

PROCESSO - A. I. Nº 206878.0018/03-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (PIZZA HUT)
RECORRIDOS - POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (PIZZA HUT) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0263-05/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0084-12/08

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Após realização de diligência pela ASTEC do CONSEF, restou comprovado que os recolhimentos realizados estavam corretos, não remanescendo valor a recolher. Infração não caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. O autuado elidiu parte da exigência e, considerando que o contribuinte é optante pelo regime de apuração em função da receita bruta, deve o imposto ser apurado aplicando-se o percentual de 5%. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no artigo 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$124.216,43, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – R\$72.484,12;
2. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios – R\$51.732,31.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, afirmou que já estava decaído o direito de constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos até 30/12/1998. Alegou que o imposto deveria ter sido calculado à alíquota de 5%, já que apura o imposto a recolher com base da receita bruta.

Quanto à infração 1, disse que o seu procedimento estava correto, uma vez que os registros do seu equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) indicavam os valores das saídas não sujeitas à tributação.

No que tange à infração 2, disse que, além do erro na aplicação da alíquota, há operações consideradas como não registradas que, por um equívoco, foram lançadas em livros de um outro estabelecimento filial.

Na informação fiscal, fls. 424 a 428, os autuantes mantiveram a ação fiscal.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC (fl. 431), para que fosse verificado se alguma operação do estabelecimento fiscalizado, por um equívoco, foi lançada nos livros de outra filial.

Por meio do Parecer ASTEC nº 0234/2004 (fls. 434/435), foi informado que efetivamente as vendas dos dias 15/07, 16/07 e 01 a 30 de agosto de 1998 da empresa autuada (I.E. 39.761.671) estão registrados no livro Registro de Saídas da loja do Shopping Barra (I.E. 42.115.458). Acrescentou o preposto da ASTEC que os valores correspondentes a essas vendas compuseram a conta corrente fiscal para fins de recolhimento do imposto nos seus respectivos meses.

O autuado tomou ciência do resultado da diligência, fls. 443/444, porém não se pronunciou.

Na Decisão recorrida, após afastar a alegação de decadência, a Primeira Instância ressaltou que o imposto devido nas duas infrações deve ser apurado à alíquota de 5%, uma vez que *“o autuado não foi desenhado do regime de apuração em função da receita bruta, condição necessária para aplicação da alíquota de 17% adotada para o regime normal”*.

A infração 1 foi julgada Procedente em Parte, no valor de R\$20.872,20, em decorrência da retificação da alíquota de 17% para 5%.

A infração 2 foi julgada Procedente em Parte, no valor de R\$8.218,59. Foram excluídos desse item do lançamento os valores registrados nos livros de estabelecimento filial e que foram submetidos à tributação. Também foi retificada a alíquota aplicada na apuração do imposto remanescente.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no artigo 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 5ª JFJ recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 5ª JFJ, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JFJ Nº 0263-05/06 merece ser reformado.

Referindo-se à infração 1, o recorrente sustenta que o seu livro Registro de Saídas detalha os registros efetuados no seu ECF. Para comprovar sua assertiva, acosta ao processo cópia dos cupons fiscais emitidos no período. Salieta que esses documentos permitem a identificação dos valores a serem deduzidos do seu faturamento na apuração da base de cálculo do imposto. Diz que não remanesce nenhum débito nesse item do lançamento.

Quanto à infração 2, o recorrente acolhe o resultado decidido pela Primeira Instância.

Ao finalizar o seu Recurso Voluntário, o recorrente solicita que a Decisão recorrida seja reformada, para que a infração 1 venha a ser declarada improcedente.

Ao exarar o Parecer de fl. 1069, a representante da PGE/PROFIS sugere a realização de diligência. Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à ASTEC, para o atendimento das seguintes solicitações:

- a) que fosse verificado se os livros e documentos fiscais do recorrente permitiam a identificação das saídas realizadas com mercadorias isentas, não tributadas ou com o ICMS pago pelo regime de substituição tributária;
- b) caso positivo, que fosse o ICMS devido na infração 1 apurado à alíquota de 5%, excluindo-se da receita bruta os valores das operações de saídas referentes a mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago por substituição tributária.

A diligência foi atendida, Parecer ASTEC nº 16/2007 (fls. 1074 a 1075), tendo a diligenciadora informado que *“os livros e documentos fiscais do recorrente identificam, perfeitamente, as operações de saídas realizadas com mercadorias isentas, não tributadas ou com o ICMS pago pelo regime de substituição tributária”*.

Também afirmou a diligenciadora que o recorrente ao registrar as operações de saídas no livro Registro de Saídas *“excluiu do total das saídas, aquelas cujas operações referiam-se a mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago por substituição tributária, aplicando a alíquota de 5% para a apuração do imposto a recolher”*.

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente não se pronunciou. Por seu turno, os autuantes reafirmaram as razões da autuação, ratificaram os termos da informação fiscal de fls. 424/428 e solicitaram que a matéria fosse julgada de forma favorável à Fazenda Estadual.

Em Parecer às fls. 1085 e 1086, a ilustre representante da PGE/PROFIS, após historiar o processo, opina pelo provimento do Recurso em relação à infração 1, nos termos do Parecer da ASTEC.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª CJF decidido que o PAF deveria ser convertido em diligência à ASTEC, para que fosse informado se após a apuração do ICMS devido na infração 1 remanesce ou não algum valor a recolher.

Por meio do Parecer ASTEC nº 0179/2007 (fls. 1090 a 1092), a ilustre Parecerista informa que os livros e documentos fiscais do recorrente identificam as operações com mercadorias tributadas e não tributadas ou com ICMS pago pelo regime de substituição tributária, como se constata às fls. 53 a 106. Disse que, ao se apurar o imposto com a exclusão dessas operações, os valores da base de cálculo e do imposto a recolher são os mesmos registrados nos livros fiscais do recorrente, não remanescendo nenhum valor a recolher na infração 1.

Notificados acerca do resultado da diligência, o recorrente e os autuantes não se pronunciaram.

Ao exarar o Parecer de fl. 1099v, a ilustre representante da PGE/PROFIS reiterou o seu Parecer de fls. 1085/1086, onde opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Em despacho à fl. 1101, o doutor José Augusto Martins Júnior, procurador assistente da PGE/PROFIS, ratificou o Parecer de fl. 1099v, opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que fosse a infração 1 julgada Improcedente, conforme apurado na diligência da ASTEC.

VOTO

O Recurso de Ofício versa sobre as infrações 1 e 2, as quais foram julgadas Procedentes em Parte em Primeira Instância. A sucumbência da Fazenda Pública Estadual decorreu de retificação no regime de apuração do ICMS (infrações 1 e 2) e de exclusão de valores que foram registrados em livros fiscais de outro estabelecimento da mesma empresa (infração 2).

Quanto à correção do regime de apuração do ICMS, foi correta a Decisão da Primeira Instância, pois, considerando que no período em questão o recorrido apurava o ICMS a recolher pelo regime da receita bruta, não havia razão para que o imposto fosse calculado com base na alíquota de 17%, como foi feito no Auto de Infração.

No que tange à exclusão de valores referentes a operações do estabelecimento fiscalizado que, por um equívoco, foram lançados em estabelecimentos da mesma empresa, também foi acertada a Decisão da Primeira Instância, pois a diligência realizada pela ASTEC (fls. 434/435) comprovou a veracidade desse fato alegado na defesa. Uma vez que restou comprovado que as operações em questão foram submetidas à tributação, mesmo que em outro estabelecimento do mesmo grupo, não há razão para a autuação ser mantida em relação a essas operações.

Pelo acima exposto, foi correta a Decisão da 5ª Jf e, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida.

O Recurso Voluntário versa sobre a infração 1, a qual foi julgada Procedente em Parte na Decisão proferida pela Primeira Instância.

Na infração 1, o autuado, ora recorrente, foi acusado de ter recolhido a menos o ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas regularmente escrituradas.

Alegou o recorrente que os seus livros e documentos fiscais detalhavam as operações de saídas realizadas com mercadorias isentas, não tributadas ou tributadas pelo regime de substituição tributária e, em consequência, as operações com essas referidas mercadorias foram excluídas da apuração da base de cálculo do imposto, conforme prevê o artigo 504, inc. V, al. “c”, do RICMS-BA.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC, tendo a diligenciadora informado que os livros e documentos fiscais do recorrente comprovavam as alegações recursais. Também foi informado que, após o refazimento da apuração do imposto devido pelo recorrente, com a aplicação da alíquota de 5% e com a exclusão das operações com mercadorias isentas, não tributadas e com tributação pelo regime de substituição tributária, não restava valor algum a recolher na infração 1.

Acolho o resultado da diligência efetuada pela ASTEC e, com base nessa diligência e no disposto no art. 504, inc. V, al. “c”, do RICMS-BA., considero que a infração 1 não subsiste.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 1 Improcedente, mantendo inalterada a Decisão de Primeira Instância quanto à infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206878.0018/03-6 lavrado contra **POPCORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (PIZZA HUT)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.218,60**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

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