

PROCESSO - A. I. N° 121644.0004/11-4
RECORRENTE - LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0020-01/12
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 28/02/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0041-11/13

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 evidenciada. Rejeitada a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0020-01/12), a qual julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/08/2011, para imputar ao sujeito passivo o cometimento da infração de falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS referente à comercialização de refeições, verificado através do Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de maio, junho e julho de 2011, no importe de R\$50.161,67, acrescido de multa de 60%.

O contribuinte formalizou, através de advogados, impugnação tempestiva (fls. 38/42), tendo o autuante prestado a informação fiscal de praxe (fls. 62/64).

Após os trâmites legais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“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."

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 83/87), apresentando, inicialmente, uma breve síntese da ação fiscal e da Decisão hostilizada.

Em seguida, concentrou os seus argumentos recursivos no pleito de nulidade do Auto de Infração, porquanto pretendeu lançar de ofício crédito tributário já constituído pela DMA, violando, assim, o disposto no art. 129-A do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia).

Aduziu ter a Junta se equivocado com os conceitos básicos da constituição do crédito por meio da DMA, pois, desde a introdução do art. 129-A do COTEB, em 2006, o saldo devedor declarado de ICMS, qualquer que seja o seu valor, passou a ser considerado confissão de dívida, razão pela qual pode ser exigido automaticamente, dispensada a lavratura de notificação fiscal.

Destacou que, de tal sorte o saldo devedor de DMA não poderia ser objeto de Denúncia Espontânea, por se tratar de um crédito já constituído, ou seja, objeto de lançamento tributário, nem tampouco de Notificação Fiscal para sua cobrança, posto que equivaleria, em outras palavras, a um duplo lançamento, violando o devido processo legal.

Assim, asseverou que o crédito constituído por DMA se apresentava impossível de ser constituído através da lavratura de Auto de Infração, disso resultando a sua nulidade.

Afirmou 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, frisando que a DMA reúne todos os elementos típicos do lançamento tributário, porquanto o contribuinte verifica a

ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido e o informa ao Fisco (art. 142 do CTN).

Em seguida, ressaltou ter o legislador constatado ser desnecessária a lavratura do lançamento de ofício pela autoridade administrativa, posto que, através da DMA, o próprio contribuinte declarava a existência de débitos do ICMS, tendo a Lei nº 9.837/05, nesse sentido, acrescentado o artigo 129-A ao COTEB, cujo teor reproduziu.

Em conclusão, reiterou a nulidade do Auto de Infração, posto que: a) afrontava o princípio da legalidade, ao constituir crédito tributário já lançado pela DMA, contrariando o disposto no art. 129-A do COTEB; b) violava o princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento correto seria a inscrição do débito em Dívida Ativa e não a instauração de um processo administrativo contencioso; c) ofendia o princípio da economia, já que criava um processo desnecessário e ilegal custeado pelo Estado da Bahia.

Requeru, ao fim, a reforma do acórdão da JJF, para julgar nulo o Auto de Infração epígrafado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 94/96, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, porquanto a autuação se encontrava fundamentada pela legislação fiscal em vigor, tendo o lançamento atendido a todos os requisitos previstos no art. 39, do RPAF/BA, bem como observados os princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

Frisou que a autuação fiscal não padecia de nulidade, uma vez que o crédito tributário, objeto do lançamento, não se enquadrava em nenhuma das hipóteses previstas para a emissão de notificação fiscal, *ex vi* do art. 129, do COTEB, revelando-se como instrumento apropriado para constituição do crédito tributário.

Pontuou que: *“... o dispositivo mencionado pelo recorrente, art. 129-A, do COTEB, tem aplicabilidade restrita às hipóteses de notificação fiscal. Com efeito, o dispositivo estabelece, com clareza solar, que a declaração de obrigação tributária em DMA importa em confissão da dívida e torna constituído o crédito tributário, sendo dispensada a emissão de notificação fiscal. O Parecer exarado pelo Coordenador de Crédito e Cobrança, colacionado pelo recorrente às fls. 88/89, trata de hipótese de notificação fiscal e denuncia espontânea, o que só reforça a inteligência dos arts. 129 e 129-A, do COTEB.”*

Por último, destacou que o sujeito passivo não enfrentou o mérito do lançamento, nem contestou os valores apurados, tendo a JJF retificado a multa proposta originariamente no lançamento.

VOTO

É objeto do Recurso Voluntário sob comento, conforme relato supra, a Decisão da 1ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar a falta de recolhimento de ICMS referente à comercialização de refeições, constatada com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, no valor histórico de R\$50.161,67.

Na peça recursal, o sujeito passivo apenas arguiu, aliás, de forma reiterada, a nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que a exigência fiscal recaía sobre saldos devedores de ICMS, os quais já se encontravam devidamente confessados mediante DMAs, portanto, créditos tributários constituídos.

Sucedu que a Decisão hostilizada não acolheu o pleito do sujeito passivo no sentido de declarar nulo o Auto de Infração, posto que a hipótese concreta não era de exigência de valores previamente declarados como créditos fiscais já constituídos.

Com efeito, a autuação foi motivada, conforme afirma o próprio autuante, na informação fiscal de fls. 62/64, para constituir crédito tributário relativo ao não pagamento de ICMS, apurado pelo próprio contribuinte, nos meses de maio, junho e julho de 2011.

A par disso, restou demonstrado que a base de cálculo fora obtida em função dos valores declarados nas DMAs apresentadas, referentes aos meses objetos da autuação.

Consoante observado no feito, a exigência se reporta a imposto declarado e não recolhido, o que, a teor do art. 129-A, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, redação vigente a partir de 01/01/2006, enseja a imediata inscrição do débito em Dívida Ativa, para cobrança via executivo fiscal, tratando-se a DMA de termo de confissão, *verbis*:

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. (grifo do relator)

Assim, dúvidas inexistem de que o procedimento adotado nesta autuação não está correto. Contudo, a lavratura do Auto de Infração nenhum prejuízo trouxe ao contribuinte; ao revés, a deflagração da via administrativa, além de ter possibilitado a discussão do seu débito no âmbito do Conselho, suspendeu a exigibilidade do crédito tributário, o que jamais teria ocorrido caso fosse adotado o procedimento adequado.

Daí, a lavratura deste Auto de Infração não implicou vício no ato administrativo de lançamento (não houve alteração da competência, por exemplo) e, ainda, beneficiou o contribuinte com a suspensão da exigibilidade do crédito e a possibilidade de submissão do caso a este Conselho de Fazenda.

Outrossim, destaque-se que a Decisão de piso farpeada promoveu, acertadamente, a retificação da multa, originalmente proposta de 60%, para 50%, que é a sanção previsionada no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96, para a transgressão cometida pelo contribuinte.

Nesse contexto, mediante a aplicação do art. 18, § 2º, do RPAF/99, inexistindo prejuízo ao contribuinte, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade suscitada no presente Recurso.

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **121644.0004/11-4**, lavrado contra **LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.161,67**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS