

**PROCESSO** - A. I. N° 232854.0074/07-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MALAGUETAS COMÉRCIO LTDA  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAC FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 07/10/2011

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0308-12/11**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z. DUPLICIDADE DE AUTUAÇÃO. INCORRETA REFERÊNCIA DE EXERCÍCIOS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE OMISSÃO DE SAÍDAS E SUBSTITUIÇÃO POR ANTECIPAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei n° 3.956/81 (COTEB), em face da constatação de duplicidade de autuação com sobreposição de lançamentos. Auto de Infração de 2006 com base em valores referentes a vendas ocorridas em 2007. Devolução dos autos à PGE/PROFIS com fulcro no Art. 114, III do RPAF/BA. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através da presente Representação – fls. 77 a 81 - a PGE/PROFIS, com base no art. 119, inciso II, §1º da Lei n° 3.956/81 – COTEB – combinado com o art. 114, II, §1º do RPAF/BA, encaminha o processo em epígrafe ao CONSEF 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 em 10.12.2008 para imputar ao contribuinte omissão de saídas 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 instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, no valor de R\$7.270,15.

A procuradoria, inicialmente, informa que o sujeito passivo apresentou requerimento de fls. 36 a 43 dos autos onde pede a esse órgão jurídico que seja feito o controle da legalidade do lançamento realizado por meio do Auto de Infração nº 232854.0074/07-1 solicitando a suspensão da exigibilidade do lançamento por antecipação tributária, o cancelamento da inscrição do suposto débito em dívida ativa e a restituição das parcelas pagas em razão de parcelamento indevido de dívida inexistente, devidamente corrigidas, ao argumento de que comercializa óculos, produtos que estariam submetidos ao regime da substituição tributária por antecipação.

Informou que os autos foram submetidos à análise da Fiscalização Tributária que se manifestou às fls. 55 e 56 pela validade da autuação.

Antes de enfrentar os argumentos do requerente, aponta que o caso é de sobreposição de lançamentos, pois tanto o presente Auto de Infração nº 232854.0074/07-1 lavrado em 10.12.08 quanto o Auto de Infração nº 279733.0203/08-6 de 19.06.08 dizem respeito a mesma infração, que foram baseados nos mesmos dados informados pela administradora de cartão de crédito para o período. Ressalta que os débitos encontrados pelos Auditores nos dois autos de infração são distintos uma vez que, foram utilizados valores das vendas informados pelo autuado no exercício de 2007, e não de 2006, como correto seria.

Em seguida, se manifesta quanto à questão da substituição tributária no presente caso, com base na leitura do art. 353, II, “31” do RICMS vigente à época e conclui que o Requerente tem razão nos seus argumentos, não fazendo sentido a presunção decorrente da omissão de saída.

Informa que nos autos do Auto de Infração nº 279733.0203/08-6 foram juntadas as respectivas notas fiscais de entrada, comprovando-se que, na quase absoluta totalidade, as mercadorias comercializadas eram óculos, sujeitos a substituição tributária por antecipação, ao tempo da infração.

Com base nestes fatos, arremata que estão configurados os dois motivos da hipótese prevista no art. 114, II do RPAF (existência de vício insanável ou de ilegitimidade flagrante).

Antes da sua conclusão, aponta incongruências entre as informações prestadas pelo contribuinte para o exercício de 2006 (DMA de fl. 58) e os recolhimentos por ele realizados a título de antecipação tributária (fls 68 e 69), indicando provável falta de recolhimento de ICMS, o que eventualmente conduzirá a necessidade de lançamento de ofício, por intermédio de roteiro de fiscalização diferente do que foi utilizado nos presentes autos.

Assim, conclui a ilustre procuradora Drª Flávia Almeida Pita, que deve ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual o cancelamento da inscrição na dívida ativa do presente Auto de Infração, com base no art. 114, II do RPAF.

O ilustre procurador José Augusto Martins Junior no Despacho de fl 85 aceitou em sua inteireza o parecer opinativo acima referido, encaminhando a PGE/PROFIS para conhecimento e deliberação, conforme preceitua o art. 41, II da LC nº 34/09.

Em Despacho de fls. 86 e 87, a procuradora assistente em exercício Drª Rosana Maciel Bittencourt Passos, acolhe os termos da Representação em tela, encaminhando o presente processo a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF para que seja declarada a nulidade do auto de infração em epígrafe.

## 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 dessume 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.

Entretanto, vislumbro que a presente Representação não deve ser acolhida por força do art. 114, III do RPAF. A mencionada norma determina, *in litteris*:

*Art. 114. A Fazenda Estadual, através do órgão competente, cancelará ou não efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, mediante despacho fundamentado, nos seguintes casos:*

(...)

*III - superposição de valores já pagos ou reclamados mediante lavratura de auto de infração ou de notificação fiscal.*

Como foi constatado nos autos que o caso é de sobreposição de lançamentos, entre o presente Auto de Infração nº 232854.0074/07-1 lavrado em 10.12.08 e o de Auto de Infração nº 279733.0203/08-6 de 19.06.08 que dizem respeito da mesma infração, os quais foram baseados nos mesmos dados informados pela administradora de cartão de crédito para o período, entendo que não é caso de Representação ao CONSEF para apreciação do fato, mas hipótese de competência da própria

PGE/PROFIS cancelar ou efetivar a inscrição do Débito Tributário, conforme disposto no citado art. 114, III.

Diante do exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da presente Representação, com o retorno dos autos a PGE/PROFIS para as devidas providências.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO ACOLHER a Representação proposta com base no art. 114, III do RPAF, devendo os autos retornar à PGE/PROFIS para adoção das providencias de sua alçada.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS