

A. I. Nº - 121644.0004/11-4
AUTUADO - LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS
ADMINISTRATIVOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LIMA DE MENEZES
ORIGEM - INFAS SANTO AMARO
INTERNET - 15. 03 .2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0020-01/12

EMENTA: ICMS. REGIME DE RECEITA BRUTA. COMERCIALIZAÇÃO DE REFEIÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte não procedeu ao recolhimento do saldo devedor de ICMS lançado em sua Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, espelho do seu livro Registro de Apuração do ICMS. Infração comprovada. Retificada a multa indicada no Auto de Infração. Rejeitada a preliminar de nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/08/2011, exige ICMS, no valor de R\$50.161,67, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS referente a comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de maio, junho e julho de 2011.

O autuado, por meio de advogados, apresenta a defesa de fls. 38 a 42, na qual ressalta que o ICMS ora exigido já fora declarado antes da lavratura do Auto de Infração, na Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA (fls. 55 a 57) e, portanto, o presente Auto de Infração é nulo, uma vez que pretende lançar de ofício crédito tributário já constituído pela DMA, afrontando, assim, o disposto no art. 129-A do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia).

Explica que na DMA são informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS, nos termos do art. 333 do RICMS-BA. Frisa que a DMA reúne todos os elementos típicos do lançamento tributário, pois o contribuinte verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributáveis, calcula o montante do tributo devido e o informa ao fisco (art. 142 do CTN).

Assevera que por força disso, 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. Diz que, nesse sentido, a Lei nº 9.837/05 acrescentou o artigo 129-A ao COTEB, cujo teor reproduziu.

Destaca que, a partir de janeiro de 2006, quando entrou em vigor o art. 129-A do COTEB, todo saldo devedor de ICMS declarado em DMA passou a ser confissão de dívida e tornou constituído o crédito tributário, independentemente da lavratura de Auto de Infração.

Assinala que o Auto de Infração é nulo uma vez que: a) afronta o princípio da legalidade, pois pretende constituir crédito tributário já constituído pela DMA, contrariando o disposto no art. 129-A do COTEB; b) viola o princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento correto deveria ser a inscrição do débito em Dívida Ativa e não a instauração de um processo administrativo contencioso; c) ofende o princípio da economia, já que cria um processo desnecessário e ilegal custeado pelo Estado da Bahia.

Diz que a lavratura do Auto de Infração também prejudica severamente o contribuinte ao lhe exigir multa superior à previsão legal. Explica que o débito confessado em DMA está sujeito à multa de 50%, prevista no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, ao passo que o exigido mediante lançamento de ofício está sujeito à multa de 60%. Salienta que a lavratura do Auto de Infração implicou exigência de multa em patamar superior ao previsto em lei.

Ao finalizar sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 62 a 64) e, após sintetizar a defesa e a autuação, diz que na peça defensiva não há qualquer ataque à procedência, à legalidade, à certeza e à precisão dos valores apontados.

Transcreve o disposto no art. 129, I e II, do COTEB e, em seguida, afirma que o instrumento hábil para constituir o crédito tributário, em regra, é o Auto de Infração. Excepcionalmente, em se tratando de multa por descumprimento de obrigação acessória, ou de obrigações relativas a tributos não sujeitos ao auto lançamento, ou quando o valor exigido for irrelevante, ou para os casos de responsabilidade supletiva o instrumento é a notificação fiscal.

Sustenta que o disposto no art. 129-A do COTEB trata daquelas situações cuja exigência do crédito deve ser feita mediante notificação fiscal, mas que, tendo o contribuinte informado em DMA ou em denúncia espontânea, seja desnecessária, em face da confissão, a expedição de notificação.

Aduz que, no caso em tela, o imposto lançado é o ICMS e o valor exigido é de R\$ 50.161,67. Diz que a apuração de tais valores depende da verificação nos documentos e livros fiscais. Afirma que o crédito tributário não estava constituído pela apresentação da DMA, era necessário um procedimento de fiscalização e lavratura de Auto de Infração, exatamente para atender aos princípios da legalidade, do devido processo legal e da economia, pois: a legalidade manda constituir o crédito tributário mediante Auto de Infração; o devido processo legal requer o cumprimento de etapas de verificações, antes da exigência, bem como possibilidade de contestação do exigido; o princípio da economia foi atendido com a verificação prévia, evitando a necessidade de futuras diligências e perícias.

Afirma que a multa de 50%, prevista no inc. I do art. 42 da Lei nº 7.014/96 é aplicável aos casos em que o contribuinte, tendo informado os valores em DMA, venha a recolher o imposto fora do prazo, porém antes da ação fiscal, o que diz não ter ocorrido. Assevera que no caso em comento a multa cabível é de 60% do valor do imposto, conforme dispõe o art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreveu.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Trata o Auto de Infração da falta de recolhimento de ICMS referente à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta.

Em sua defesa, o autuado sustenta que o Auto de Infração é nulo, pois os valores que estão sendo exigidos foram informados em DMAs antes do início da ação fiscal em comento e, dessa forma, não deveriam ter sido objetos de lançamento de ofício, nos termos do art. 129-A do COTEB.

Ao dispor sobre o início do Processo Fiscal, o COTEB no seu art. 129, com a redação vigente à época dos fatos geradores citados na autuação, previa que a exigência de crédito tributário será feita através de:

I - auto de infração, sempre que, mediante ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte ou desenvolvida no trânsito de mercadorias, for constatada infração à legislação tributária;

II - notificação fiscal, para lançamento de ofício:

a) revogada

- b) de multa pelo descumprimento de obrigação acessória;*
- c) de crédito tributário decorrente de descumprimento de obrigação principal relativo ao ITD, às taxas estaduais e ao IPVA;*
- d) quando o tributo for inferior a R\$ 3.000,00 (três mil reais);*
- e) nos casos em que se atribua a responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, após esgotadas todas as possibilidades de exigência do ICMS do sujeito passivo por substituição estabelecido em outra unidade da Federação.*

III - revogado.

Por sua vez, o art. 129-A do COTEB, com a redação vigente a partir de 01/01/06, assim dispõe:

Art. 129-A. A declaração de obrigação tributária pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação, ou através de denúncia espontânea inadimplida, integral ou parcialmente, importa em confissão de dívida e torna constituído o crédito tributário, sendo dispensada a emissão de notificação fiscal para sua exigência.

Parágrafo único. Na falta de recolhimento no prazo regulamentar e decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou de sua retificação, o crédito tributário poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária, acrescido da penalidade aplicável, acréscimos moratórios e demais encargos previstos na legislação.

Da interpretação sistemática desses dispositivos legais, depreende-se que o auto de infração e a notificação fiscal são instrumentos distintos de constituição de crédito tributário e são utilizados nas situações especificadas no artigo 129 do COTEB.

Efetivamente, o disposto no art. 129-A do COTEB prevê que a declaração de obrigação tributária em DMA importa em confissão de dívida e torna constituído o crédito tributário, sendo dispensada a emissão de *notificação fiscal*. Todavia, o crédito tributário que estará constituído não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas para a emissão de *notificação fiscal*. Não vislumbro como se estender essa dispensa às hipóteses em que a constituição do crédito tributário exige a emissão de auto de infração.

Do exame do caso concreto, constata-se que a ação fiscal foi decorrente de uma ação fiscal desenvolvida no estabelecimento do autuado, mediante a emissão de ordem de serviço específica para este fim. Também se observa que a matéria tributável não se tratava de multa por descumprimento de obrigação acessória, de crédito tributário decorrente de ITD, taxas estaduais ou IPVA, não era inferior a R\$ 3.000,00 e nem se tratava de hipótese de responsabilidade solidária. Nessa situação, com base no art. 129, I e II, do COTEB, acima transcrito, era o Auto de Infração o instrumento hábil para a constituição do crédito tributário em tela. Dessa forma, ultrapasso as preliminares de nulidade suscitadas na defesa, pois não houve a arguida violação aos princípios do devido processo legal, da legalidade e da economia processual administrativa.

Quanto ao prejuízo do autuado em decorrência da multa indicada na autuação, também não ocorre tal fato, conforme passo a demonstrar.

Considerando que os valores lançados foram informados pelo autuado *em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária*, a multa correta para a infração apurada é a prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50%. Dessa forma, fica retificada a multa indicada na autuação, a qual passa de 60% para 50%.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, retificando, no entanto a multa indicada na autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **121644.0004/11-4**, lavrado contra

LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.161,67**, acrescido da multa de 50%, prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR