

PROCESSO	- A.I. Nº 110427.0024/00-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MCDONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS	- MCDONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 2148-04/01
ORIGEM	- INFAZ ITABUNA
INTERNET	- 20.02.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0051-12/02

**EMENTA:** ICMS. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. LANCHONETE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL. O contribuinte optou pelo recolhimento do imposto pelo regime previsto no Art. 118 do RICMS/97, uma vez que estava apto para isso, por atuar exclusivamente como lanchonete, porém não cumpriu a formalidade prevista para os optantes, não indicando corretamente sua opção ao preencher o DIC. Cabe a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas e o pedido de dispensa ou redução da multa. Recurso de Ofício NÃO PROVADO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVADO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício da decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração nº 110427.0024/00-4, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$59.595,15, decorrente de recolhimento de imposto a menor, em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas regularmente escrituradas.

A 4ª JJF primeiro afastou a preliminar de nulidade suscitada, ao constatar que a tramitação do feito seguiu o devido processo legal e a descrição dos fatos e que a fundamentação da autuação foi realizada de forma clara e precisa, algo comprovado, inclusive, pela juntada de documentos pelo autuado, que os entendeu necessários para elidir a acusação fiscal.

No mérito, disse que o contribuinte está inscrito no cadastro de contribuinte de ICMS do Estado da Bahia na condição de contribuinte normal, sujeitando-se ao recolhimento do imposto mediante conta corrente fiscal, e, conforme o art. 504, II, do RICMS/97, é requisito para a apuração do imposto em função da receita bruta que o contribuinte faça sua opção através do preenchimento e entrega do DIC, assinalando a mudança do regime. O autuado disse que houve preenchimento desse documento de forma errada, porém não apresentou provas neste sentido. Assim, como o autuado só apresentou sua opção através do DIC em 30/08/00, procede parcialmente a infração, para que seja exigido o imposto à alíquota de 17% no período de 25/04/00 até 30/08/00. Porém, reduziu o montante do débito para R\$26.888,40, porque deve ser abatido os créditos fiscais relativos às aquisições de insumos e matérias-primas e retirar do cômputo o imposto referente a setembro de 2000, uma vez que a formalização da opção pelo Regime Simplificado abrange esse mês. Por fim, não acatou pedido de nova diligência uma vez que não foi apresentada nenhuma prova que a fundamentasse, estando em descompasso com o art. 145 do RPAF/99.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário reiterando a inexistência do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não se seguiu dispositivos concernentes à fiscalização quando das diligências realizadas e quando do lançamento e da imposição da penalidade. Afirmou, ainda, que faltou clareza e precisão na realização do lançamento, pois somente se refere a erro na aplicação da alíquota, sem lhe fornecer momento para apresentação de documento. Além disso, citou doutrina sobre a motivação dos atos administrativos. Por outro lado, relatou que a prática do ato fiscalizatório deve ser vinculado, verificando-se a conjugação da estrita hipótese legal à ocorrência do fato imponível, situação que expressa na prática o princípio da verdade material. Ressaltou que este princípio foi desconsiderado pela Decisão Recorrida, ao afirmar que “o lançamento de ofício independe de qualquer manifestação, esclarecimento ou acompanhamento do fiscalizado”. Assim, considerou nulo de pleno direito o Auto de Infração.

No mérito, alegou que optou pelo Regime Simples de Recolhimento do Imposto desde abril de 2000, cuja aplicação da alíquota é de 5% sobre a receita bruta, tudo conforme o disposto no art. 118, II, e 504, caput, do RICMS/97, daí porque não cometeu erro na aplicação de alíquota. Reconheceu, contudo, que, ao solicitar a alteração do seu cadastro de contribuinte, afim de adotar o referido regime, preencheu o documento necessário (DIC) com o código errado, o que dar causa, somente, para uma aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Citou jurisprudência que expressa seu entendimento e apresentou cópias dos documentos, o preenchido erradamente e o já corrigido. Além disso, pediu a redução ou cancelamento da multa pelo descumprimento da obrigação acessória, porque, conforme o art. 42, parágrafo 7º da Lei n.º 7.014/96, assim deve ser quando inexistir dolo, fraude ou simulação. Pediu o Provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opinou pelo Não Provimento do Recurso apresentado. Rejeitou as nulidades suscitadas, porque foram conservados nos autos os princípios da ampla defesa e do contraditório, além do que, a Decisão Recorrida se pautou em documentos constantes dos autos, o que, também, resguardou o princípio da verdade material. No mérito, disse que as alegações do recorrente carecer de prova, uma vez que nos autos não consta a existência de DIC retificador, mas somente de DIC por motivo de inscrição de filial e pelo lapso de tempo de oito meses entre um documento e outro não há qualquer possibilidade de se aferir ser o segundo retificador do primeiro.

## VOTO

Preliminarmente, rejeito os argumentos referentes ao pedido de nulidade do Auto de Infração, por não verificar a existência de violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da verdade material. O recorrente foi regularmente cientificado da prática de todos os atos processuais, de forma que ficou mantido o contraditório e, inclusive, na oportunidade manifestou-se sobre todos os referidos atos, sendo-lhe resguardado, portanto, o princípio da ampla defesa, até porque, quando apresentou sua impugnação, poderia ter juntado todos os documentos necessários para elidir a acusação fiscal. Por fim, a infração foi descrita de forma clara, de acordo com as normas legais pertinentes à matéria, o que não significa ser a mesma procedente ou não, estando, inclusive, motivada na falta de preenchimento de documento formal de opção pelo regime de recolhimento do imposto, daí porque também foi preservado o princípio da verdade material.

Quanto ao mérito, contudo, discordo do parecer exarado pela douta PROFAZ. De acordo com o art. 118, II do RICMS/97, as lanchonetes podem calcular o imposto a ser recolhido pelo regime de apuração em função da receita bruta. O art. 504, do mesmo diploma legal, aponta que tais contribuintes podem optar pelo pagamento do ICMS de acordo com o referido regime,

observando-se as seguintes normas: serão inscritos no cadastro estadual na condição de contribuinte normais, atendida a codificação do Anexo 3; e que formalizem sua opção mediante entrega do DIC com anexação de demonstrativo de receita bruta, somente podendo adotar o regime os estabelecimento que exerçam exclusivamente atividade constante do caput do referido artigo; e calcular o imposto aplicando a alíquota de 5% sobre a receita bruta.

Da conjugação desses dispositivos verifica-se que existem dois momentos nessa sistemática: um, a realização da opção pelo Regime Simplificado, desde que o estabelecimento preencha requisitos estabelecidos no inciso II do art. 118, e dois, a formalização da opção, que, conforme incisos I e II do art. 504, se dá com o preenchimento do DIC atendida a codificação do Anexo 3.

O primeiro momento, portanto – a realização da opção pelo Regime Simplificado – revela-se através da adoção dos procedimentos fiscais compatíveis com esse regime, isto é: aplicação da alíquota de 5% sobre a receita bruta. Já o segundo momento reveste de formalidade a opção feita. De maneira que o recorrente deixou de cumprir parte dessa formalidade, pois inscreveu-se no cadastro estadual na condição de contribuinte normal, exigência formal prevista, porém, deixou de atender a codificação do Anexo 3.

Esse ato, portanto, não inquina em nenhum momento a realização da opção feita, pois o procedimento fiscal optado transcorreu de acordo com o previsto na lei. Vale dizer que, ao contrário do art. 129 do Código Civil, citado na Decisão recorrida, que é fonte subsidiária do direito tributário, para o descumprimento de formalidades está previsto na legislação tributária a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória. Daí, a obrigação principal é a obediência ao procedimento do Regime Simplificado, e a obrigação acessória é a formalização da opção pelo Regime Simplificado. Aplico, portanto, multa de 1 UPF-BA, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, pelo descumprimento de obrigação acessória, à qual não cabe o pedido de dispensa ou redução formulado pelo recorrente.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

Com referência ao Recurso de Ofício, concordo com a Decisão Recorrida, porque verifico que, no contexto do Julgamento realizado, deve ser abatidos os créditos fiscais relativos às aquisições de insumos e matérias-primas e retirar do cômputo o imposto referente a setembro de 2000, uma vez que a formalização da opção pelo Regime Simplificado abrange esse mês.

Voto, pois, pelo IMPROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentados e alterar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 110427.0024/00-4, lavrado contra **MCDONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar pagamento da multa de **1 UPF-BA**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFAZ