

PROCESSO - A. I. Nº 207095.1202/12-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CONFINAR PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. (A SERTANEJA)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF nº 0398-12/14
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0090-12/16

EMENTA: ICMS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO DÉBITO. REDUÇÃO DA INFRAÇÃO 2. Representação proposta com base aos arts. 113, §5º, I, do RPAF/BA c/c 136, §2º do COTEB/BA, para redução do valor da segunda infração em razão do autuante ter acatado parcialmente as razões do autuado, referente aos pagamentos não considerados. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE em sede de Controle de Legalidade contra Decisão proferida pela 2ª CJF – Câmara de Julgamento Fiscal em 17/12/2014, que julgou, por unanimidade, Não Prover o Recurso de Ofício interposto (fls. 642/652) e Prover Parcialmente o Recurso Voluntário (fls.664/678), manejados contra a Decisão da 2ª CJF, proferida através do Acórdão em epígrafe. O Controle da Legalidade se deu em relação à infração 2.

INFRAÇÃO 02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização;

O Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário em face da Decisão proferida pela 1ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0069-01/14 (fls. 642/652), e que julgou procedente em parte o Auto de Infração. Na mesma ocasião a JJF, interpôs Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

A PGE/PROFIS emitiu parecer (fls. 824/828), opinando pelo Conhecimento e pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª CJF que entendeu por bem, julgar por unanimidade, pelo Não Provimento do Recurso de Ofício interposto e pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário apresentado o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos, em relação às infrações 3 e 5, conforme previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração 3, em que pese nas razões de mérito o recorrente ter intitulado “DAS INFRAÇÕES 2 E 3”.

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, depreende-se que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois a desoneração parcial das infrações 3 e 5 decorreram, respectivamente:

1º) da aplicação da proporcionalidade da exigência do ICMS às operações tributadas, prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, quando o contribuinte operar simultaneamente com mercadorias tributadas, sujeitas ao regime de substituição tributária e isentas, no caso da apuração do imposto ocorrer por presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, prevista no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, por se entender que, tal fato, demonstra a improcedência parcial da presunção.

2º) da exclusão da penalidade relativa à comprovação documental do registro das notas fiscais na escrita fiscal do contribuinte, remanescendo o valor da multa das notas não lançadas.

Diante de tais considerações, concluo pelo não provimento do Recurso de Ofício.

Inerente às razões do Recurso Voluntário interposto pelo patrono do autuado, inicialmente devo me alinhar ao Parecer da PGE/PROFIS de que a preliminar arguida pelo recorrente, na verdade, se trata de matéria de mérito, pois a análise de que o legislador descreveu na lei, como hipótese de presunção legal, a declaração de

vendas pelo contribuinte, quis se referir à totalidade das operações comerciais, é análise de mérito e assim será tratada, para se concluir pela subsistência ou não da exigência, ora sob análise.

Quanto ao pedido de realização de diligência para se apurar que receitas de vendas na modalidade de cartão de crédito ou débito foram oferecidas à tributação através de nota fiscal emitida ao final do expediente, corresponde a diversos boletos emitidos durante o dia, nos termos do art. 147, I, do RPAF, indefiro o pedido para realização de diligência, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, assim como em razão de destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova (levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas) simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, cujo ônus da prova de fato modificativo ou extintivo da obrigação tributária cabe a quem alega.

Quanto à pretensão recursal para que se possam utilizar todos os valores das vendas declaradas para comparar com os valores informados pelas administradoras de cartões, há de se ressaltar que só se devem comparar valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas declaradas com modalidade de pagamento através de cartão de crédito/débito devem ser confrontadas com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, não sendo lógico e nem pertinente à pretensão recursal de comparar todas as modalidades de pagamento de vendas (em espécie, cheque, etc.) com modalidade única de pagamento em cartão de crédito/débito, salvo se todas as vendas fossem à modalidade exclusiva de pagamento em cartões de crédito/débito.

Assim, comungo com o entendimento da PGE/PROFIS de que, por motivos de lógica hermenêutica, não resta possível fazer comparação sobre coisas distintas, ou seja, vendas totais com vendas com cartão de crédito e débito, porquanto lustrada em valores sempre disformes, visto que, pensar de forma diversa seria admitir a inocuidade da norma...

Em relação à alegação de que o levantamento fiscal não considerou vendas realizadas através de notas fiscais ou no equipamento ECF, oferecidas à tributação, há de se salientar que, nos autos, o contribuinte alega, porém não comprova, nos termos dos art. 123 do RPAF, a existência de qualquer receita de venda oferecida à tributação vinculada à receita sob a modalidade de cartão de crédito ou débito, razão de não ser considerada sua alegação.

No tocante às multas serem consideradas confiscatórias, do que pede cancelamento ou redução, há de se registrar que as penalidades aplicadas são as legalmente previstas à ilicitude apurada, conforme previsto no art. 42, III, da Lei nº 7.014,96, falecendo competência a esta Câmara de Julgamento Fiscal à apreciação do pedido de exclusão ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal.

Por fim, inerente à alegação recursal para aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, tendo em vista também comercializar com mercadorias isentas e sujeitas a substituição tributária, tal pleito já havia sido atendido pelo autuante quando da informação fiscal realizada, à fl. 598 dos autos, o que reduziu o valor original da infração de R\$78.155,31 para R\$27.137,46, de cujo resultado o sujeito passivo foi cientificado, conforme documentos às fls. 625/626 dos autos, e manteve-se silente, tendo a Decisão recorrida acolhido o valor remanescente como devido.

Contudo, na apuração do aludido valor remanescente vislumbra-se a existência de erro material, uma vez que o preposto fiscal, à fl. 598 dos autos, em vez de aplicar o índice percentual mensal das mercadorias tributadas sobre as bases de cálculo da omissão de saídas consignadas no Auto de Infração, o fez sobre os valores das vendas de cartões de créditos declaradas à fl. 23 dos autos, de cujas quantias não haviam sido excluídas os valores oferecidos à tributação, conforme relatório as fls. 26 a 34 e 60 a 89 dos autos, respectivos aos exercícios de 2010 e 2011.

Assim, a título de exemplo, no mês de janeiro de 2010, relativo à terceira infração, no qual se exige o valor de ICMS de R\$3.266,11, em razão da alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$19.212,41, observa-se que o preposto fiscal, à fl. 598 dos autos, ao realizar a proporcionalidade às mercadorias tributadas (Instrução Normativa nº 56/2007), considerou a base de cálculo de R\$ 24.892,50 (fl. 23), que proporcional ao índice de 25,32% de mercadorias tributadas apurou a base imponible de R\$6.302,78, a qual aplicada à alíquota de 17% resultou o ICMS remanescente de R\$1.071,64 (fl. 598).

Entretanto, correto seria aplicar o índice de 25,32% sobre a base de cálculo de R\$19.212,41 (fl. 4), resultando na base imponible de R\$4.864,58 e no ICMS de R\$826,98.

Em outras palavras, aplicando o índice das mercadorias tributadas (fl. 598) diretamente sobre o ICMS exigido em cada mês, ou seja, no exemplo acima: R\$3.266,11 X 25,32% = R\$826,98.

Diante de tais considerações, de ofício, o valor remanescente da terceira infração passa a ser de R\$15.261,24, conforme a seguir demonstrado:

Data Ocor	ICMS AI	% Tributadas	ICMS devido	Data de Ocor	ICMS AI	% Tributadas	ICMS devido
31/01/2010	3.266,11	25,32%	826,98	31/01/2011	3.762,91	25,24%	949,76
28/02/2010	2.525,31	21,78%	550,01	28/02/2011	3.015,27	30,65%	924,18
31/03/2010	4.051,96	18,89%	765,42	31/03/2011	2.528,13	26,46%	668,94
30/04/2010	2.697,22	24,42%	658,66	30/04/2011	2.079,22	18,60%	386,73
31/05/2010	4.025,43	12,10%	487,08	31/05/2011	3.809,06	7,21%	274,63

30/06/2010	2.168,84	30,41%	659,54	30/06/2011	3.318,83	16,45%	545,95
31/07/2010	3.817,92	21,68%	827,73	31/07/2011	2.935,16	18,89%	554,45
31/08/2010	3.692,18	27,98%	1.033,07	31/08/2011	3.150,63	19,16%	603,66
30/09/2010	5.707,86	20,55%	1.172,97	30/09/2011	1.747,33	13,73%	239,91
31/10/2010	3.830,52	24,83%	951,12	31/10/2011	2.980,39	12,85%	382,98
30/11/2010	4.759,85	7,55%	359,37	30/11/2011	2.832,87	14,18%	401,70
31/12/2010	2.509,58	21,27%	533,79	31/12/2011	2.942,73	17,08%	502,62
Total Infraç	43.052,78		8.825,73	Total Infraç	35.102,53		6.435,51

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida, quanto a infração 3, reduzindo-a ao valor de R\$15.261,24, o que perfaz o valor total devido de R\$53.020,26, sendo mantidas subsistentes as infrações 1, 2 e 4, nos valores respectivos de: R\$2.324,29; R\$34.866,46 e R\$460, e subsistentes em parte as infrações 3 e 5, nos valores respectivos de R\$15.261,24 e R\$108,27, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2ª CJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela Recorrente:

- i. Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, constatou que, da análise das peças processuais, a Decisão recorrida estaria perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois a desoneração parcial das infrações 3 e 5 teriam decorrido, respectivamente, da aplicação da proporcionalidade da exigência do ICMS às operações tributadas, prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, e da exclusão da penalidade relativa à comprovação documental do registro das notas fiscais na escrita fiscal do contribuinte. Dessa forma, concluiu pelo não provimento do Recurso de Ofício;
- ii. Ao analisar o Recurso Voluntário, indeferiu inicialmente o pedido de diligência, por considerar suficientes para a formação da convicção da Câmara, os elementos contidos nos autos, assim como em razão de a mesma se destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do Recorrente Voluntário e cuja prova (levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas) simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;
- iii. No tocante à pretensão recursal de que fossem comparadas todas as modalidades de pagamento de vendas (em espécie, cheque, etc.) com modalidade única de pagamento em cartão de crédito/débito, declaradas pelas administradoras de cartões, comungou com o entendimento da PGE/PROFIS de que, *por motivos de lógica hermenêutica, não resta possível fazer comparação sobre coisas distintas, ou seja, vendas totais com vendas com cartão de crédito e débito, porquanto lustrada em valores sempre disformes, visto que, pensar de forma diversa seria admitir a inocuidade da norma;*
- iv. Pontuou que o Recorrente Voluntário alegaria, porém não comprovaria, nos termos dos art. 123 do RPAF, a existência de qualquer receita de venda oferecida à tributação vinculada à receita sob a modalidade de cartão de crédito ou débito;
- v. Quanto às penalidades aplicadas, observou que as mesmas seriam as legalmente previstas à ilicitude apurada, conforme previsto no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, falecendo competência a esta Câmara de Julgamento Fiscal à apreciação do pedido de exclusão ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal;
- vi. Em relação à alegação recursal da necessidade da aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, afirmou que tal pleito já havia sido atendido pelo Autuante quando da informação fiscal realizada, à fl. 598 dos autos, o que reduziu o valor original da infração 3 de R\$78.155,31 para R\$27.137,46, de cujo resultado o sujeito passivo foi cientificado, conforme documentos às fls. 625/626 dos autos, e manteve-se silente, tendo a Decisão recorrida, acolhido o valor remanescente como devido. Contudo, observou a existência de erro material no aludido valor remanescente, uma vez que o preposto fiscal, em vez de aplicar o índice percentual mensal das mercadorias tributadas sobre as bases de cálculo da omissão de saídas consignadas no Auto de Infração, o teria feito sobre os valores das vendas de cartões de créditos. Dessa forma, decidiu de ofício, que o valor remanescente da infração 3 seria R\$15.261,24.

Em razão da decisão proferida pela 2ª CJF, o sujeito passivo apresentou PEDIDO DE CONTROLE DE LEGALIDADE (fls. 846/851), alegando que:

- i. Na infração 2, o levantamento fiscal realizado pelo Autuante, não teria considerado os recolhimentos referentes à antecipação parcial feita pelo Contribuinte, e que, por isso, seria necessária a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para verificar os valores recolhidos por antecipação parcial. Afirmou ainda que, o alegado estaria comprovado através de um exame cuidadoso dos dados contidos no levantamento do Autuante, nas notas fiscais e nos DAES acostados pelo Sujeito Passivo;
- ii. Em relação à infração 4, atestou que a legislação somente exigiria o registro de nota fiscal no CIAP, nos casos em que o crédito fiscal fosse posteriormente utilizado, o que não teria ocorrido com a Nota Fiscal nº 1223, a qual corresponderia à aquisição de um veículo automotor destinado ao ativo fixo da empresa;
- iii. No tocante à infração 5, afirmou que, conforme DAE anexado, a Recorrente teria efetuado o recolhimento do ICMS no valor de R\$ 108,27 e, por consequência, também teria feito o registro no livro fiscal;
- iv. Argumentou ainda que a multa aplicada se revestiria de caráter confiscatório, em típica violação ao texto constitucional, e que por isso, a mesma deveria ser cancelada.

Por respeito ao contraditório, os autos foram convertidos em diligência, para que o Autuante pudesse se manifestar o que fez nos seguintes termos (fls. 1014/1016):

- i. Elaborou novo levantamento referente à infração 2, tomando como base os documentos acostados pelo Contribuinte, de modo que tal infração passou a ser valorada no montante de R\$ 18.912,65;
- ii. Descreveu, no tocante à infração 4, que o crédito fiscal oriundo da Nota Fiscal nº 1223 não teria sido escriturado no CIAP;
- iii. Pontuou, em relação à infração 5, que, com a juntada do REM 2012, fls. 579/592, contendo os lançamentos das notas fiscais emitidas em dez/11, o valor de R\$ 3.694,59, fica excluído do PAF. Destacou ainda que, como o Contribuinte recolhera a quantia de R\$ 108,27 em 22/01/2013, não haveria nada a ser cobrado por esta infração.

Ao tomar ciência da nova informação fiscal, o Sujeito Passivo realizou nova manifestação (fls. 1028/1030), alegando que o novo levantamento elaborado pela Autuante ainda conteria erros, que deveriam ser revistos, bem como repetiu suas alegações no que se refere à infração 4. Em resposta o Autuante se manifestou novamente (fls.1062/1063), apontando que, já havia refeito o levantamento da infração 2, com base nos documentos acostados às fls. 864/1003, tendo sido fixado o valor a ser reclamado pela mesma em R\$ 18.912,65.

Em parecer, a PGE/PROFIS (fls. 1065/1068) opinou pela Representação ao CONSEF, argumentando que:

- i. Coaduna com os valores elaborados pelo Autuante, em seu derradeiro levantamento fiscal, ratificando a quantia encontrada de R\$ 18.912,65, bem como concordou com todas as demais informações prestadas;
- ii. Quanto à Infração 5 rechaçou o acolhimento do pedido da autuada uma vez que valor por ela reconhecido foi exatamente o julgado pela CJF, já tendo sido extinto o referido crédito.

Após, a representação fora chancelada pela chefia da PGE/PROFIS (fls. 1069/1070), e os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Controle de Legalidade.

VOTO

Trata-se de Representação da PGE em sede de Controle de Legalidade contra Decisão proferida pela 2ª CJF, que julgou, por unanimidade, Não Prover o Recurso de Ofício interposto (fls. 642/652) e Prover Parcialmente o Recurso Voluntário (fls.664/678), manejados contra a Decisão da 2ª CJF, proferida através do Acórdão em epígrafe no que se refere à infração 2.

Após a apresentação do pedido de Controle de Legalidade perante a PGE, oportunidade em que promoveu a juntada de novos documentos, o autuado alegou quanto à Infração 2 que não foram levados em consideração os recolhimentos efetuados a título de antecipação parcial, promovendo

a juntada dos respectivos comprovantes.

Em razão disso o processo foi convertido em diligência para o Autuante que acatou parcialmente as razões do autuado, excluindo do levantamento da Infração 2 os pagamentos ainda não considerados, e opinou pela redução do débito de R\$ 34.886,46 para R\$ 18.912,65 (fls. 1062 e 1063).

Da análise dos autos verifico que a Representação da PGE não foi decorrente de nenhum erro na decisão desta CJF, que emitiu decisão com base nos elementos constantes dos autos. O que ocorreu foi que, com a juntada de novos elementos de prova, o próprio autuante acatou parcialmente os argumentos do autuado, reduzindo o montante do débito.

Nesta linha, a PGE também acatou a diligência realizada e representou esta CJF.

Tratando-se de matéria eminentemente fática, e constando dos autos comprovante de recolhimento do imposto estadual que elidem parcialmente a Infração 2, e com base no princípio da verdade material, outro caminho não vejo senão o de acatar a referida Representação para reduzir a Infração 2 ao montante de R\$ 18.912,65, fls. 1017/1023, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	DÉBITO ANTERIOR	DÉITO ATUAL
JULHO/2010	529,74	0,00
SETEMBRO/2010	160,68	26,78
NOVEMBRO/2010	10.649,47	6.987,03
DEZEMBRO/2010	3.498,17	0,00
MARÇO/2011	741,04	2.324,85
ABRIL/2011	965,67	2.196,84
MAIO/2011	3.444,81	2.126,84
JUNHO/2011	9.366,23	1.409,75
JULHO/2011	1.083,41	395,28
AGOSTO/2011	4.427,24	3.445,28
TOTAL	34.866,46	18.912,65

Assim, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS.

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 **207095.1202/12-1**, lavrado contra **CONFINAR PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. (A SERTANEJA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.498,18**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.236,94, 70% sobre R\$1.376,99 e 100% sobre R\$13.884,25, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "d" e "f" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$568,27**, previstas nos incisos IX e XV, alínea "d", do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, de acordo com norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

DANIEL RIBEIRO SILVA RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS