

A. I. Nº - 207096.0710/03-7
AUTUADO - POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ VIANA MOREIRA
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 30.09.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0365-02/04

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração descaracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO NOS LIVROS FISCAIS. Infração parcialmente caracterizada, tendo em vista que o contribuinte é optante do regime de pagamento do ICMS com base na receita bruta. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/12/2003, exige ICMS no valor de R\$ 15.943,07, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor (es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$ 3.751,86 e multa de 60%.
2. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 12.191,21 e multa de 70%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 15/24 e inicialmente suscita a preliminar de decadência do lançamento com base no art. 150, § 4º do CTN. No mérito, argumenta que desde o inicio das suas atividades a empresa é optante do regime de pagamento do ICMS com base na receita bruta, consoante o art. 115, III, e 504, IV do RICMS/97. Portanto, à base de cálculo incidente sobre suas operações mercantis, deve ser aplicada a alíquota de 5%, mas o autuante, equivocadamente, aplicou o percentual de 17%, encontrando débitos que não possuem qualquer relação com o mencionado regime de pagamento do tributo.

Na infração 01, a acusação diz que foi recolhido o valor de R\$ 3.751,86 a menor, em relação ao ICMS devido no mês de agosto de 1998. De fato, confrontando-se os registros da escrita fiscal (R\$ 5.520,00 de ICMS a recolher), com o DAE correspondente ao mesmo período (R\$ 1.768,14), chega-se ao resultado encontrado. Contudo, o autuado não é devedor de tal quantia. Em verdade houve um equívoco na escrituração do Registro de Saídas deste estabelecimento. As vendas do mês de agosto de 1998, ali registradas e o ICMS debitado são da filial, inscrita sob o nº 39.761.671. Enquanto isso, as vendas do estabelecimento autuado foram registradas na escrita fiscal de outra loja. Confirma-se esta afirmação, confrontando-se as leituras de redução Z, da autuada (docs. 98/126), a relação dos cupons não lançados feita pelo autuante, com os registros contidos nas fls. 68 do Registro de Saídas do estabelecimento de inscrição estadual nº 39.761.671. (docs. 94/96). Portanto, esta loja pagou corretamente o ICMS devido sobre o seu movimento, conforme DAE no valor de R\$ 1.768,14 quitado em 09/08/98 (doc. 97). O mesmo fato ocorreu na outra loja, que também pagou o ICMS sobre o seu efetivo movimento.

Quanto à infração 02, de fato, alguns dos resultados extraídos dos ECFs em uso, não foram transportados para o Registro de Saídas da empresa. Porém faz-se necessário corrigir a alíquota aplicada para 5% sobre a receita, pois o autuado é optante do regime de tributação com base na receita bruta. Pede que o AI seja julgado parcialmente procedente.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 155/156, e mantém o Auto de Infração, com base em que ao prestar declarações inexatas, o imposto que houver deixado de ser recolhido, será exigido pelo regime de apuração normal, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das sanções cabíveis.

A 3^a JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, com vistas à elucidação das questões levantadas pela defesa, e caso houvesse débito a ser exigido, que fosse refeito o demonstrativo de débito.

O diligente emite o Parecer ASTEC nº 106/2004, de fls. 160/162, no qual tece as seguintes considerações:

1. Que intimou o contribuinte a apresentar seus livros e documentos fiscais de saídas relativas ao mês de agosto de 1998, assim como os da filial inscrita sob o nº 39.761.671.
2. Verificando os documentos percebeu que efetivamente houve a permuta na escrituração das saídas das empresas, pois as reduções “Z”, fls. 87 a 117, são da empresa com inscrição estadual nº 39.761.671, (fls. 118 a 120), mas estão lançadas no Livro de Saídas da empresa com IE 42.115.458 (fls. 62 a 65), que foi autuada, cuja soma do imposto debitado é R\$ 5.520,00. As reduções “Z”, fls. 122 a 151, que pertencem ao autuado estão lançados no Livro de Saídas da outra empresa (fls. 118 a 120), cuja soma do imposto debitado é de R\$ 1.768,14. A diferença entre os dois impostos debitados (R\$ 1.768,14 – R\$ 5.520,00) é negativa em R\$ 3.751,86, exatamente o valor do ICMS cobrado na infração 01. Assim o outro estabelecimento recolheu o valor de ICMS de R\$ 5.754,43 (fl. 86), e a empresa autuada recolheu o valor de R\$ 1.768,14 (fl. 121), o que resulta em uma diferença positiva de R\$ 3.986,29.
3. Ressalta que verificando os documentos do processo, encontrou algumas reduções “Z”, de ambas as empresas e que representam vendas diárias através do equipamento eletrônico, não lançadas nos Livros de Saídas. Na empresa de IE nº 39.761.671, as reduções Z somam um valor tributável de R\$ 10.476,24 e na empresa de IE nº 42.115.458 (autuada), o valor tributável de R\$ 11.488,78.
4. Verificou que a empresa apura seu imposto a recolher com base na receita bruta e não consta qualquer observação de desenquadramento desta forma de apuração no seu histórico.
5. Elabora o demonstrativo de débito, no qual o ICMS a ser exigido assume o total de R\$ 3.585,65.

O autuado ao ser cientificado do resultado da diligência, manifesta-se às fls. 172/176, e assevera que o revisor se equivocou ao elaborar um novo demonstrativo do suposto débito da empresa, relacionado à falta de registro de vendas na escrita fiscal, pois como fez o autuante, também incluiu no seu levantamento as vendas referentes ao mês de agosto de 1998, no valor de R\$ 30.314,05 (ICMS de R\$ 1.515,70), já registradas e submetidas à tributação através da loja com inscrição estadual nº 39.761.671, conforme reconhece no escopo do seu trabalho.

Ademais, o revisor diz que em relação à loja autuada, em agosto de 1998, existiriam apenas R\$ 11.488,78 referentes a cupons fiscais que não foram registrados, portanto, somente este montante é que deve ser incluído no cálculo final da autuação. Assim, o demonstrativo inserido no referido parecer não reflete corretamente o suposto débito fiscal da empresa. Por isto, refez o

demonstrativo resumo que apresentou juntamente com a defesa, adicionando a parcela de R\$ 11.488,78 como débito de agosto de 1998, concluindo assim, que o imposto sendo calculado pela alíquota correta de 5%, existiria uma diferença de ICMS no valor de R\$ 2.644,90.

Ressalta que a diferença apontada em relação à outra loja (vendas sem registro no valor de R\$ 10.476,24), deve ser examinada no contexto do julgamento da cobrança imposta através do Auto de Infração n° 206878001/03-6, no qual este montante está sendo objeto de discussão (cópia anexa). Pede que o AI seja julgado procedente em parte no valor de R\$ 2.644,90, com posterior dedução da parcela afetada pelo instituto decadencial.

VOTO

Inicialmente cabe a análise da preliminar de decadência, suscitado pelo autuado, em sua peça defensiva, ao invocar o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Embora o Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, como o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2003, não há do que se falar em decadência para lançamento do tributo, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/98.

Este é o entendimento, reiteradamente, manifestado por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados.

No mérito, na infração 01 está sendo exigido o ICMS em decorrência de recolhimento a menor em razão de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS no mês de agosto de 1998, no valor de R\$ 3.571,86.

O diligente verificando a escrita fiscal, do contribuinte, constatou que, efetivamente, houve erro na escrituração dos livros fiscais da empresa autuado e de outra filial, inscrita no cadastro estadual sob o nº 39.761.671.

Portanto, não há ICMS a ser exigido na infração 01, haja vista que houve a permuta na escrituração das saídas das empresas, pois as reduções “Z”, fls. 87 a 117, são da empresa com inscrição estadual nº 39.761.671, (fls. 118 a 120), mas estão lançadas no Livro de Saídas da empresa com IE 42.115.458 (fls. 62 a 65), que foi autuada cuja soma do imposto debitado é R\$ 5.520,00. As reduções “Z”, fls. 122 a 151, que pertencem ao autuado estão lançados no livro de Saídas da outra empresa (fls. 118 a 120), cuja soma do imposto debitado é de R\$ 1.768,14. A diferença entre os dois impostos debitados (R\$ 1.768,14 – R\$ 5.520,00) é negativa em R\$ 3.751,86, exatamente o valor do ICMS cobrado na infração 01. Assim o outro estabelecimento recolheu o valor de ICMS de R\$ 5.754,43 (fl. 86), e a empresa autuada recolheu o valor de R\$ 1.768,14 (fl. 121), o que resulta em uma diferença positiva de R\$ 3.986,29.

Quanto à infração 02, em que o ICMS está sendo exigido com base na alíquota de 17%, após o resultado da diligência, não resta dúvida de que a empresa apura seu imposto a recolher com base na receita bruta, e deste modo, a alíquota a ser aplicada é da ordem de 5% sobre a receita bruta do estabelecimento.

Embora o contribuinte ao se manifestar sobre o resultado da diligência, tenha apontado que a base de cálculo relativa ao mês de agosto de 1998, seria no valor de R\$ 11.488,78, por ter sido mencionado pelo diligente, entendo que esta assertiva não é pertinente. Verifica-se no relato do fiscal estranho ao feito, que além do valor apontado na infração 02, o contribuinte teria deixado de lançar nos livros fiscais, o valor de R\$ 11.488,78 relativo às vendas ocorridas no mês de agosto de 1998, e que deve ser cobrado em nova ação fiscal. Em nenhum momento o diligente asseverou que os valores de base de cálculo, na infração 02, deveriam ser alterados, cabendo apenas a correção da alíquota aplicada.

Deste modo, o demonstrativo de débito, deste Auto de Infração, assume a seguinte configuração, conforme a planilha de fl. 161:

Data Ocorrência	Data vencimento	Base de cálculo	Alíquota	Multa	ICMS devido
31/01/98	09/02/98	1.665,52	5	70	83,28
28/02/98	09/03/98	4.603,23	5	70	230,16
31/07/98	09/08/98	10.227,88	5	70	511,39
31/08/98	09/09/98	30.314,05	5	70	1.515,70
30/09/98	09/10/98	976,52	5	70	48,83
30/11/98	09/12/98	10.049,29	5	70	502,46
31/12/98	09/01/99	2.452,76	5	70	122,64
31/01/99	09/02/99	1.786,47	5	70	89,32
28/02/99	09/03/99	4.001,05	5	70	200,05
31/03/99	09/04/99	3.300,52	5	70	165,03
31/05/99	09/06/99	1.455,29	5	70	72,76
30/06/99	09/07/99	880,35	5	70	44,02
Total					3.585,65

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207096.0710/03-7, lavrado contra **POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.585,65**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR