

PROCESSO - A. I. Nº 277829.0008/02-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MCDONALD'S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão da 2ª JJF nº 0366-02/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 10.12.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0416-12/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A falta de apresentação dos documentos solicitados não enseja o desenquadramento do contribuinte do regime de apuração do ICMS com base na receita bruta. Enquanto não for desenquadrado do regime pela autoridade competente o contribuinte tem o direito de recolher tributo com base no regime que escolheu. Não cabe a desqualificação do regime na ação fiscal. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em face da 1ª Instância em face do julgamento Nulo na 1ª Instância, foi submetido à apreciação de uma das Câmaras do CONSEF, conforme o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, (Decreto nº 7.629/99) e do art. 23, inciso IV, do Regimento Interno do CONSEF (Decreto nº 7.592/99), por ter desonerado o sujeito passivo do débito imputado na ação fiscal.

A autuação exige o ICMS de R\$127.394,03, face ao recolhimento a menos, apurado em razão do desencontro entre o valor recolhido e o escriturado, nos meses de abril/97 a dezembro/98, no Livro Registro de Apuração do ICMS, após o desenquadramento do contribuinte do regime de apuração com base na receita bruta.

As autuantes descreveram que sob o amparo do art. 504, inciso XII, alínea “c”, do RICMS/97, concluíram pelo desenquadramento uma vez que deixou de apresentar os documentos solicitados através de reiteradas intimações datadas de 18/04, 07/06 e 14/06/2002, conforme cópias acostadas aos autos.

O autuado, na peça defensiva apresentada tempestivamente às fls. 51 a 61, onde argüiu preliminarmente a Nulidade do Auto de Infração, por entender que houve cerceamento ao seu direito de defesa. Alega não existir correlação ou nenhuma pertinência lógica entre o motivo alegado e o contido no art. 504, inciso XII, alínea “c” - prestar declarações inexatas - cuja hipótese legal é distinta da infração que lhe fora imputada.

No mérito, afirma ter disponibilizado todos os documentos fiscais necessários à verificação dos lançamentos com exceção do livro Diário que estava em poder da fiscalização do INSS. Argüi ainda que os créditos fiscais a que teria direito não foram levados em consideração violando o princípio da não cumulatividade.

Cita doutrina de escol quanto à “motivação”- Lúcia Valle Figueiredo, Celso Antonio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella De Pietro.

As autuantes na informação fiscal às fls. 135 a 137 esclareceram que lavraram o Auto de Infração porque o contribuinte deixou de apresentar os documentos solicitados, caracterizando embaraço a ação fiscal e que teria restado à fiscalização o arbitramento da base de cálculo do imposto através do desenquadramento do benefício fiscal a que tinha direito nos termos do art. 504, do RICMS/97.

Em seguida tecem comentários sobre o contribuinte.

Asseveram que só receberam os livros Registro de Inventário e Registro de Apuração do ICMS, conforme cópias anexas as fls. 24 a 49 dos autos, e que o contribuinte deixou de apresentar livros contábeis, notas fiscais, declaração do IRPJ, arquivo magnético de lançamentos fiscais, bem como o livro Registro de Saídas, o que impossibilitou a homologação dos registros efetuados na escrita. Assim, concluem que só restou desqualificar os registros efetuados nos livros fiscais e proceder o arbitramento da base de cálculo do ICMS, compensando os valores recolhidos e créditos fiscais conhecidos, consoante levantamento à fl. 11 do PAF. Por fim, citam sinônimos de “Exatidão”, expressão relativa ao aludido artigo 504, XIII, “c”, do RICMS.

O julgamento proferido na Decisão Recorrida tem em síntese o seguinte teor:

“Entendo que a falta de apresentação da documentação fiscal, em parte ou na sua totalidade, não autoriza o desenquadramento do contribuinte do referido regime de apuração. O dispositivo legal citado pelas autuantes prevê a aludida medida quando o contribuinte “prestar declarações inexatas”, o que não se coaduna com o fato concreto. Assim, acato a preliminar de nulidade do Auto de Infração pela inobservância do devido processo legal, cujo lançamento difere dos métodos do arbitramento da base de cálculo, conforme só aduzido na informação fiscal.

Do exposto, voto o Auto de Infração NULO”.

VOTO

O Auto de Infração em lide objetiva exigir o imposto que deixou de ser pago em decorrência do desenquadramento do contribuinte, do regime de apuração com base em 5% da receita bruta mensal, para o regime normal do imposto.

Da análise dos elementos que constam dos autos entendo que não restou comprovado pelas autuantes a existência dos motivos que citam respaldado no art. 504, XII, alínea “c”, do RICMS/97, onde acusaram o sujeito passivo de prestar declarações inexatas, promovendo o desenquadramento.

Quanto aos esclarecimentos em torno da palavra exatidão, entendo que não autorizam e nem dão respaldo ao procedimento fiscal.

Verifico que o motivo alegado de falta de apresentação dos livros Diário e Razão e documentos fiscais, arquivos magnéticos, pelas autuantes, não está previsto na legislação tributária para dar ensejo ao desenquadramento do regime de apuração do ICMS, com base na receita bruta e sim para arbitramento da base de cálculo na dicção do art. 937, inciso I a IX, do RICMS/97, e a aplicação de um dos métodos previstos no art. 938, do mesmo diploma legal.

Observo que na informação fiscal as autuantes informam que procederam ao arbitramento da base de cálculo do imposto desenquadrando o autuado do benefício fiscal que o mesmo fazia jus. Enquanto o que se verifica na descrição dos fatos constantes na peça vestibular é de que diante da não apresentação dos documentos à fiscalização, as autuantes promoveram o desenquadramento do autuado do regime simplificado de apuração da receita bruta e apuraram a diferença entre o valor escriturado no RAICMS e o valor recolhido, ou seja pelo regime normal, conforme fl. 11 dos autos.

Deste modo, considero que está correta a Decisão Recorrida ao declarar NULO o Auto de Infração visto que o mesmo contém vícios insanáveis que o inquinam de nulidade, porquanto a não apresentação dos livros Diário e Razão, não dão ensejo ao desenquadramento do regime SIMBAHIA. Assim, não estaria motivado o procedimento fiscal utilizado, o que ao teor do art. 18, inciso II, do RPAF/99, gera Nulidade.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 277829.0008/02-8, lavrado contra **MCDONALD'S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFUZ