

PROCESSO	- A. I. Nº 277829.0012/02-5
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MCDONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0378-03/02
ORIGEM	- IFEP-DAT/METRO
INTERNET	- 23.12.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0444-12/02

**EMENTA:** ICMS. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. LANCHONETE. COBRANÇA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL. O estabelecimento que optar pelo regime de apuração em função da receita bruta, enquanto não for desenquadrado do regime pela autoridade competente, tem o direito de recolher o tributo com base no regime por ele eleito. Não cabe a desqualificação do regime na ação fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Ofício, contra a Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou o PAF epigrafiado.

Cuida a acusação fiscal de cobrança do ICMS, ao argumento de 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 de apuração normal do tributo. Tal desenquadramento foi realizado pelas autuantes porque, segundo a descrição do lançamento, o autuado deixou de apresentar à fiscalização os documentos que lhe foram solicitados através das intimações datadas de 18/04/02, 07/06/02 e 14/06/02 (fls. 11, 18 e 19).

O autuado, apresentou defesa tempestiva, acompanhada de diversos documentos de prova, (fls. 63 a 149), na qual, afirma que, somente deixou de apresentar o livro Diário, tendo em vista que estava em poder de prepostos do INSS, consoante os documentos que anexou às fls. 137 a 142, e que tal irregularidade não autorizaria o desenquadramento fundamentado no artigo 504, inciso XIII, alínea “c”, do RICMS/97, como realizado pelos prepostos fiscais.

As autuantes prestaram informação fiscal, (fls. 148 a 150), na qual esclareceram que, além do livro Diário, o contribuinte deixou de entregar, à Fiscalização, o livro Razão, as notas fiscais de compras e vendas de mercadorias, a declaração do IRPJ e o arquivo magnético de lançamentos fiscais e, por essa razão, procederam ao “arbitramento da base de cálculo do imposto, compensando os valores do ICMS pagos e créditos que porventura pudemos ter acesso”, de acordo com os demonstrativos de fls. 11 e 12, “onde benevolmente, deduzimos os valores atribuídos aos créditos fiscais constantes de seus registros”. (*grifos nossos*).

O D. Relator da 3ª JJF, da análise do documento SIDAT que exhibe e junta ao PAF, (fl. 158), verifica que o contribuinte iniciou suas atividades em 20/01/98, com inscrição no regime normal, com a opção pelo pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta, e aduz que: da análise efetuada nas duas intimação anexadas aos autos, (fls. 56 e 57), constata que foram emitidas em 18/04/02 e 07/06/02, com a arrecadação dos livros Registro de Apuração do ICMS, do Registro Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, do Registro de

Saídas, das DMAs e dos DAEs do período de 01/01/98 a 31/12/99, ficando evidente que o autuado não entregou o restante da documentação solicitada, especialmente as notas fiscais de entradas e saídas.

Em seguida, esclarece que, pela análise do art. 504, do RICMS/97, que disciplina o mencionado regime de apuração, constata-se que o autuado estava obrigado à apresentação, ao Fisco, dos livros Registro de Saídas e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, das notas fiscais relativas às entradas e às saídas de mercadorias ou bens, dos documentos de transporte e demais documentos necessários a comprovações fiscais.

O Trecho a seguir transcrito, resume a linha exegética adotada pelo Douto Julgador *a quo* :

*“ Por outro lado, segundo a alínea “c” do inciso XIII do artigo 504 acima transcrito, o contribuinte somente estaria obrigado a recolher o ICMS, pelo regime normal de apuração, se tivesse prestado declarações inexatas. Não obstante o esforço das autuantes, em tentar demonstrar que a “falta de exatidão nas declarações apresentadas” pode ser entendida como a “falta de observância e cumprimento de normas legais, como fez o contribuinte ao deixar de apresentar dados necessários e imprescindíveis à homologação dos registros efetuados nos livros fiscais apresentados à fiscalização”, considero que tal interpretação não se apresenta como a mais adequada à situação em análise, uma vez que, para que ficasse comprovada a inexatidão das declarações prestadas pelo contribuinte através das DMAs e dos documentos de arrecadação, seria imprescindível a apresentação dos livros e documentos fiscais, à Fiscalização, para a necessária conferência.*

*Pelo exposto, entendo que o motivo alegado para a autuação – a falta de apresentação dos livros Diário e Razão, das notas fiscais de compras e vendas de mercadorias, da declaração do IRPJ, do arquivo magnético de lançamentos fiscais e do livro Registro de Saídas -, não está previsto pela legislação tributária estadual para o desenquadramento do contribuinte do regime de apuração do ICMS com base na receita bruta, e sim para o arbitramento da base de cálculo do imposto a ser realizado com fundamento no artigos 937, incisos I e IX, do RICMS/97, com a utilização de um dos métodos previstos no artigo 938, do citado RICMS/BA.*

*Ressalto que, embora as autuantes tenham afirmado, em sua informação fiscal, que “procederam ao arbitramento da base de cálculo do imposto”, na realidade o método utilizado não tem amparo legal, haja vista que foi apenas aplicado o percentual de 17% sobre o montante mensal de saídas e deduzido o valor do ICMS recolhido e dos créditos apurados, em nada se assemelhando com um dos métodos estabelecidos no artigo 938, do RICMS/97, para as hipóteses de arbitramento. Pelo exposto, entendo que deve ser declarado nulo este lançamento, a fim de que possa ser feito a salvo de imperfeições.”*

Ante todo o acima exposto, conclui pelo descabimento da ação fiscal, votando pela NULIDADE do Auto de Infração,

Desta decisão a D. 3ª JJF, recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

## VOTO

Após análise de todos os elementos que compõem o presente processo, a Decisão Recorrida – fls. 153 a 161 – acolhendo as razões da defesa, foi no sentido de julgar o Auto de Infração NULO baseada, em síntese, nos seguintes fundamentos:

Os “documentos solicitados” pela fiscalização, que não foram apresentados pelo autuado, consistiram apenas em dois Livros Diários da empresa (referentes aos anos de 1997 e 1997) os quais, além de serem dispensáveis para efeitos de fiscalização acerca da apuração do ICMS, só não foram disponibilizados, porque segundo alega o defendente, estavam em poder do INSS. – e que todo o restante da documentação solicitada – que era necessária à verificações pelo Fisco, foi disponibilizada pelo autuado.

De fato, a fundamentação legal indicada na autuação que dá suporte ao desenquadramento do regime especial em questão (art. 504, Inciso XIII, alínea “c”, do RICMS/BA.), a seguir transcrito, não guarda nenhuma relação com a não apresentação dos documentos solicitados:

*“c) prestar declarações inexistentes, hipótese em que será exigido o imposto que houver deixado de recolher, em cotejo com os critérios de apuração do imposto pelo regime de apuração normal, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das sanções cabíveis”(grifado).*

Concordo com o Douto Julgador da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, quando afirma que: “...o motivo alegado para a autuação – a falta de apresentação dos livros Diário e Razão, das notas fiscais de compras e vendas de mercadorias, da declaração do IRPJ, do arquivo magnético de lançamentos fiscais e do livro Registro de Saídas -, não está previsto pela legislação tributária estadual para o desenquadramento do contribuinte do regime de apuração do ICMS com base na receita bruta, e sim para o arbitramento da base de cálculo do imposto a ser realizado com fundamento no artigos 937, incisos I e IX, do RICMS/97, com a utilização de um dos métodos previstos no artigo 938, do citado RICMS/BA.”

Em atendimento aos princípios da legalidade objetiva e da verdade material que norteiam o Processo Administrativo Fiscal, que, por sua vez, encontram ressonância no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, entendo estar correta e não merecer reparo a Decisão Recorrida.

Assim, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

## 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 277829.0012/02-5, lavrado contra **MCDONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de Dezembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFUZ