

PROCESSO - A. I. Nº 281105.0013/07-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARMELITA SODRÉ DE ANDRADE (KI CAMARÃO)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 2º CJF nº 0142-12/08
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 12/04/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0046-11/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - E DAS NOTAS FISCAIS DE VENDAS AO CONSUMIDOR DE CONTRIBUINTE. MICROEMPRESA. REDUÇÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB). A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Reduzido o valor do débito inicialmente exigido, pela aplicação do critério da proporcionalidade na exigência fiscal, por se tratar de contribuinte que também opera com mercadorias adquiridas com a fase de tributação encerrada por substituição tributária, nos termos da Instrução Normativa nº 56/07. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através da presente Representação – fls. 47 a 49 - a PGE/PROFIS, com base no art. 119, inciso II, §1º da Lei nº 3.956/81 – COTEB – combinado com o art. 114, II, §1º do RPAF/BA, encaminha o processo em epígrafe a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda para que seja apreciado o lançamento de ofício diante de ilegalidade flagrante detectada quando do controle da legalidade efetuado pelo órgão.

O Auto de Infração foi lavrado para imputar ao contribuinte a omissão de saída de mercadoria apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de julho a dezembro de 2006; janeiro a março e maio de 2007, no valor de R\$25.995,21, sendo julgado Procedente pela 3ª JF - através do Acórdão nº 0039-03/08 - e, em sede de Segunda Instância, julgado pela 2ª CJF - através do Acórdão nº 0142-12/08 - que manteve a Decisão de Primeira Instância.

A PGE/PROFIS, através da Representação de fls. 1.014 a 1.015, inicialmente informa que o sujeito passivo apresentou requerimento de fls. 127 a 135 dos autos onde requer a este órgão jurídico que se abstenha de efetuar a inscrição do crédito tributário em dívida ativa e de promover sua cobrança judicial, ao argumento de que o Auto de Infração exigiu imposto referente a mercadorias já tributadas pelo regime de substituição tributária, 1 tributação, ao mesmo tempo em que juntou aos autos relação de 1 tributária, além de cópias de suas notas fiscais de entradas, no intui

mercadorias com o imposto já retido pelo remetente, ao tempo que também informa que os levantamentos fiscais anexados originalmente ao Auto de Infração indicam índice de proporcionalidade zero.

Informou que, após análise do pedido pela Assessoria Técnica da PGE/PROFIS, realizada depois de intimado o contribuinte a apresentar suas DMEs, notas fiscais de entradas e de saída dos exercícios de 2006 e 2007, expediu o Parecer Técnico de fls. 553 a 555, acompanhado dos demonstrativos de fls. 556 a 574, restou esclarecido que refazendo os cálculos do ICMS devido por omissão de saídas com base nos critérios apontados na Instrução Normativa nº 56/2007, que determina a observância da proporcionalidade entre as saídas isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária sobre o total de saídas efetuadas no período – o ICMS apurado é da ordem de R\$10.675,02.

Assim, conclui a ilustre procuradora que subscreveu a Representação, que deve ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual a redução do valor do ICMS exigido no presente Auto de Infração de R\$ 25.995,21 para R\$10.675,02, nos termos das conclusões apresentadas no referido Parecer Técnico de fls. 553 a 555.

Em Despacho de fl. 1.015, verso, a Procuradora Assistente em exercício Dr.^a Sylvia Amoêdo, acolhe os termos da Representação em tela, encaminhando o presente processo a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF para que seja reduzido o débito exigido e julgado Procedente em Parte o lançamento.

VOTO

Inicialmente, cumpre consignar que a representação proposta pela PGE/PROFIS, no controle da legalidade, encontra previsão no art. 119, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, *in verbis*:

“Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato”.

Como se deduz da simples leitura do permissivo legal, compete à PGE/PROFIS representar ao Conselho de Fazenda Estadual sempre que verificar a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, cabendo a esse órgão de julgamento apreciar o lançamento de ofício, proferindo Decisão adequada aos fatos apontados pelo órgão jurídico.

Assim, entendemos que, da análise da Representação, com base nos fundamentos alinhavados pela ilustre procuradora que a subscreveu, conjuntamente com os elementos fáticos constantes dos autos - apresentados pelo sujeito passivo e aferido pelo fiscal revisor indicado pela PGE/PROFIS - e a legislação pertinente, nos leva ao seu acolhimento, em todos os seus termos, visto que se vislumbra de fato uma ilegalidade na autuação, posto que não fora aplicada, no cálculo do imposto exigido, a proporcionalidade a que se reporta a Instrução Normativa nº 56/07.

E, de fato, o referido instrumento legal determina que devem ser excluídos da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza, já que, em se tratando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, devem ser excluídas as mercadorias desoneradas, quer por isenção, não-incidência ou por se tratarem de mercadorias já adquiridas com a fase de tributação encerrada, pelo mecanismo da substituição tributária na fonte.

Neste sentido, depois de intimado para apresentação das notas fiscais de entradas, de saídas e as DMEs, foi levantada a proporção das mercadorias não tributada tributação encerrada, pois sujeitas à substituição tributária) em

efetuadas no período autuado, com base nos demonstrativos de fls. 556 a 574, apurando-se a proporcionalidade devida, o que importou na redução do débito inicialmente exigido.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para que seja reduzido o imposto exigido no presente Auto de Infração para o valor de R\$10.675,02.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO							
Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Aliq. (%)	Vlr. Histórico	Multa (%)	Vlr. Julgado-JJF	Vlr. Julgado- CJF
1	31/07/2006	09/08/2006	17	4.975,62	70	4.975,62	2.224,10
2	31/08/2006	09/09/2006	17	4.255,92	70	4.255,92	2.477,37
3	30/09/2006	09/10/2006	17	4.490,08	70	4.490,08	1.987,76
4	31/10/2006	09/11/2006	17	3.514,76	70	3.514,76	1.481,12
5	30/11/2006	09/12/2006	17	3.602,84	70	3.602,84	1.065,72
6	31/12/2006	09/01/2007	17	3.587,53	70	3.587,53	897,96
7	31/01/2007	09/02/2007	17	74,21	70	74,21	21,15
8	28/02/2007	09/03/2007	17	345,26	70	345,26	102,13
9	31/03/2007	09/04/2007	17	993,91	70	993,91	358,30
10	31/05/2007	09/06/2007	17	155,08	70	155,08	59,41
TOTAL				25.995,21		25.995,21	10.675,02

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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