetuar o confronto entre demonstrativo realizado pela fiscalização e o anexado pelo contribuinte constatou que as divergências encontram-se nos pagamentos, pois a fiscalização computou notas fiscais de aquisição de mercadorias relacionadas às fls. 485/492, que o autuado afirmou desconhecer e que não foram anexadas cópias dos documentos fiscais, assim como comprovantes da realização das referidas operações.

O fiscal autuante ao ser cientificado do resultado da diligência refez os papéis de trabalho, fls. 2340/2394, incluindo, nos pagamentos, apenas as notas fiscais cujas 3<sup>a</sup> vias ou cópias do extrato SINTEGRA emitidos por esta Secretaria foram anexados ao PAF, assim como declarações dos vendedores, como se observa nos demonstrativos intitulados "Demonstrativo dos ajustes", a exemplo do de fl. 2.242, o que resultou nos saldos credores de Caixa apontados às fls. 2.239, 2391, 2606. Sobre estes valores foi concedido corretamente o crédito presumido de 8% já que à época a empresa encontrava-se inscrita no regime SimBahia e ainda foi aplicada à proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, levando em consideração às aquisições de mercadorias através das notas fiscais declaradas pelo contribuinte, conforme demonstrativos elaborado pelo fiscal autuante, o que resultou no ICMS a recolher de R\$18.795,68.

Em 31/05/2010, utilizando o benefício da Lei Estadual nº 11.908/2010 o contribuinte reconheceu e recolheu o valor de R\$ 16.864,98, referente à infração 2, o que representa o montante apurado pelo fiscal autuante, após os ajustes anteriormente comentado, com exceção dos valores apuradas nos meses de novembro/2003 e dezembro/2003 de R\$ R\$808,57 e R\$1.122,13, respectivamente.

Concordo com as alterações promovidas pelo fiscal autuante no que diz respeito a aplicação da proporcionalidade na apuração do imposto de acordo com a Instrução Normativa nº 56/07, tendo em vista que o ICMS foi exigido com base em presunção legal (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96) e parte dos valores exigidos, comprovadamente, se referem a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, ficando o débito assim constituído:

| Data   | ICMS      | Proporcionalidade IN 56/2007 (%) | Imposto Devido |
|--------|-----------|----------------------------------|----------------|
| ago/01 | 97,92     | 54,46                            | 53,33          |
| set/01 | 1.260,04  | 52,28                            | 658,75         |
| out/01 | 388,41    | 38,47                            | 149,42         |
| nov/01 | 1.334,52  | 45,26                            | 604,01         |
| dez/01 | 1.314,30  | 55,51                            | 729,57         |
| jan/02 | 1.211,11  | 62,77                            | 760,21         |
| fev/02 | 652,54    | 45,92                            | 299,65         |
| mar/02 | 995,07    | 57,41                            | 571,27         |
| abr/02 | 615,19    | 58,72                            | 361,24         |
| mai/02 | 1.421,39  | 64,72                            | 919,92         |
| jun/02 | 842,01    | 55,88                            | 470,51         |
| jul/02 | 1.110,24  | 66,66                            | 740,09         |
| ago/02 | 624,45    | 53,09                            | 331,52         |
| set/02 | 1.614,91  | 61,98                            | 1.000,92       |
| out/02 | 1.551,74  | 59,22                            | 918,94         |
| nov/02 | 1.536,57  | 60,03                            | 922,40         |
| dez/02 | 1.340,62  | 56,78                            | 761,20         |
| jan/03 | 1.395,13  | 74,66                            | 1.041,61       |
| fev/03 | 795,98    | 41,8                             | 332,72         |
| mar/03 | 1.193,34  | 75,5                             | 900,97         |
| abr/03 | 985,29    | 42,61                            | 419,83         |
| mai/03 | 1.057,34  | 67,16                            | 710,11         |
| jun/03 | 936,33    | 48,36                            | 452,81         |
| jul/03 | 1.774,51  | 53,33                            | 946,35         |
| ago/03 | 1.230,11  | 64,61                            | 794,77         |
| set/03 | 64,09     | 54,24                            | 34,76          |
| out/03 | 1.649,41  | 59,3                             | 978,10         |
| nov/03 | 1.785,72  | 45,28                            | 808,57         |
| dez/03 | 1.793,40  | 62,57                            | 1.122,13       |
| Total  | 32.571,68 |                                  | 18.795,68      |

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, reduzindo o valor do imposto devido da infração 2 para R\$18,795,68 (Multas de 70%), mantendo-se a infração 1 no valor de R\$1.679,32 (Multas de 60%) e a infração 3 no valor de R\$125,00 (Multas de 50%), configurando o total do débito no valor de R\$20.600,00, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS