

**PROCESSO** - A. I. Nº 028924.0095/10-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - LUCCIOLA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0163-03/12  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 18/12/2012

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0391-11/12

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Na apuração do débito foi indicado índice de proporcionalidade sem comprovar como foi apurado. Apesar da realização de diligências não foi comprovado à correção do índice o que conduz a incerteza quanto à apuração da base de cálculo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/04/11 para exigência de ICMS no valor de R\$50.346,69 acrescido da multa de 70%, sob a acusação de omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A 3ª JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração (fl. 192/198), conforme transcrição abaixo.

*O lançamento em discussão refere-se a omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.*

*O contribuinte suscitou como preliminar a nulidade do lançamento alegando insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, e reclamando que em virtude da impropriedade do roteiro de apuração utilizado houve cerceamento de defesa.*

*Há neste caso questões que requerem o devido cuidado do órgão julgador visando-se à preservação da estrita legalidade do lançamento tributário.*

*Este processo já havia sido dado por instruído em fase anterior, e na sessão de julgamento do dia 15.2.12 foi levantada uma dúvida quanto ao regime de tributação desse contribuinte, pois havia indícios de que ele seria integrante do Simples Nacional, haja vista que no campo “Tipo de Contribuinte” do Auto consta que se trata de empresa de pequeno porte. Além dessa indicação, constatou-se que na fl. 9 constam recolhimentos para o Simples Nacional no exercício de 2009, durante todo o ano. Esse aspecto é relevante porque, em caso de contribuinte inscrito no chamado Simples Nacional, existem situações em que ele se sujeita à incidência exclusiva do ICMS (em se tratando de antecipação tributária nas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, antecipação parcial, importação, imposto apurado na fiscalização do trânsito e multas por descumprimento de obrigações acessórias), e por outro lado existem situações em que a apuração do ICMS é feita mediante rateio em função da “cesta” do Simples Nacional (quando o lançamento do crédito tributário é feito com base em presunção legal, em se tratando de saldo credor de Caixa, suprimento de Caixa de origem não comprovada, passivo fictício, vendas ou prestações pagas mediante cartões de crédito ou de débito informadas em valores superiores às declaradas e falta de contabilização de pagamentos ou de entradas de mercadorias).*

*Como neste caso o imposto lançado foi apurado com base em operações pagas mediante cartões de crédito ou de débito informadas em valores superiores às declaradas, se o contribuinte fosse optante pelo regime do Simples Nacional o procedimento seria totalmente diverso, a legislação aplicável incluiria as regras do Simples e o imposto lançado estaria sujeito ao rateio em função da “cesta” de tributos que compõem o Simples Nacional.*

*Para dirimir a dúvida, tendo em vista que o contribuinte requereu seu enquadramento no Simples Nacional, constando à fl. 8 que teria sido indeferida sua opção em 1º.4.09, o processo foi naquela ocasião retirado de pauta e remetido em diligência a fim de que fosse verificado se no período objeto deste lançamento o contribuinte se encontrava inscrito no Simples Nacional, devendo em caso negativo ser informado se ele foi intimado do indeferimento de sua opção pelo Simples Nacional, juntando-se aos autos os devidos comprovantes.*

*Na mesma diligência, reiterando-se solicitação já feita em diligência anterior, foi solicitado que fosse feito o cálculo do imposto seguindo o critério da proporcionalidade, de acordo com a orientação da Instrução Normativa nº 56/07, e, caso no demonstrativo à fl. 6 já tivesse sido aplicada a proporcionalidade, deveria ser apresentado o demonstrativo da apuração do percentual da proporcionalidade.*

*A diligência não foi cumprida na forma solicitada, pois o autuante se limitou a anexar elementos que já se encontravam nos autos. Não foi juntado o comprovante da ciência do indeferimento do pedido de inclusão no Simples Nacional, o que foi juntado foi o comprovante de que o requerimento havia sido indeferido, o que já se sabia ao ser remetido o processo em diligência. Fica evidente que o contribuinte não foi intimado do indeferimento de seu pedido, pois se tivesse sido intimado ele não passaria um ano inteiro pagando imposto pelo regime do Simples. Além disso, o Estado recebeu mês a mês os valores pagos. Ao receber essas quantias teria de ser adotada uma das seguintes providências: a) proceder-se ao rateio dos valores recebidos com os demais entes tributantes, haja vista que a arrecadação do Simples Nacional não pertence totalmente ao Estado; b) se não era possível proceder-se ao rateio, já que o contribuinte não estava inscrito no Simples, teria de ser feita alguma comunicação.*

*Quanto à segunda solicitação feita na aludida diligência, no sentido de que fosse feito o cálculo do imposto seguindo o critério da proporcionalidade, de acordo com a orientação da Instrução Normativa nº 56/07, o autuante anexou à fl. 159 demonstrativo idêntico – igual – ao já apresentado inicialmente à fl. 6. No demonstrativo consta, no alto, que foi aplicado o índice de proporcionalidade de 60%.*

*Na citada diligência havia sido solicitado que, caso no demonstrativo à fl. 6 já tivesse sido aplicada a proporcionalidade, deveria ser apresentado o demonstrativo da apuração do percentual da proporcionalidade.*

*A diligência não foi cumprida.*

*O contribuinte, ao manifestar-se acerca do resultado da diligência, alega que aquele percentual de 60% de operações tributáveis não é compatível com o setor de varejo de material de construção, pois se dá justamente o contrário, com predominância das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, que representam 60% a 70%.*

*Realmente, as empresas do ramo de materiais de construção operam com cimento, telhas, blocos, tijolos, pisos, azulejos, tintas, vernizes, enfim, um elenco significativo de mercadorias do regime de substituição tributária. Nada justifica a aplicação de um percentual de proporcionalidade eleito aleatoriamente, como neste caso. O percentual da proporcionalidade precisa ser calculado caso a caso, relativamente a cada contribuinte, e até mesmo por exercício. Não se admite que pelo simples fato de se tratar de empresa de material de construção se aplique o percentual de 60%. Nenhuma norma prevê isso. A Instrução Normativa 56/07 não prevê que em caso de empresa de material de construção simplesmente se aplique esse percentual.*

*Há uma declaração unilateral do autuante à fl. 5 de que o contribuinte não havia apresentado o demonstrativo das entradas e saídas de mercadoria “isenta, tributada e isenta” (sic).*

*Mas a questão aqui é outra. O que aconteceu durante a fiscalização é um fato passado, “precede” o processo. O que importa são os fatos “dentro” do processo. Este órgão julgador solicitou em diligência que fosse feita a demonstração da proporção das operações tributáveis em relação ao cômputo geral das operações do contribuinte, e a solicitação não foi atendida. A autoridade fiscal afirma na informação à fl. 155 que, de acordo com a intimação inicial à fl. 5, o contribuinte deixou de apresentar o demonstrativo de entrada e saída mensal para o cálculo da proporcionalidade, e aduz que “Foi reiterado o pedido sem solução”, dando a entender que ao cumprir a diligência teria intimado o contribuinte para apresentar os elementos solicitados e o contribuinte não teria atendido. Não consta, porém, nenhuma intimação nesse sentido nas peças anexadas pelo autuante às fls. 156/162.*

*Por conseguinte, o lançamento ressente-se de falta de certeza e liquidez, implicando sua nulidade. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.*

*A defesa requer à fl. 70 que as intimações relativas a este feito sejam feitas em nome dos advogados constituídos (procuração anexa). Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará nenhum vício se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF.*

*Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

A 3ª JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, com valor de R\$100.331,80 (fl. 200).

## VOTO

Verifico que o fundamento da nulidade decidida pela primeira instância se deve ao fato de ter sido apurado omissão de saída de mercadorias com base em presunção legal e foi exigido ICMS proporcional, sem adotar critério regulamentar.

Pela análise dos elementos do processo verifico que durante a fiscalização, o autuante intimou (fl. 5) a empresa para apresentar demonstrativo de *“entrada e saída mensal de mercadoria tributada, isenta e substituída p/cálculo da proporcionalidade”*.

No demonstrativo à fl. 6, foi apurado o débito com indicação de proporcionalidade de 60% de saídas tributadas, para adequar-se ao previsto na Instrução Normativa nº 56/07.

A 3ª JF (fl. 112) determinou a realização de diligência no sentido de que fosse intimado o contribuinte para apresentar demonstrativo para aplicar o critério de proporcionalidade.

A diligência não foi cumprida na forma solicitada, tendo o autuante juntado cópia do mesmo demonstrativo da fl. 6 à fl. 117, indicando o mesmo percentual de 60%.

Na segunda diligência (fl. 150) foi determinado novamente que fosse elaborado demonstrativo para apurar a proporcionalidade ou juntar demonstrativo que comprovasse a apuração do índice de 60% indicado no demonstrativo à fl. 6, de acordo com a orientação da Instrução Normativa nº 56/07.

Em cumprimento da diligência (fl. 155) o autuante informou que conforme intimação à fl. 5, o contribuinte não apresentou demonstrativo de proporcionalidade e o débito foi apurado *“conforme demonstramos na planilha de apuração foi aplicado o Índice de proporcionalidade de 60% (fls. 6)”*. Juntou à fl. 159 o mesmo demonstrativo juntado inicialmente à fl. 6, o qual foi reapresentado à fl. 174, na informação fiscal acerca da manifestação do autuado.

Pelo exposto, não merece qualquer reparo a Decisão da Primeira Instância, tendo em vista que apesar de todas as providências adotadas no sentido de sanear o processo, não foi provado como foi apurado o índice de proporcionalidade de saídas tributadas de 60% indicado no demonstrativo inicial elaborado pelo autuante (fl. 6).

Também, nas diligências realizadas não foi refeito o demonstrativo original com base na orientação contida na Instrução Normativa nº 56/07, nem comprovado a regularidade do índice indicado pela fiscalização. Logo, como decidido pela 3ª JF, o *“lançamento ressente-se de falta de certeza e liquidez, implicando sua nulidade”* nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

A repartição fazendária deve verificar *“se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento”*, observado o período de decadência.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **028924.0095/10-8**, lavrado contra **LUCCIOLA MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS