

PROCESSO - A. I. Nº 232953.0076/07-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BAHIA FOTO GRÁFICA LTDA. (FOTO SHOPPING)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF nº 0008-12/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0270-11/12

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a procedência parcial do Auto de Infração, em face da aplicação do critério da proporcionalidade entre saídas tributadas e isentas, não tributadas e com imposto pago por antecipação através de diligência efetuada pela ASTEC. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 29/03/2007 e apurou ICMS, no valor de R\$17.653,90, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos respectivos cartões.

A primeira Instância julgou pela procedência em parte do feito. O sujeito passivo inconformado com a Decisão apresentou Recurso Voluntário, tendo sido negado, por esta Câmara de Julgamento Fiscal, o seu provimento. Por esta razão o contribuinte ingressou com o Pedido de Controle da Legalidade aduzindo ser inaceitável a ausência de ajuste da base de cálculo com respeito ao princípio da proporcionalidade das receitas, cujo erro do autuante, cometendo vício de forma, permaneceu nos julgamentos de 1ª e 2ª Instâncias deste Conselho de Fazenda, uma vez que não foi considerada a regra estabelecida na Instrução Normativa nº 56/07, e sua repercussão nas suas receitas totais que englobam a prestação de serviços, sujeitas ao ISS e a venda de mercadorias, a qual parte está sujeita ao regime da antecipação tributária (filmes, flash, pilhas, fitas).

A PGE/PROFIS ao analisar o Pedido de Exercício do Controle da Legalidade aduziu que, de fato, o sujeito passivo exerce atividade mista, ou seja, operações atingidas pelo ICMS e atividades albergadas pelo ISS, o que se faz imperiosa a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, a fim de excluir da apuração do imposto lançado, valores referentes às operações não tributadas pelo ICMS, especificamente as operações decorrentes da prestação de serviços, devidamente alcançadas pelo ISS.

Assim, entendeu o Sr. Procurador, ser necessária a interposição de Representação ao Conselho de Fazenda Estadual para que fosse apurada, através de diligência a ser realizada pela ASTEC, a proporcionalidade das receitas referentes à operações tributadas e não-tributadas.

Esta Câmara de Julgamento Fiscal converteu o PAF à ASTEC para que, a partir da Decisão recorrida, apurasse o imposto incidente apenas sobre a base de cálculo proporcional às vendas mensais de mercadorias tributadas pelo regime normal do ICMS, em relação às receitas de vendas de mercadorias (tributadas e não tributadas), excluindo da base de cálculo impositivo as operações relativas às vendas de mercadorias com fase de tributação do ICMS encerrada, conforme demonstrado pelo sujeito passivo no Pedido de Controle de Legalidade, uma vez que

os valores das atividades de prestação de serviço, sujeitos ao ISS, comprovadamente pagos através de cartão de crédito, já haviam sido excluídos pela própria ASTEC em diligência anterior.

A diligência foi cumprida através do Parecer ASTEC nº 082/2010, fl. 1330, que, após analisar os documentos apresentados pelo contribuinte, calculou os percentuais referentes às operações de vendas de mercadorias com fase de tributação do ICMS já encerrada e efetuou as devidas exclusões, apurando o imposto devido no valor de R\$11.504,79.

O contribuinte ao tomar conhecimento do citado Parecer, discordou do procedimento alegando que deveriam ser efetuadas duas proporcionalidades. Uma sobre o faturamento total, incluindo as mercadorias sujeitas à tributação do ICMS e às sujeitas à prestação de serviços, no intuito de apurar as vendas de mercadorias. A outra para expurgar as saídas de mercadorias não tributadas, sujeitas à substituição tributária ou sujeitas à tributação exclusiva na fonte, cujos percentuais constam no próprio Parecer contestado.

A PGE/PROFIS acolheu o pedido do sujeito passivo e encaminhou ao CONSEF para deliberação de nova diligência para apuração do *quantum debeatur*.

Analizando o processo em pauta suplementar da sessão de 21/03/2011, esta 1ª Câmara de Julgamento entendeu que a solicitação do contribuinte não deveria ser acatada tendo em vista que os valores relativos à prestação de serviços já foram excluídos do levantamento fiscal, pois o contribuinte logrou vincular cada operação realizada com o correspondente boleto de cartão de débito/crédito, conforme Parecer ASTEC nº 69/2008, fls. 84/86.

Em despacho à fl.1.508, o procurador assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior entendendo que o pedido de aplicação da proporcionalidade já foi devidamente realizado nas diligências de fls. 84/86 e 1330/1331, com os devidos expurgos na base impositiva opinou pelo encaminhamento da manifestação ao CONSEF, para deliberação, com a devida cientificação do autuado.

Na sessão do dia 04/06/2012 esta Câmara de Julgamento tendo verificado que o Parecer do Dr. José Augusto Martins Junior não estava referendado pelo procurador assistente encaminhou o PAF à PGE/PROFIS para que fosse sanada a falha processual.

À fl. 1.517 consta o despacho da procuradora assistente da PGE/PROFIS, Dra Paula Gonçalves Morris Matos acolhendo integralmente o Parecer de fl. 1508.

VOTO

Trata-se de Representação feita pela PGE/PROFIS no sentido de que fosse apurada, através de diligência a ser realizada pela ASTEC, a proporcionalidade das receitas referentes às operações tributadas e não-tributadas, a fim de excluir da apuração do imposto lançado, valores referentes às operações não tributadas pelo ICMS, especificamente as operações decorrentes da prestação de serviços, devidamente alcançada pelo ISS.

Analizando as peças processuais, verifico que o julgamento de 1ª Instância reduziu o valor do débito originalmente exigido considerando as exclusões dos valores das atividades de prestação de serviço, sujeitos ao ISS, comprovadamente pagos através de cartão de crédito, de acordo com a diligência realizada pela ASTEC.

Por esta razão, esta Câmara de Julgamento Fiscal acatou a sugestão de diligência requerida pela PGE/PROFIS, no controle da legalidade, apenas em relação ao cálculo da proporcionalidade entre as mercadorias com tributação encerrada pelo ICMS e o total das receitas oriundas de operações tributadas pelo ICMS, o que resultou no Parecer ASTEC nº 82/2010, fl. 1330/1331, já que na diligência anterior já haviam sido expurgados os valores reais das operações tributadas pelo ISS.

Assim, concordo com as alterações promovidas no citado Parecer, que resultou no imposto devido no valor de R\$ 11.504,79 conforme demonstrativo de débito fl. 1.331.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, reduzindo o valor do Auto de Infração para R\$ 11.504,79, de acordo com o demonstrativo de débito elaborado pela ASTEC à fl. 1.331.

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, 23 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS