

**PROCESSO** - A. I. Nº 279733.0203/08-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MALAGUETAS COMÉRCIO LTDA. (CHILLI BEANS)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 13/02/2012

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0005-12/12**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF -. INCOMPATIBILIDADE ENTRE OMISSÃO DE SAÍDAS E SUBSTITUIÇÃO POR ANTECIPAÇÃO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Flagrante incompatibilidade entre a presunção decorrente da omissão de saída e o regime de substituição tributária por antecipação vigente a época dos fatos. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Através da presente Representação, 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 em 19.06.2008 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 janeiro a dezembro de 2006, no valor de R\$8.494,60.

A Procuradoria inicialmente informa que o sujeito passivo apresentou requerimento de fls. 41 a 49 dos autos onde pede a este órgão jurídico que seja feito o controle da legalidade do lançamento realizado por meio do Auto de Infração nº 297733.0203/08-6, 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.

A PGE/PROFIS também informa que os autos foram submetidos à análise da Fiscalização Tributária, na pessoa do Sr Giovani Aguiar da Silva, o Auditor Autuante, que se manifestou a fl. 120 pela nulidade do Auto de Infração devido à confirmação de que as mercadorias comercializadas (óculos) estavam à época da autuação sob o regime de substituição tributária por antecipação, conforme o art 353, II do RICMS, então vigente.

Assim, conclui que o requerente tem razão nos seus argumentos, não fazendo sentido a presunção decorrente da omissão de saída de mercadorias já tributadas.

Informa que foram juntadas as fls 72 a 119 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).

Entretanto, antes da sua conclusão, aponta incongruências entre as informações prestadas pelo contribuinte para o exercício de 2006 (DMA de fl. 70 e 81) e os recolhimentos por ele realizados a título de antecipação tributária (fls. 128 e 129), 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 Dr<sup>a</sup> Flávia Almeida Pita, que:

- 1) 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;
- 2) seja informada a INFAZ de Faria de Santana da invalidação deste Auto de Infração, para o refazimento da fiscalização no período de 2006, diante dos indícios de descumprimento das obrigações tributária pelo requerente, observado o prazo decadencial previsto no art. 173, II do CTN.

O ilustre procurador José Augusto Martins Junior no Despacho de fl. 132 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 fl. 133, a preclara procuradora assistente em exercício Dr<sup>a</sup> 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 e, reforçando o entendimento da renovação do procedimento fiscal, *“haja vista os indícios de sonegação fiscal vislumbrados (...) a partir do cotejo dos valores recolhidos pelo contribuinte a título de antecipação tributária com as informações contidas em suas DMA”*.

Os presentes autos foram instruídos e levados à sessão de julgamento desta 2ª CJF, em 19.09.2011, ocasião em que ficou constatado o não cumprimento da parte final do despacho do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, fl. 131, que determina a volta dos autos para deliberação após o Parecer opinativo de um dos procuradores assistentes da PROFIS – NCA. Desta feita, o presente PAF, retirado de pauta para julgamento, para a consecução do referido mandamento do Procurador-Chefe.

Com o devido retorno dos autos, houve a elaboração do Parecer do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, às fls. 151 a 152, manifestando-se pelo acolhimento do Pareceres anteriormente acostados, sob o argumento de que *“o roteiro de fiscalização utilizado para apuração do ICMS referente ao ano de 2006 não se mostra adequado ao regime de tributação ao qual estava submetido a empresa autuada.”*.

Por seu turno, com base no Parecer da ilustre procuradora Flávia Pita, fls. 123 a 126, devido ao indício de sonegação fiscal, o Procurador-Chefe recomenda o refazimento da ação fiscal, no período em questão, ano de 2006, utilizando-se outro método de fiscalização.

## 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, entendo que, da análise da Representação, com base nos fundamentos alinhavados pela ilustre procuradora que a subscreveu, conjuntamente com os elementos fáticos constantes dos autos, a informação fiscal prestada a fl 120 pelo Auditor Fiscal Giovani Aguiar da Silva e a legislação pertinente, nos leva ao seu acolhimento, em todos os seus termos, visto que se vislumbra de fato a incompatibilidade da presunção da omissão de saída com o regime de substituição tributária por antecipação, devido à essência dos dois institutos.

Para configurara a incompatibilidade da omissão de saídas com a antecipação tributária é necessário saber se as mercadorias (óculos) eram ou não abrangidas pelo regime de substituição por antecipação. Neste ponto, pelo o disposto no art. 353, II, 31 do RICMS vigente a época dos fatos, concordo que tais mercadorias eram abrangidas pelo referido instituto (substituição por antecipação tributária), afastando a presunção de omissão de saída. Note-se que o item 31 somente foi revogado pelo Decreto nº 10.459 em 19.09.2007.

Sustentando essa tese, aponto que o Parecer de fl. 120 do auditor fiscal Giovani Aguiar da Silva (AF 13.206924/3) sugere a nulidade daquele Auto de Infração, bem como o cancelamento do respectivo débito na dívida ativa, devido à constatação da sujeição ao regime de substituição tributária por antecipação das mercadorias comercializadas pela empresa autuada no período fiscalizado. Nesta oportunidade, foram acostados nos autos o livro de registro de saídas, o livro de registro de entradas e as notas fiscais de entrada e de saída do período fiscalizado.

Por fim, é importante se ater a ressalva feita pela ilustre procuradora Flávia Almeida Pita quanto à incongruência entre as informações prestadas pelo contribuinte para o exercício de 2006 (DMA de fl. 127) e os recolhimentos efetuados pelo contribuinte a título de antecipação tributária (fls. 128 e 129), como também, a discrepância entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito (fls. 06 e 07) e os valores das vendas efetuadas pela empresa fiscalizada (fl. 09), que se consubstanciam em indícios de irregularidades. Nesta toada, deve o Fisco estadual examinar a possibilidade de renovar as medidas fiscalizatórias no exercício de 2006, para a realização de novo lançamento tributário, em roteiro de fiscalização diferente ao que foi utilizado no presente PAF, para apuração de possíveis irregularidades, a salvo de falhas, observado o prazo decadencial do art. 173, II do CTN.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação para que seja o presente Auto de Infração seja julgado NULO.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **297733.0203/08-6**, lavrado contra **MALAGUETAS COMÉRCIO LTDA. (CHILLI BEANS)**, devendo a INFAZ de Feira de Santana examinar a possibilidade de renovar as medidas fiscalizadoras no exercício de 2006, com roteiro de fiscalização adequado e a salvo de falhas, observado o prazo decadencial do art. 173, II do CTN.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATORA

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