

PROCESSO - A. I. N° 028924.0001/12-0
RECORRENTE - CARANGUEJO PATAMARES BAR E RESTAURANTE LTDA. (GARANGUEJO DE SERGIPE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0102-02/12
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 26.11.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0026-13/12

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Defesa não apresentou argumentos capazes de elidir a imputação. Infração caracterizada. Rejeitadas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Reduzido de ofício o débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de apreciação do Recurso Voluntário relativo ao Auto de Infração em lide, lavrado em 23/01/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$19.067,69, acusando da falta de recolhimento do ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta.

A defesa inicial, fls. 48 a 53, argumentou que a autuação se baseou na própria Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA enviada pelo autuado, e que dessa forma não deveria se condicionar à quitação do débito ao pagamento da multa fiscal, requerendo a nulidade da autuação.

Argumentou ainda, que o legislador constatou que seria desnecessária a lavratura do lançamento de ofício pela autoridade administrativa quando, por meio da DMA, o próprio contribuinte declara a existência de débitos do ICMS.

Citou a Lei nº 9.837, de 20 de dezembro de 2005, através da qual foi acrescentado o art. 129-A ao Código Tributário do Estado da Bahia. Entende, portanto, que a partir de janeiro de 2006, quando entrou em vigor o art. 129-A do COTEB, todo o saldo devedor de ICMS declarado em DMA passou a ser confissão de dívida e tornou constituído o crédito tributário, inviabilizando o lançamento por Auto de Infração que apenas impõe ao contribuinte multa punitiva.

Realça a leitura do artigo 138 do CTN, o qual estabelece que a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Sustenta que, de conformidade ao citado art. 138 do CTN, a partir da denúncia espontânea do débito, o Fisco deverá cobrar apenas e tão somente o juro de mora que por si só já tem caráter punitivo pelo não pagamento do imposto. E que jamais poderia o Fisco baiano, aplicar multa de 60% no intuito de punir ainda mais o contribuinte que demonstrou sua boa fé ao assumir o não pagamento de tributo devido naquele período. Indica, transcrevendo trecho, que nesse sentido vem decidindo os Tribunais pátrios, a exemplo do STJ em julgamento de Recurso Especial de relatoria do Ilustre Ministro Milton Luiz Pereira.

Informa ter espontaneamente reconhecido a existência do crédito tributário, somente refutando o pagamento de multa, e que sua tentativa de emitir DAE junto a Secretaria da Fazenda Estadual sem a aplicação da Multa punitiva de 60% não logrou êxito.

Considera por fim que o débito de ICMS ora exigido já havia sido constituído pela entrega da DMA antes da lavratura do Auto de Infração, tornando o lançamento de ofício absolutamente nulo, uma vez que:

- a) viola o princípio da legalidade - pois pretende "constituir" crédito tributário já constituído pela DMA, em contrariedade ao disposto no art. 129-A do COTEB c/c art. 142 do CTN;
- b) viola o devido processo legal, pois o procedimento correto deveria ser a inscrição do débito em Dívida Ativa e não a instauração de um processo administrativo contencioso;
- c) viola o princípio da economia, pois cria um processo desnecessário e ilegal custeado pelo Estado da Bahia;
- d) viola o princípio da boa fé objetiva do contribuinte, que espontaneamente declarou e reconhece seus débitos por meio da DMA;

Salienta entender que o Legislador pátrio, na tentativa de incentivar o bom comportamento e reconhecer a boa fé do contribuinte, criou no artigo 138 do CTN a figura da Denúncia Espontânea. E assim, qualquer ato que vá de encontro ao previsto no referido artigo está na verdade inibindo o contribuinte de, ao perceber um equívoco, manifestar-se no sentido de cumprir sua obrigação.

Requer seja reconhecida a nulidade do presente Auto de Infração, ou que seja excluída a multa de 60%, autorizando que o contribuinte pague o DAE no valor do imposto mais os juros moratórios legalmente previstos.

Presentes aos autos, a JJF procedeu ao seguinte relato:

“Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois apesar de existir a previsão de confissão de dívida, a mesma somente se aplica para o caso de Notificação Fiscal, não tratando de lavratura do Auto de Infração.

De acordo com o artigo 48 do RPAF/99, A Notificação Fiscal constitui o instrumento pelo qual será feito o lançamento de ofício para exigência, entre outras situações diferentes do caso em tela, quando o tributo for inferior a R\$ 3.000,00 (três mil reais). O valor histórico devido pelo sujeito passivo é de R\$19.067,69, portanto, o procedimento do autuante foi o correto, qual seja, lavar o Auto de Infração como instrumento pelo qual foi constituído o lançamento de ofício do imposto não recolhido tempestivamente pelo contribuinte, inclusive com a aplicação da multa correspondente, que no caso é de 60%.

De igual modo, também não pode ser acolhido o argumento defensivo de teria ocorrido a denúncia espontânea, uma vez que para caracterização da mesma, em se tratando de falta de recolhimento de ICMS, conforme artigo 95 do RPAF/99, caberia ao autuado, antes do início da ação fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, observando-se, ainda, que deveria ser instruída com o comprovante do recolhimento do tributo, acrescido da atualização monetária e dos acréscimos moratórios cabíveis. Tal fato não ocorre com o simples envio da DMA.

Assim, não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No mérito, como já consignado no início do voto, a defesa reconhece a existência do valor autuado.

Logo, a defesa não apresentou argumentos capazes de elidirem a imputação.”

E emite seu julgamento pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente através de seu advogado desenvolve suas argumentações, fundamentado nas mesmas razões apresentadas na defesa inicial, mantendo seu posicionamento pela Nulidade do lançamento de ofício, não adicionando nada de novo que viesse reabrir a lide, e assim carecer de apreciação e análise.

Requer por fim que seja Provido o Recurso Voluntário apresentado, declarando Nulo o Auto de Infração em comento, e/ou autorizando o pagamento do tributo sem a aplicação da multa de 60%.

VOTO

O fulcro do presente PAF foi a lavratura do Auto de Infração em comento, ocasionado pela falta de recolhimento do tributo incidente na comercialização de refeições por parte e

responsabilidade do autuado, mediante a apuração resultante da fiscalização efetuada com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta.

A alegação sustentada pelo autuado foi a de que, como a autuação operou na própria Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA (cuja competência de envio é do autuado), não caberia fosse condicionado que o pagamento do débito só poderia ocorrer se juntamente fosse também paga a multa fiscal.

Enfatiza que por meio da DMA, o próprio contribuinte declara a existência de débitos do ICMS.

Cita a Lei nº 9.837, de 20 de dezembro de 2005, e o art. 129-A ao Código Tributário do Estado da Bahia, e destaca entender que já havia ocorrido a denúncia espontânea do referido valor, por ocasião da emissão do DMA correspondente.

O auditor autuante, nas informações fiscais à fl. 75, declara não constar na SEFAZ a cobrança de débito declarado relativo aos meses compreendidos na ação fiscal em análise, e que a multa pertinente à infração acusada, consoante art. 42 da Lei 7.014/96, é aplicada tanto na lavratura do Auto de Infração, ou do Débito declarado, opinando pela manutenção do lançamento.

Não observei a negativa, em momento algum, da existência do crédito tributário reclamado, ao contrário o recorrente por vezes confirma a sujeição passiva ao tributo, o qual não resultou satisfeito.

A aludida confissão de dívida insistentemente brandida pelo recorrente, efetivamente não ocorreu, eis que apesar da existência de Previsão, a mesma se aplica unicamente no caso de Notificação Fiscal, diversa da lavratura do AI em tela, tanto pelo valor lançado, quanto à natureza do ato.

Da mesma forma descrita no julgamento pela i. JF, não acolho o argumento defensivo de que teria ocorrido a Denúncia Espontânea, pois se tratando de falta de recolhimento de tributo, nos termos do art. 95 do RPAF/99, competiria ao contribuinte, antes do início da ação fiscal, ir à Inspeção Fazendária de sua circunscrição comunicar irregularidade ou recolher o tributo não pago na época própria, observando que a instrução do processo compreenderia apresentação do referido recolhimento acrescido da atualização monetária e dos acréscimos moratórios cabíveis, o que efetivamente não foi cumprido nem tampouco suprido com o simples envio da DMA.

Os pressupostos de validade do procedimento fiscal, que resultaram na preliminar de Nulidade conduzida pelo recorrente, não tem amparo fático ou jurídico, pois a acusação expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descrevendo as infrações cometidas, os fatos, normas e documentos bem como seus dados.

Foi observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, haja vista os aspectos abordados pela impugnação, e a narrativa dos fatos resultantes infrações imputadas.

No mérito, conforme dito, o recorrente reconheceu a procedência e a existência em aberto, do valor autuado.

Adoto as ressalvas apresentadas em sede de Vistas pelo i. Conselheiro Ciro Roberto Seifert, as quais tratam de: a) o valor relativo a novembro/11, já que retirado da DMA, deverá ser de R\$2.941,43, uma vez verificado que o lançamento de crédito de R\$165,24 (fl. 35), não foi considerado pelo autuante; b) a multa a ser aplicada deverá ser de 50% do valor do imposto, conforme prevê o art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, pois trata-se de falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares, imposto este apurado a partir de informação em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária (caso da DMA)”.
Como não vislumbro, e não foram apresentados dados e/ou fatos capazes a elidir a sujeição passiva, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, com as ressalvas acima expostas, reduzindo de ofício o valor do débito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão

recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **028924.0001/12-0**, lavrado contra **CARANGUEJO PATAMARES BAR E RESTAURANTE LTDA. (GARANGUEJO DE SERGIPE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.902,45**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS