

PROCESSO	- A.I. Nº 110427.0023/00-8
RECORRENTE	- MCDONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 2154-04/01
ORIGEM	- INFAZ ITABUNA
INTERNET	- 20.02.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-12/02

EMENTA: ICMS. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL. O contribuinte formalizou sua opção pelo regime simplificado, em função da receita bruta, cometendo equívoco na sua forma. Tal fato não prevalece sobre o direito e sobre a vontade desde que as demais exigências estejam perfeitamente obedecidas. Aplica-se multa formal por descumprimento de obrigação acessória. Modificada a Decisão Recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I “b” do RPAF/99, por estar inconformado com a decisão proferida na 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 2154-04/01, que julgou Procedente o Auto de Infração em questão.

A autuação deu-se por ter o contribuinte utilizado indevidamente benefício fiscal sem ter formalizado a opção, o que fez após a ação fiscal, resultando em recolhimento a menor de imposto nos meses de maio a outubro de 2000.

A Decisão proferida na 1ª Instância considerou que não tendo o contribuinte formalizado a opção do recolhimento mensal do imposto com base apenas na receita bruta, conforme dispõe a legislação estadual, incidiria o imposto com a alíquota de 17%, uma vez que não tendo o recorrente feito a opção, estaria o mesmo enquadrado no regime normal de apuração de imposto, pois é a regra geral para todos os contribuintes, e a excepcionalidade deve ser declarada.

Considerou que o contribuinte fazia jus ao crédito fiscal correspondentes as notas fiscais de aquisição e provocou diligência no sentido de apurar os possíveis créditos. No entanto tal diligência não trouxe ao processo nada que pudesse ser aproveitado em favor do autuado pois o mesmo não apresentou ao revisor nada do que foi solicitado tendo, por isso, o diligente concluído que a Empresa nada tinha a utilizar como crédito fiscal. Por isso o Auto de Infração foi julgado PROCEDENTE pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Inconformado com tal decisão interpôs Recurso Voluntário, onde diz que:

1 – “ O Auto de Infração impugnado deve ser declarado nulo, por infringência às disposições constitucionais que orientam o exercício da função administrativa concernente à fiscalização e controle da arrecadação tributária, que não foram atendidas pelas autoridades fiscais competentes, quando das diligências realizadas, nem tampouco por ocasião da formalização do lançamento e do ato de imposição de penalidade”.

2 – O Auto de Infração não pode subsistir uma vez que o recorrente recolheu o imposto devido nos períodos indicados aplicando a alíquota de 5% como lhe era permitido pela legislação.

3 – O Auto de Infração é nulo em razão de cerceamento de defesa, inclusive porque as autoridades fiscais valeram-se da presunção, como se fosse possível efetuar levantamento unilateral, sem qualquer participação do recorrente, para presumir a circunstância de que a Empresa seria contribuinte normal, e, portanto, carente de respaldo legal para recolher o imposto estadual com base na alíquota de 5%, bem como recusar-se a receber documentos apresentados durante a realização das diligências. Houve absoluta falta de fidelidade ao princípio da verdade material.

4 – Procedeu de acordo com o determinado pelos artigos 118 e 504 do RICMS/BA. Ocorre que, por um lapso, quando do preenchimento do DIC, foi consignado, no campo forma de pagamento, o número 1, que significa Conta Corrente Fiscal, ao invés do número 3, que significa Receita Bruta, regime este efetivamente exercido, equívoco corrigido com declaração retificadora, como já havia dito em sua defesa. Ocorreu, apenas, um erro formal, referente a uma obrigação acessória, cujo descumprimento não poderia sujeitar o recorrente à imposição de penalidade por suposto descumprimento de obrigação principal.

5 – Em julgamento de Auto de Infração de motivação idêntica, lavrado contra o recorrente, ocorreu voto divergente, que entendeu ser devida apenas multa formal por descumprimento de obrigação acessória, tendo tal voto feito menção à decisão contida no Acórdão 545/99, que decidiu favoravelmente ao contribuinte, em caso idêntico.

6 – Não se pode considerar que o requisito principal para o pagamento do imposto utilizando-se da receita bruta é a opção formal do contribuinte, mediante documento próprio, ou seja o DIC.

Ao final do Recurso o recorrente pede seja o mesmo provido para que se julgue o Auto de Infração NULO ou IMPROCEDENTE.

A PROFAZ, em parecer de fl. 122, após análise, opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso, pois a declaração dita retificadora foi efetuada após a ação fiscal, em 27/12/00.

VOTO

Inicialmente entendo que não devem ser providas as nulidades suscitadas pelo recorrente, em seu Recurso, pois, apesar de concordar que o lançamento fiscal deve ocorrer após esgotadas as análises em busca da verdade material, o autuante, no caso esclareceu que o recolhimento dos impostos do período considerado foram efetuados com aplicação de alíquota diversa, 5%, da que deveria ter sido aplicada, 17%. Isso deu-se por ter o auditor considerado que o contribuinte operava, irregularmente, no regime de recolhimento do imposto levando em consideração a receita bruta.

Quanto ao mérito, vejo neste processo uma série de particularidades que devem ser examinadas. Inicialmente, discordo da afirmação da defesa de que apresentou ao autuante a tal declaração retificadora. Ora, isso seria impossível, pois se a ação fiscal ocorreu em 12/12/00, como poderia apresentar declaração que só foi feita em 27/12/00, após a ação fiscal? Por outro lado, verifica-se que o início das atividades do autuado deu-se em 26/04/2000, como se constata no documento anexado pelo próprio autuante à fl. 08 do processo. Isso quer dizer que o DIC de Abril de 2000, foi

para o início das atividades do autuado e não para modificação de qualquer regime e sendo assim, apesar de feito após a fiscalização, em realidade, o DIC datado de 27/12/2000, foi realmente para retificar equívoco cometido pelo contribuinte, ao informar a forma de pagamento que iria praticar. Verifica-se que o motivo da autuação foi o fato de ter o contribuinte, de acordo com o contido nos documentos, exercido uma forma de pagamento diversa da que teria solicitado quando do início das suas atividades. Os artigos do RICMS, que tratam da opção pela forma de pagamento levando-se em consideração a renda bruta do contribuinte, dizem como deve ser o procedimento de quem quer usufruir desse regime e da análise desses artigos conclui que a opção é unilateral, ou seja, não depende de intervenção do fisco para que o contribuinte possa exercer a sua vontade. É claro que o Regulamento estabelece algumas formalidades para o exercício da vontade. Porém, no caso em discussão, entendo que o autuado exerceu sua opção, de fato, ao escriturar suas obrigações de acordo com as normas do pagamento por renda bruta, tendo recolhido seus impostos de forma coerente com a sua vontade. O equívoco, cometido ao preencher o DIC, onde ao invés de colocar o número 3, que significava opção pela forma de pagamento do imposto pela renda bruta, colocou o número 1, que significava opção pelo pagamento com elaboração de conta corrente, não pode, a meu ver, prevalecer em detrimento dos demais procedimentos. A meu ver não faz nenhum sentido que um contribuinte, utilizando-se de possibilidade regulamentar, exerça, de fato, uma vontade e um direito à opção por um regime que lhe seja mais favorável, que seria contrariada e desautorizada por um simples equívoco de preenchimento de formulário. Como disse antes, o Regulamento estabelece algumas formalidades e dentre essas está a informação, no formulário, de qual regime vai operar e como houve o preenchimento equivocado entendo que ocorreu um descumprimento de obrigação formal, devendo o fato ser punido com penalidade também de caráter formal. Por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário devendo ser o contribuinte penalizado com multa de 1 UPF-BA, prevista no artigo 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110427.0023/00-8, lavrado contra **MCDONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o 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/RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFAZ