



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 163 / 2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE 23/02/2011 - 9ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/3279/2005

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200506487

AUTUANTE: FRANCISCO VANDERLEI E SILVA - MAT. 037.977-1-6

RECORRENTE: RESTAURANTE FERREIRO CAFÉ LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONS. RELATORA: VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS – RESTAURANTE - REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO – PARCIAL PROCEDÊNCIA. Infração detectada através do confronto entre o montante de vendas realizadas através dos Cartões de Crédito com o montante de vendas declaradas no Livro Registro de Saídas. Redução do crédito tributário em razão do Laudo Pericial de fls. 429/432 ter apontado novas bases de cálculo, uma para produtos sujeitos à tributação normal (regime especial de tributação) devendo sobre esta incidir o percentual de 3,5% a título de ICMS, e outra para o regime de Substituição Tributária, devendo a primeira ser penalizada com o art. 123, III, “b”, da Lei no 12.670/96, com nova redação dada pela Lei no 13.418/03, e a segunda, com o art. 126, caput, da Lei no 12.670/96. Infrigência aos arts. 127, I, 169 e 174, todos do Decreto nº 24.569/97. Recurso Voluntário conhecido e provido. Decisão , por unanimidade de votos, conforme manifestação oral, em Sessão, do representante da douta PGE.

RELATÓRIO

A peça inicial do presente processo acusa a Empresa acima identificada de "Omissão de Receita", apurada entre as vendas com cartões de crédito e os valores de saídas registrados em seus livros fiscais, no valor de R\$ 281.334,47 (duzentos e oitenta e um mil, trezentos e trinta e quatro reais e quarenta e sete centavos), referente ao período de julho a novembro de 2004.

O agente fazendário indica como dispositivos legais infringidos os arts. 127, 169, 174, 177, todos do Decreto nº 24.569/1997. Como penalidade sugere o art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/1996, alterada pela Lei nº 13.418/2003.

O processo administrativo tributário está instruído com documentos, destacando-se: Informações Complementares, Planilha de Movimento de Vendas, Consulta Conta Corrente – Sistema GIM, Planilha Vendas com Cartões de Crédito, Extratos Cartões de Crédito, Ordem de Serviço, Termo de Início de Fiscalização, Termo de Conclusão de Fiscalização, Recibo de Devolução de Livros e Documentos Fiscais e Aviso de Recebimento do Auto de Infração, acostados ao presente às fls. 3/47.

A Autuada apresenta Impugnação, às fls. 50/55, na qual alega que os restaurantes, dadas as peculiaridades de suas operações são regidos por regimes especiais de tributação, 3,5% sobre o total do faturamento, excluídas as operações a que alude o parágrafo 3º do art. 763 do Dec. nº 24.569/97; que quase todos os produtos comercializados pela Empresa são tributados no regime de substituição tributária. Solicita, a Autuada, a conversão do feito em diligência para que seja apurado o imposto efetivamente devido, requerendo, ao final, a parcial procedência decorrente da perícia.

O julgamento de Primeira Instância, acostado às fls. 62/68, decidiu pela procedência do processo por entender que o sujeito passivo não apresentou provas incontroversas do alegado, contrariamente as do agente fiscal.

Devidamente cientificada da decisão monocrática, e, inconformada, a Empresa Autuada apresentou Recurso Voluntário, às fls. 75/81, no qual ratifica os argumentos já apresentadas por ocasião de sua Defesa.

A Consultoria Tributária emitiu o Parecer nº 163/2007, às fls. 84/85, sugerindo o conhecimento do Recurso Voluntário, porém negando-lhe provimento, confirmando a decisão singular condenatória proferida, recebendo a chancela da Procuradoria Geral do Estado que adotou o mesmo às fls. 86.

Em Sessão Ordinária de 11 de junho de 2007, às fls. 87/909, esta 1ª Câmara de Julgamento converteu o curso do processo em realização de Diligência, em virtude da Recorrente exercer atividade econômica no ramo de restaurante e ser optante do regime de tributação simplificado, no intuito de excluir da base de cálculo as operações a que alude o parágrafo 3º do art. 763 do Dec. nº 24.569/97.

O Laudo Pericial, anexos correspondentes e documentos fiscais apresentados pelo sujeito passivo, que dormitam às fls. 92/415, calculou a proporcionalidade referente à substituição tributária deduzindo do valor global da autuação gerando uma nova Base de Cálculo no valor de R\$ 278.513,31 (duzentos e setenta e oito mil, quinhentos e treze reais e trinta e um centavos).

Em Sessão Extraordinária de 23 de junho de 2008, esta 1ª Câmara de Julgamento converteu o curso do processo em realização de Perícia, no intuito de fazer exclusões, verificar na conta crédito se fora lançado operações com bancos, incluindo as internas e omitidas se houver.

Novo Laudo Pericial, anexos correspondentes e documentos fiscais, apresentados pela Recorrente, que dormitam às fls. 427/858, encontrou nova Base de Cálculo para as saídas Normais, no valor de R\$ 108.123,14 (cento e oito mil, cento e vinte três reais e quatorze centavos), e para as saídas sujeitas à Substituição Tributária no valor de R\$ 173.211,33 (cento e setenta e três mil, duzentos e onze reais e trinta e três centavos).

É o relatório.



VOTO DA RELATORA

Conforme relatado, o Auto de Infração *sub examen* acusa a Recorrente de saída de mercadorias tributadas pelo ICMS, no montante de R\$ 281.334,47, sem emissão dos devidos documentos fiscais. A acusação, encontra-se demonstrada em planilhas nos autos, às fls. 05/07, que confronta o montante de vendas realizadas através dos Cartões de Crédito REDCARD e VISANET com o montante de vendas declaradas no Livro Registro de Saídas (consulta Conta Corrente – Sistema GIM).

Em princípio, faz-se mister salientar, que a Empresa Autuada atua no ramo de RESTAURANTE. *In casu*, o ordenamento jurídico tributário considera ocorrido o fato gerador do ICMS no momento do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, incluídos os serviços prestados, por qualquer estabelecimento, conforme artigos do Dec. nº 24.569/97, abaixo transcritos:

Art. 2º São hipóteses de incidência do ICMS:

I - as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 174. A nota fiscal será emitida:

II - no momento do fornecimento de alimentação, bebida e outras mercadorias, em restaurante, bar, café e estabelecimento similar ou fornecimento de mercadoria com prestação de serviço sujeito ao ICMS;

Na presente questão, entendo, que a omissão de saídas está devidamente caracterizada, posto que as provas produzidas e constantes dos autos conduzem a uma conclusão baseada na verdade material.

Com efeito, o Contribuinte não observou a norma existente na legislação tributária que regula a exigência da emissão da nota fiscal na operação de venda de mercadoria, conforme disciplinado nos artigos 127, I, 169, I e 174, I, todos do Dec. nº 24.569/97. Senão vejamos:

Art. 127. Os contribuintes do imposto emitirão, conforme as operações e prestações que realizarem, os seguintes documentos fiscais:

I - Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A;

Art. 169. Os estabelecimentos, excetuados os de produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, Anexos VII e VIII:

I - sempre que promoverem a saída ou entrada de mercadoria ou bem;

Art. 174 - A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída da mercadoria ou bem;

Contudo, corroboro o entendimento da Recorrente, quanto à alíquota a ser aplicada para o cálculo do imposto devido, deve ser a prevista no Decreto nº 27.426/2004, instituindo sistemática simplificada de apuração do ICMS no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, ou seja, de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), incidente sobre o total das saídas de mercadorias tributadas. O citado Decreto alterou os artigos 763 e ss. do RICMS:

Art. 763. *Em substituição à sistemática normal de tributação, fica facultado aos estabelecimentos que exerçam atividade de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em sistema coletivo ou em restaurante, churrascaria, pizzaria, lanchonete, bar, pastelaria, confeitaria, doçaria, bombonerie, sorveteria, casa de chá, loja de "delicatessen", serviço de "buffet", hotel, motel, pousada e assemelhados, a opção por regime de tributação simplificado, que consistirá na identificação do imposto devido mediante a aplicação do percentual de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) incidente sobre o total do faturamento bruto relativo à saída de alimentação e outras mercadorias fornecidas individualmente ou em pacote contratado pelo adquirente.*

No caso que se cuida, entendo, que devem, ainda, serem excluídas as operações a que alude o parágrafo 3º do art. 763 do Dec. nº 24.569/97, fato este atendido no último Laudo Pericial às fls. 431 dos autos:



§ 3º Para o cálculo do valor do ICMS a recolher, nos termos do *caput*, serão excluídos do faturamento bruto os valores decorrentes das:

I - saídas por devoluções;

II - saídas em operações por transferência de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo titular, quando o remetente e o destinatário estiverem subordinados ao regime de que trata esta Seção;

III - saídas em operações não sujeitas ao imposto, por isenção ou não incidência;

IV - saídas de mercadorias em operações tributadas pelo regime de substituição tributária, cujo imposto tenha sido retido na origem;

V - saídas de mercadorias sujeitas à alíquota de 27% (vinte e sete por cento).

Nesse diapasão, caracterizado o ilícito constante da peça inicial, devera a Autuada sofrer a sanção apropriada. *In casu*, verifica-se, que o Laudo Pericial apontou novas bases de cálculo, uma para produtos sujeitos ao regime Especial de Tributação (3,5% de ICMS) e outra para o regime de Substituição Tributária, devendo a primeira ser penalizada com o art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03, e a segunda, com o art. 126, *caput*, da Lei nº 12.670/96:

Art. 123. (...)

III - relativamente à documentação e à escrituração:

b) deixar de emitir documento fiscal: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação;

Art. 126. As infrações decorrentes de operações com mercadoria ou prestações de serviços tributados pelo regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido recolhido, bem como as amparadas por não-incidência ou contempladas com isenção incondicionada, ficam sujeitas à multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação ou prestação.

Em face do exposto, VOTO pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dar-lhe parcial provimento, a fim de reformar a decisão condenatória de 1ª Instância, para Parcial Procedência, conforme Laudo Pericial e de acordo com manifestação oral, em Sessão, do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o Voto.



DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

	REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO	SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA
Base de Cálculo	R\$ 108.123,14	R\$ 173.211,33
ICMS	(art. 763 - 3,5%) R\$ 3.784,31	-
Multa	(art. 123, III, "b") R\$ 32.436,94	(art. 126) R\$ 17.321,13
Total	(I) R\$ 36.221,25	(II) R\$ 17.321,13

TOTAL (I) + (II) = R\$ 53.542.38



DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente, **RESTAURANTE FERREIRO CAFÉ LTDA**, e Recorrido, **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente acusação fiscal, de acordo com os valores apurados no último Laudo Pericial, aplicando para as operações sujeitas a substituição tributária apenas a penalidade do art. 126, caput, da Lei nº 12.670/1996 e para as operações sujeitas a tributação normal (regime especial de tributação) exigir o percentual de 3,5% a título de ICMS, aplicando a penalidade do art. 123, III, "b", da Lei citada, nos termos do voto da relatora, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em Sessão. Absteve-se de votar, por ter funcionado nos autos como Julgadora Singular, a Conselheira Eliane Resplande Figueiredo de Sá. Presente, para apresentação de defesa oral, o representante legal da recorrente, Dr. Ivan Lima Verde Júnior.

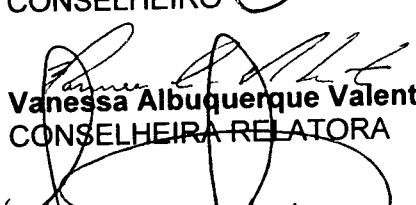
SALA DE SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos de abril de 2011.

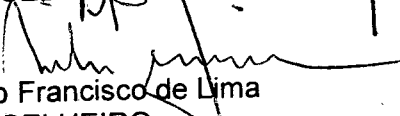

Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTE


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO

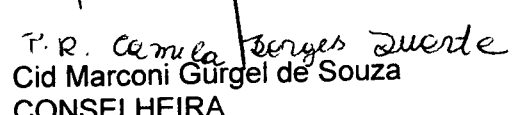

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
CONSELHEIRA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA-RELATORA


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


Janaine Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRA


Ana Maria Martins Timbó Holanda
CONSELHEIRA


P. R. Camela Borges Duarte
Cid Marconi Gúrgel de Souza
CONSELHEIRA

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO