

**PROCESSO** - A. I. N° 017903.1201/06-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - SARITA PINHO BONFIM (SUPERMERCADO VEM - BEM)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 04/09/2014

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO C.JF N° 0257-12/14**

**EMENTA:** ICMS. ALTERAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO ORIGINALMENTE EXIGIDO NA INFRAÇÃO 01. Representação proposta de acordo com o art. 113, I, § 5º do RPAF/BA, a fim de que seja alterado o valor do imposto exigido da infração 01 do presente lançamento fiscal tendo em vista que no valor original exigido não foi aplicada a proporcionalidade das mercadorias enquadradas no regime da antecipação tributária com base na Instrução Normativa nº 56/2007. Após análise por fiscal estranho ao feito, houve diminuição do débito originalmente apurado. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 113, § 5º, I do RPAF/BA, dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, com base no princípio da legalidade objetiva e da busca da verdade material.

O Auto de Infração, lavrado em 07/12/2006 exige ICMS no valor de R\$21.069,60, pelo cometimento de duas infrações à legislação tributária deste Estado.

O contribuinte não apresentou impugnação ao lançamento e, em 15/12/2006, requereu parcelamento total do valor do imposto exigido. Deferido o parcelamento, concedido em quatro parcelas, o contribuinte não recolheu a última (razão do seu interrompimento em 01/07/2008 - fls. 114/125) e apresentou manifestação junto à PGE/PROFIS no Controle da Legalidade.

Nesta manifestação, contesta a infração 1 (omissões de saídas de mercadorias tributadas apuradas através de saldo credor de caixa), trazendo inúmeros documentos (fls. 127/512) para corroborar a tese de que nem todas as receitas apuradas advieram de vendas de mercadorias, pois havia realizado empréstimos junto a instituições financeiras. Além do mais, o Auto de Infração está a exigir imposto sobre mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Diante deste quadro, a d. PGE/PROFIS encaminhou os autos à Assessoria Técnica da PGE/PROFIS visando a busca da verdade material (fl. 521). O n. Assessor Técnico da PGE/PROFIS analisou, minuciosamente, todos os documentos apresentados pela empresa, concluindo que os mesmos não faziam prova do alegado pelo contribuinte em relação às receitas ditas advindas de empréstimos contraídos junto às instituições financeiras, inclusive alguns encontravam-se ilegíveis. Porém, em relação à proporcionalidade das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária ressaltou que o autuante não a havia considerado (fls. 522/525).

A PGE/PROFIS intimou a empresa para conhecimento do resultado da análise feita pela sua Assessoria Técnica. Além do mais, que a empresa trouxesse aos autos, novamente, os documentos de fls. 138/139 e o livro Caixa do exercício de 2005 (fl. 526).

A empresa não se manifestou.

Em Parecer (fls. 529/533), a n. Procuradora, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, após alinhar-se com toda a análise feita pela assessoria técnica, e acima referida, encaminhou os autos ao fiscal autuante para que ele refizesse o demonstrativo de débito com atenção às normas da

Instrução Normativa nº 56/2007, visando embasar futura representação da PGE/PROFIS ao CONSEF.

O autuante (fls. 537/539), na sua manifestação, tratou das seguintes questões: 1) a empresa havia reconhecido a totalidade do débito reclamado; 2) a respeito da legislação pertinente a auditoria de saldo credor da conta caixa; 3) como a empresa encontrava-se submetida ao regime do SimBahia, já havia concedido crédito presumido de 8%. Em assim sendo, entendeu que a proporcionalidade requerida não poderia mais ser realizada.

Não cumpriu o que foi solicitado.

Em Despacho (fls. 541/542), após relatar sucintamente os fatos existentes no processo, assim se posiciona:

*“.... Sucede que, em nosso entender, a existência de parcelamento (e, portanto, de confissão) da dívida não impede que esta Procuradoria, no exercício do controle da legalidade, represente ao CONSEF para redução do débito, em homenagem aos princípios da legalidade tributária e da moralidade administrativa, quando restar evidenciado nos autos que o lançamento tributário exige valor de ICMS superior àquele efetivamente devido.*

*De outra parte, a concessão de crédito presumido pela legislação – determinada para aqueles casos em que se exija, a contribuintes inscritos no Simbahia, imposto apurado pelo regime normal de tributação – objetiva equilibrar a circunstância de que tais contribuintes não escrituram créditos fiscais, por injunção legal expressa.*

*Mas, como é intuitivo, a concessão de crédito presumido não corrige a distorção verificada quando se exige ICMS por omissão de saídas a empresas que operam com mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação tributária, **sem se calcular a proporcionalidade**, como se tais empresas operassem apenas com mercadorias sujeitas à tributação normal”.*

Devolve os autos à INFAZ de origem para que o Inspetor Fazendário designe auditor fiscal (ou mesmo o autuante) para o refazimento do demonstrativo de débito com base na IN nº 56/2007.

Em Despacho a n. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA alinha-se ao pronunciamento exarado pela n. Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos.

Encaminhado os autos à Infaz Eunápolis, fiscal estranho ao feito calcula a proporcionalidade solicitada e apresenta novo Demonstrativo de Débito da infração 1 (fl. 561), passando o valor desta infração de R\$20.699,60 para R\$14.593,41 (fl. 561).

Novamente se manifestando (fls. 567/569), a d. Procuradora acima nominada, após sucintamente açambarcar os fatos acontecidos no presente PAF e ressaltar o fato de que resta provado de que o ICMS reclamado não pode ser o valor originalmente exigido, já que comprovadamente indevido, observa de que as alterações introduzidas no COTEB e RPAF/BA, por intermédio da Lei nº 12.605/2012 e Decreto nº 14.295/2013, respectivamente, retiraram da norma a prerrogativa da PGE/PROFIS de representar ao CONSEF para apreciação de ilegalidade flagrante na constituição do crédito tributário, salvo quando se tratar de hipótese de revelia (art. 136, § 2º, do COTEB). Nesta esteira, consigna, mais uma vez que *“a existência de parcelamento (e, portanto, de confissão) da dívida não deve impedir que esta Procuradoria, no exercício do controle da legalidade, represente à autoridade fazendária competente para redução do débito, quando restar evidenciado nos autos que o lançamento tributário exige ICMS superior àquele efetivamente devido. Aliás, tal providência não apenas atende aos reclamos da legalidade tributária e da moralidade administrativa, como também evita que o Estado fique sujeito ao risco de ter que arcar com o ônus da sucumbência, quanto a esta parcela de crédito lançado que se sabe devida”.*

Assim, encaminhou os autos à SAT/DARC para as devidas providências já que aqui não se poderia se falar em revelia, pois o contribuinte tinha apresentado pedido de parcelamento no prazo regulamentar.

Este Parecer teve o alinhamento da n. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA (fl. 570).

A SAT/DARC devolve o processo à PGE/PROFIS para apreciação do pedido da empresa junto ao Controle da Legalidade com base no art. 136, 2ª, do COTEB, anteriormente apreciado pela n. Procuradora e que indicou a sua incompetência para representar ao CONSEF vez que o contribuinte não era revel (fl. 573).

Em 21/07/2014 (fls. 575/577), a n. Procuradora do Estado, Dra. Rosana Maciel B. Passos, após relatar todos os fatos neste relatório já descritos, apresenta Representação a este CONSEF já que o Decreto nº 14.550/2013 reintroduziu na legislação estadual o instrumento de representação da Procuradoria Geral do Estado ao CONSEF que havia sido extinto pelo Decreto nº 14.295/13.

Assim, com fundamento no art. 113, § 5º, inc. I, do RPAF/BA representa a este CONSEF para redução do débito exigido na infração 01 para R\$14.593,41.

A n. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, ratifica a representação proposta e encaminha os autos a este CONSEF.

## 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, a fim de que seja modificado o valor do imposto exigido no presente Auto de Infração em relação à infração 1 - omissões de saídas tributáveis apurada pela auditoria de Caixa (saldo credor).

O contribuinte, mesmo tendo requerido o total parcelamento do imposto apurado no lançamento fiscal, após algum tempo, contestou a forma de cálculo realizada junto ao Controle da Legalidade exercida pela PGE/PROFIS.

Inicialmente, ressalto que me alinho totalmente ao opinativo da n. Procuradora de Estado de que, mesmo tendo havido uma confissão de dívida inicial, diante dos princípios da legalidade e da moralidade dos atos administrativos, não pode o Estado se locupletar de receita que não lhe pertence, mesmo que o contribuinte somente a tenha contestado após reconhecê-la como devida. E acrescenta-se que o reconhecimento da presente Representação evita que o Estado fique sujeito ao risco de ter que arcar com o ônus da sucumbência.

Manejada tais linhas, o autuante ao realizar a auditoria acima nominada, entendeu, inclusive conforme posteriormente manifestado, que o crédito presumido de 8% que se deveria adotar para exigir o ICMS em relação às empresas que se encontravam enquadradas no SimBahia chocava-se com a proporcionalidade determinada na Instrução Normativa nº 56/2007. Em assim sendo, quando da apuração do imposto devido, de maneira equivocada, não a aplicou.

E este foi o ponto pertinente do reclame da empresa. A PGE/PROFIS buscou, criteriosamente, a verdade material que somente veio à baila após refazimento do levantamento por fiscal estranho ao feito ao aplicar o percentual de proporcionalidade das mercadorias enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária e comercializadas pela empresa. Apurou valor de ICMS a ser exigido na ordem de R\$14.593,41, fls. 561 - conforme demonstrativo de débito, e não de R\$20.699,60, como originalmente exigido.

DATA OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
31/10/2004	3.667,54
30/11/2004	787,98
31/12/2004	173,61
31/01/2005	955,40
31/03/2005	263,52
30/04/2005	1.088,32
31/05/2005	1.265,49
30/06/2005	588,29
31/08/2005	1.476,63
31/10/2005	2.299,43
30/11/2005	374,59
31/12/2005	1.652,61
<b>TOTAL</b>	<b>14.593,41</b>

Em assim sendo, somente posso seguir a Representação proposta a ACOLHENDO em sua inteireza. Assim, o débito do Auto de Infração é no valor total de R\$14.963,41, sendo R\$14.593,41 da infração 1 (multa de 70%) e R\$370,00 referente à infração 2 (multa de 50%). No mais, solicita-se

que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

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