

PROCESSO - A. I. Nº 115969.0049/08-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SOHO RESTAURANTE LTDA.
RECORRIDOS - SOHO RESTAURANTE LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0008-05/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 07/04/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-12/11

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. O pagamento pelo sujeito passivo da parcela julgada pela Primeira Instância, constitui-se em confissão de dívida, e torna o Recurso Voluntário **PREJUDICADO** pelo encerramento da lide. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**, à vista das correções no lançamento realizadas ao curso do processo. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a Decisão prolatada, bem como Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, através do Acórdão JJF Nº. 0008-05/10 (fls. 1.072 a 1.076), lavrado em virtude da constatação das seguintes irregularidades:

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, fato ocorrido nos meses de março, julho, agosto e outubro de 2004, no valor de R\$ 5.431,41, além de imposição de 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, com imposto no valor de R\$ 24.640,06, além da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

A Decisão objeto da interposição do Recurso Voluntário decidiu em relação à infração 1:

“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”.

No que tange à infração 2, o Acórdão concluiu que:

“A declaração de vendas por meio de cartões de crédito e /ou débito, feitas pelo sujeito passivo, em valores inferiores àsquelas 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.

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”.

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, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício de sua Decisão, tendo em vista a Decisão não unânime em relação à infração 2, em virtude do voto discordante do julgador Tolstoi Nolasco.

Inconformado com tal Decisão, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, (fls.1.084 e 1.087), no qual pleiteia a reforma da Decisão da 1ª Instância exclusivamente em relação ao item 02 do lançamento.

Submetido à apreciação da PGE/PROFIS, a ilustre procuradora em manifestação de fls.1.093 e 1.094 após adotar o relatório da Junta de Julgamento Fiscal, se posiciona no sentido de que o contribuinte não nega o cometimento da infração, nem traz prova capaz de elidir a presunção. Apenas contesta a proporcionalidade aplicada pela autuante em relação à infração 2, vez defender que a mesma deva ser refeita, tomando por base as entradas tributadas, e que tal tese não deve prosperar, uma vez que os ditames da Instrução Normativa nº 56/07, razão pela qual opina no sentido de que deva ser mantida a Decisão de primeiro grau.

À fl. 1.096 o recorrente protocola requerimento de pagamento parcial do débito, totalizando R\$17.053,97, conforme planilha de fl. 1.098, sendo o pagamento de tal montante realizado em 31 de maio de 2010, aproveitando os benefícios da Lei de anistia (Lei nº. 11.908/10), relativo ao valor julgado na Primeira Instância.

VOTO

Com efeito, analisando-se o processo, verifico que em maio de 2010, o sujeito passivo efetuou o recolhimento do débito lançado no Auto de Infração ora apreciado, através de parcelamento, utilizando-se dos benefícios da Lei nº. 11.908/10 que concedeu anistia de débitos tributários, especialmente o artigo 1º, Inciso I:

Art. 1º - Fica dispensado o pagamento de multas por infrações e de acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICM e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2009, inclusive com cobrança ajuizada, desde que o interesse seja formalizado pelo contribuinte até 25 de maio de 2010 e o pagamento seja efetuado em moeda corrente, nos percentuais a seguir estabelecidos:

I - 100% (cem por cento), se recolhido integralmente até 31 de maio de 2010;

II - Tendo havido o parcelamento do valor correspondente à totalidade do valor julgado em primeira instância como devido a título de ICMS foi adimplida a obrigação tributária, com o reconhecimento integral do montante devido no Auto de Infração.

Não somente o pagamento total do débito tributário, como, igualmente, o seu reconhecimento extingue o crédito tributário, conforme preceitua o Código Tributário Nacional, e é incompatível com a vontade de recorrer da Decisão administrativa que julgou procedente em parte o Auto de

Infração, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso I do artigo 122 do RPAF/99.

Desta forma, resta dissolvida a lide existente, por estar caracterizada a perda do interesse recursal, tornando o Recurso Voluntário apresentado PREJUDICADO e, conseqüentemente, EXTINTO o PAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, a apresentação do mesmo decorreu da ocorrência de Decisão unânime em relação ao item 1, e não unânime em relação ao item 2 do Auto de Infração.

Verificando o Acórdão recorrido, observo que, por ocasião do lançamento, a autuante cometeu equívocos que ela própria reconhece em sua informação fiscal, decorrentes da aplicação incorreta da sistemática de tributação realizada quando da elaboração das planilhas de débito, especialmente aquela de fl. 21. Por ocasião da informação fiscal, a mesma reconheceu os erros cometidos indicados pelo sujeito passivo em sua impugnação, tendo realizado a depuração de notas fiscais lançadas incorretamente, quer em relação ao mês, quer em relação a valor, o que importou em redução da primeira infração de R\$5.431,41 para R\$1.123,30.

No tocante à segunda infração, temos uma questão importante que merece observação. O demonstrativo original, constante à fl. 21 continha equívocos, vez que computou na base de cálculo dos valores omitidos objeto da presunção, as mercadorias isentas e/ou não mais objeto de tributação, quer por antecipação, quer por substituição tributária.

Ressalte-se que o sujeito passivo encontrava-se, no período fiscalizado, sob o regime de tributação denominado de “receita bruta”, previsão legal para estabelecimentos com atividade comercial de bares, restaurantes, lanchonetes e similares. Trata-se de regime de adoção opcional, a critério do próprio contribuinte.

Pelo mesmo, cuja previsão legal encontra-se no artigo 504, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que para melhor esclarecimento da questão, me permito transcrever:

***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;*

***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”.*

Dessa forma, vemos perfeitamente que para a obtenção do valor da receita bruta, devem ser excluídas as mercadorias que se encontrem amparadas pela isenção, não-incidência, ou que a tributação já tenha se encerrado, por força do instituto da substituição ou antecipação tributária.

Tal comando não foi obedecido inicialmente pela autuante, o que motivou, na informação fiscal, a apuração do percentual de mercadorias tributadas, constante à fl. 1059, que em momento algum teve seus números contestados, o qual aplicado aos valores das diferenças apuradas, bem como da alíquota prevista para tal regime de apuração (4%), resultou na planilha de fl. 1057, a qual

reduziu o valor originalmente cobrado, e que foi acatada no julgamento, resultando no montante da condenação, e no recolhimento realizado pelo sujeito passivo, o qual, dessa forma, reconheceu o mesmo como efetivamente devido.

Todavia, contrariamente ao voto vencedor, entendo que não há de se falar no caso presente, em aplicação da Instrução Normativa nº 56/07, sequer em aplicação de proporcionalidade, diante da atividade comercial desenvolvida pelo recorrente, bem como da opção de sua tributação (receita bruta).

Entendo, também, contrariamente ao voto vencido, embora concorde com o mesmo em grande parte, que o valor do item 2 deva ser integralmente mantido, tal como lançado, pelos motivos acima já expostos.

Estas discordâncias verificadas ao curso do processo, entretanto, dizem respeito apenas à parte de fundamentação da Decisão, não atingindo o valor julgado, que, reitero, encontra-se em perfeita consonância com o regramento legal.

Por tal razão, o Recurso de Ofício não deve ser provido, tornando-se definitivos os valores julgados, devendo os autos ser remetidos à repartição fiscal de origem para as medidas administrativas cabíveis, especialmente a homologação dos valores já recolhidos e posterior arquivamento, vez tratar-se de reconhecimento integral do débito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 115969.0049/08-2, lavrado contra **SOHO RESTAURANTE LTDA.**, devendo o recorrente ser cientificado desta Decisão e os autos encaminhados à repartição fazendária de origem para homologação do pagamento efetuado com os benefícios da Lei nº 11.908/10 e, após, proceda-se ao arquivamento do processo.

Sala de Sessões do CONSEF, 21 de março de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS