

PROCESSO - A. I. Nº 206915.0016/05-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ARMAZÉM DISTRIBUIDORA ITAPICURUENSE LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 20/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0405-12/07

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO DE DÉBITOS. Representação proposta com base no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Os elementos existentes nos autos não permitem que se saiba, com segurança, se a mercadoria objeto da representação estava ou não com a fase de tributação encerrada. Dessa forma, a mercadoria em questão deve ser excluída do levantamento quantitativo de estoques, o que implica em redução do valor reclamado na infração 2 e a improcedência da infração 4. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, interposta nos termos do art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), pugnando pela exclusão do montante de R\$444,58 da infração 2 e pela declaração da improcedência da infração 4.

O Auto de Infração foi lavrado em razão de seis irregularidades, contudo, apenas as seguintes infrações são objetos da presente representação:

2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$239,93, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Consta na descrição dos fatos que “o contribuinte omitiu as saídas das mercadorias constantes da planilha de Auditoria de Estoques, nas quantidades e nos valores ali lançados, durante o período de 01/01/2003 a 31/12/2003, anexa a este processo. Foi abatido do valor do ICMS a ser recolhido pelo contribuinte (optante pelo SimBahia) o equivalente a 8% das saídas computadas para a apuração do débito, conforme dispõe o art. 408-S, § 1º, combinado com o art. 408-P, do RICMS-BA ($R\$4.073,52 - R\$3.833,59 = R\$239,93$)”.

4. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$266,75, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Consta na descrição dos fatos que “o contribuinte omitiu as saídas da mercadoria constante da planilha Auditoria de Estoques (mercadoria sujeita à substituição tributária, conforme arts. 61 e 65 do RICMS-BA e no seu anexo 88), nas quantidades e nos valores lançados na mesma, no período de 01/01/2003 a 31/12/2003, anexa a este processo”.

Considerando que o autuado não apresentou defesa e nem efetuou o pagamento do débito tributário, foi lavrado termo de revelia (fl. 133) e, em seguida, o processo foi encaminhado para inscrição em dívida ativa (fl. 134).

A PGE/PROFIS, com fulcro no art. 136, § 1º, do COTEB, e no art. 116 do RPAF/99, determinou o retorno do processo à INFAZ de origem, para que fosse retificada a multa indicada na infração 1 e que fosse refeita a apuração do imposto cobrado na infração 4.

Conforme pronunciamento às fls. 143 e 144, o autuante manteve o lançamento em sua inteireza.

O processo foi encaminhado à assessoria técnica da PGE/PROFIS, fl. 146, por determinação da doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, procuradora do Estado, para que fosse verificada a regularidade do lançamento quanto à infração 4.

Por meio do Parecer PROFIS/ASTEC/CSL Nº 016/06, fls. 147 e 148, foi informado que a mercadoria objeto da infração 4 (suco de fruta) encontrava-se inserida no item “7” do inciso II do artigo 353 do RICMS-BA. Foi dito que, em relação a essa mercadoria, o autuado estava na condição de contribuinte substituído e não substituto. Foi sugerida a exclusão do valor de R\$ 444,58 da infração 2, bem como a decretação da improcedência da infração 4.

Em Parecer às fls. 153 a 156, as doutoras Ângeli Maria Guimarães Feitosa e Mara Lina S. do Carmo, procuradoras do Estado, afirmam que há ilegalidades flagrantes no presente lançamento.

Após transcrever o disposto no art. 353, II, “7”, do RICMS-BA, com a redação vigente até 30 de setembro de 2005, as procuradoras afirmam que a mercadoria suco de fruta estava enquadrada no regime de substituição tributária e, portanto, o recolhimento do ICMS era realizado pelos estabelecimentos industriais, quando aqui produzido, ou no momento da sua entrada no território baiano, se produzido em outra unidade da Federação. Asseguram que, dessa forma, as saídas posteriores dessa mercadoria, no Estado da Bahia, já não estavam sujeitas a tributação pelo ICMS.

As ilustres procuradoras asseveram que, ao incluir as operações com suco de fruta na infração 2, o autuante promoveu uma cobrança em duplicidade do ICMS. Também aduzem que, na infração 4, a cobrança é igualmente indevida, pois nas operações com suco de fruta realizadas pelo autuado ele assumia a condição de contribuinte substituído.

Ao finalizarem, as procuradoras representam ao CONSEF, *“a fim de que seja excluído, do imposto cobrado em relação à infração 2 do Auto de Infração 2069150016059, o montante de R\$ 444,58 (planilha 109), bem como para que seja declarada a total improcedência da infração 04 do referido lançamento.”*

Em despacho à fl. 157, o doutor José Augusto Martins Junior, procurador do Estado, assistente da PGE/PROFIS, concorda com o Parecer de fls. 153/157, que concluiu pela exclusão do imposto cobrado na infração 2 do presente lançamento o montante de R\$444,58, bem como para que seja decretada a improcedência da infração 4.

Na sessão de julgamento, o doutor José Augusto Martins Junior modificou o fundamento da Representação interposta, por entender que a razão para a exclusão das operações com suco de fruta era a insegurança na determinação da situação tributária da referida mercadoria. Considerou o procurador que, com base nos elementos existentes nos autos, não havia como se saber, com segurança, se a mercadoria em questão estava ou não com a fase de tributação encerrada.

VOTO

Na representação em análise, a PGE/PROFIS pugna pela exclusão do valor de R\$444,58 da base de cálculo da infração 2 e pela declaração da improcedência da infração 4, uma vez que não se sabe se a mercadoria suco de fruta estava ou não com a fase de tributação encerrada.

Efetivamente, os elementos existentes nos autos não permitem que se saiba, com segurança, se a mercadoria em questão (suco de fruta) estava ou não com o imposto pago por antecipação tributária. Ante a existência dessa insegurança, considero que a referida mercadoria deve ser excluída do levantamento quantitativo de estoques, como propõe a Representação da PGE/PROFIS.

Na infração 4, o levantamento quantitativo de estoques abrangeu apenas a mercadoria suco de fruta. A exclusão dessa mercadoria do levantamento acarreta a insubsistência da referida infração.

Na infração 2, o levantamento quantitativo abarcou diversas mercadorias. Ao excluir da base de cálculo da omissão de saída originalmente apurada (R\$47.919,99) o valor correspondente às operações com suco de fruta (R\$2.615,20), utilizando a mesma metodologia empregada pelo autuante, o valor do imposto devido nessa infração, após a concessão do crédito equivalente a 8%, passa de R\$239,93 para R\$4,56.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação interposta, para que sejam as infrações 4 e 2 declaradas, respectivamente, improcedente e procedente em parte no valor de R\$4,56, remanescendo o débito no valor de R\$29.107,53 do presente Auto de Infração.

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, 29 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS