

A. I. Nº - 115969.0049/08-2
AUTUADO - SOHO RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 01.032010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0008-05/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal elaborada pela autuante. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - DO CONTRIBUINTE. A declaração de vendas por meio de cartões de crédito e /ou débito, feitas pelo sujeito passivo, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal elaborada pela autuante. Negado o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/12/2008, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 30.071,47, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

1. Falta de recolhimento do tributo por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federadas e adquiridas com fins de comercialização (março, julho, agosto e outubro de 2004). Valor exigido de R\$ 5.431,41. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos através de cartões de débito / crédito, em valor inferior ao informado pelas administradoras dos cartões. Valor exigido de R\$ 24.640,06. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 310 a 312, através de advogado regularmente constituído, conforme instrumento de mandato de fl. 313.

Aduz que o lançamento de ofício merece reparos, pois, no que tange ao seu item (infração) 01, a maior parte dos valores apurados são concernentes a aquisições de pescado, a exemplo de atum, salmão etc. Tais operações seriam contempladas com a redução de 100% da base de cálculo, prevista no Decreto nº 7.557/99, que vigeu até o advento do Decreto nº 10.984/08. Dessa forma, nos termos do art. 352-A, parágrafo 2º do RICMS/BA, que determina que *imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela igualmente contemplada com a redução*”, não há que se fazer antec

Com relação ao item 2, afirma que o procedimento não observou os comandos da Instrução Normativa nº 56/07. Alega ter trabalhado com percentuais de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição que variaram de 23,39% a 42,27% no período. Além disso, entende que devem ser deduzidas as operações contempladas com redução de base de cálculo (pescados), a fim de que a imposição recaia somente sobre aquelas sujeitas ao imposto.

Requer diligência por fiscal estranho ao feito, a fim obter os percentuais exatos de redução, considerando-se para tanto as notas fiscais e livros anexados ao PAF, referentes às entradas de mercadorias.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, reitera o pedido de diligência e finaliza requerendo a procedência parcial do Auto de Infração, de modo que a “condenação” da infração 1 fique limitada aos valores apurados no demonstrativo de fl. 319 e a da segunda infração aos valores encontrados após as pertinentes deduções.

A autuante ingressa com informação fiscal às fls. 1.053 e 1.054.

Relativamente à infração 1, acata a planilha de fl. 319, apresentada pelo impugnante, com exceção dos valores da Nota Fiscal nº 4.812, sendo que as quantias exigidas passaram a ser aquelas constantes da fl. 1.055.

No tocante à infração 2, também elabora novo demonstrativo de débito (fl. 1.057). No levantamento de fl. 1.059, considerou as saídas para efeito de alcançar o percentual de dedução. Ressalta que o cálculo de proporcionalidade relativa ao mês de julho de 2004 tomou por base a DMA.

Requer a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o contribuinte junta manifestação às fls. 1.065 e 1.066.

Reiterando os pedidos da peça defensiva, ressalta que a proporcionalidade também deve envolver os produtos sujeitos à redução da base de cálculo (pescados). No sentido de determinar o percentual de exclusão, repete o pedido de diligência e / ou revisão fiscal.

À fl. 1.070, a autuante presta nova informação fiscal. Assevera que a proporcionalidade foi efetuada através do livro Registro de Saídas de Mercadorias, oportunidade em que foram excluídas as operações isentas e substituídas. Alega que o pescado não é comercializado no mesmo estado em que é adquirido, mas transformado em refeições. Uma vez que as refeições são tributadas, entende que não há como atender ao pleito do sujeito passivo.

Por fim, informa que os valores do imposto exigido nas duas infrações são aqueles constantes dos levantamentos de fls. 1.053 a 1.059.

VOTO

Com relação ao pedido de nova diligência e/ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Os levantamentos e documentos presentes no processo, inclusive àqueles elaborados em sede de informação fiscal, demonstram cristalinamente a autoria e a materialidade dos fatos.

A infração 1 do presente lançamento de ofício diz respeito ao ICMS devido por falta de recolhimento do tributo por antecipação parcial.

O contribuinte, uma vez que adquire pescados em quantidade significativa, pediu que as operações concernentes aos mesmos fossem excluídas da exigência, vez que beneficiadas pelo comando do art. 352-A, parágrafo 2º do RICMS/BA c/c art. 1º do Decreto nº 7.577/00, vigente à época dos supostos fatos geradores:

*RICMS/BA, Art. 352-A. § 2º. Quando a base de cálculo do imposto re-
reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada co*

Decreto 7.577/99. Art. 1º. Nas operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, a base de cálculo do ICMS será reduzida em 100%, observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100 do RICMS/BA.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica:

I – à operação que destine o pescado à industrialização;

II - ao pescado enlatado ou cozido;

III - ao pescado seco ou salgado.

Assim, no demonstrativo de fl. 1.055, a autuante excluiu as sobreditas operações do cálculo do valor devido. A revisão levada a efeito pela autoridade fiscal contempla inclusive a Nota Fiscal nº 4.812 (fl. 18). Todavia, com um valor de base de cálculo para antecipação parcial menor do que a apresentada pelo autuado. O contribuinte, no seu levantamento de fl. 319, traz a base de cálculo de R\$ 1.165,80, enquanto a autuante a de R\$ 1.100,80. Está correto o procedimento da autuante, pois excluiu do lançamento todos os pescados, com as exceções acima designadas, mantendo, para essa nota fiscal, os valores relativos às mercadorias mexilhão e polvo.

O mencionado quantitativo merece dois reparos. Primeiramente, o mês relativo à nota fiscal 4.812 é dezembro de 2004, e não agosto de 2004, como está registrado na coluna “MÊS / ANO”. Em segundo lugar, o valor total é R\$ 1.123,30, e não R\$ 965,18: houve erro na soma das quantias consignadas na mencionada coluna do demonstrativo.

É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização.

Assim, acato o demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 1.055, de maneira que a quantia exigida na infração 1 fica reduzida de R\$ 5.431,41 para R\$ 1.123,30. Ressalto que o débito relativo à Nota Fiscal nº 4.812 - consignado em agosto de 2004 no citado levantamento -, deve ser registrado em dezembro de 2004. Infração parcialmente elidida.

A infração 2 é referente à omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos através de cartões de débito / crédito.

Da análise dos elementos constantes do processo, verifico que a autuante – na sua revisão fiscal - observou os ditames da Instrução Normativa nº 56/07, ou seja, retirou do levantamento, a cada período, as operações de saídas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária. Não merece abrigo a pretensão do autuado, de que os cálculos sejam feitos com base nas entradas, pois o Texto Normativo, no seu item 1, é claro ao estabelecer que “*apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e / ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão*”. Por outro lado, assiste razão à autuante quando observa que as operações com a base de cálculo reduzida são concernentes às entradas de mercadorias, não gerando efeitos no que se refere à proporcionalidade.

Porém, é importante registrar que a redação atual do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07. Dessa maneira, a norma correta para enquadrar os fatos geradores ocorridos no exercício de 2004 é a do art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, então vigente. Tal situação não implica em nulidade ou improcedência da autuação, pois as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, consoante estabelece o parágrafo 1º do art. 18 do RPAF/99.

A declaração de vendas por meio de cartões de crédito e /ou débito em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições fina

cartões, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Dessa forma, acato o demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 1.057, de modo que a exigência reste diminuída de R\$ 24.640,06 para R\$ 15.930,67. Infração parcialmente elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE (Quanto à Infração 2)

Ressalto inicialmente concordar com o sr. relator deste PAF na solução do item 1 do Auto de Infração, pela procedência parcial da imputação fiscal concernente à antecipação tributária parcial.

No entanto, peço *venia* para discordar dos demais membros desta 5ª JJF, para manifestar meu voto pela procedência total do item 2, que contempla a acusação de “*Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos através de cartões de débito / crédito, em valor inferior ao informado pelas administradoras dos cartões*”.

Isto porque, não vislumbro possibilidade de aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, para os contribuintes optantes do regime de apuração pela Receita Bruta, previsto no art. 504, do RICMS, como é caso que envolve o presente processo administrativo.

Nessa sistemática de apuração as deduções referentes às mercadorias isentas, não tributadas e com o ICMS já recolhido pelo regime da substituição tributária, se operam mensalmente, a partir dos documentos fiscais de aquisição, e por força de previsão expressa da legislação, conforme norma contida no dispositivo regulamentar a seguir transcrito (art. 504, inc. V, letra “c”, do RICMS/Ba):

“Art. 504 – Os restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de refeições e outros serviços de alimentação poderão optar pelo pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta, observando-se, além das normas relativas aos demais contribuintes, as seguintes:

(....)

V - na receita bruta mensal não serão incluídos os valores:

a) das devoluções;

b) das receitas não-operacionais, assim entendidas, para os efeitos deste inciso, as decorrentes de situações alheias ao fato gerador do ICMS;

c) das operações não sujeitas ao imposto por isenção ou não-incidência, bem como das operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação, sendo que:

1 - no caso de mercadorias cujo imposto tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária, não serão excluídos os valores daquelas que tenham sido utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo dos produtos fornecidos; (grifos nossos)

2 - revogado

d) das saídas por transferências de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo titular, quando o remetente e o destinatário forem, ambos, optantes pelo regime aludido no “caput”;

Frente ao dispositivo regulamentar supra é se concluir que na apuração ordinária do imposto recolhido mensalmente, o contribuinte já efetua o abatimento, a partir das notas fiscais de entrada, de todas as operações com mercadorias que não se sujeitam à tributação do ICMS na etapa subsequente de saída. Assim, mensalmente, o cálculo do tributo é feito a partir de uma base de cálculo líquida, que abarca exclusivamente os fornecimentos de refeições sujeitas à tributação. Tendo em vista este regramento específico, toda a r estabelecimentos similares, optantes do regime do art. 504, após a submetidas à tributação pela alíquota reduzida de 4%.

Na situação em exame, o contribuinte omitiu receitas que deveriam ter sido oferecidas à tributação, conforme ficou evidenciado a partir da auditoria fiscal que se valeu das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito. Neste caso, não há mais deduções a serem feitas pela sistemática da Instrução Normativa nº 56/07, visto que na apuração mensal do imposto declarado ao fisco, o contribuinte já procedera todas as deduções, dando aplicação à legislação de regência do tributo, via abatimento de todas as parcelas não tributadas ou já tributadas antecipadamente.

Aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/97, para rever a base de cálculo do Auto de Infração, é promover dupla dedução, a primeira já concretizada quando da apuração das receitas mensais; e a segunda, por ocasião do lançamento de ofício. No nosso entender tal procedimento, a partir de uma interpretação sistemática, se revela inadequado e não encontra amparo na legislação de regência do ICMS, que não contempla possibilidade de dupla dedução das mesmas operações.

Assim, diante do regramento específico, previsto no art. 504 do RICMS, aplicável tão-somente aos contribuintes optantes de recolhimento do ICMS pela receita bruta, dirijo do entendimento expresso pelo sr. relator e voto pela PROCEDÊNCIA do item 2 do presente lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **115969.0049/08-2**, lavrado contra **SOHO RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.053,97**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.123,30 e 70% sobre R\$15.930,67, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE
(Quanto à Infração 2)

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA