

PROCESSO - A. I. Nº 278999.0002/15-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MOLIZA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0060-05/16
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/08/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0145-11/16

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES PRÓPRIAS DECLARADAS EM DMAs. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO, NA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DECLARADAS EM DMAs. A Fiscalização, neste lançamento de ofício, apenas repete o valor já apurado pela sociedade empresária em DMAs. Não majora nem reduz o quanto declarado nas informações econômico-fiscais, pelo que se infere que não há prejuízo processual ou material para o particular ou para o Ente Tributante. Aliás, longe de causar dano ao fiscalizado, em verdade, a lavratura do Auto de Infração oportunizou-lhe o direito de defesa e o exercício do contraditório. Em virtude da gravidade da ação ilícita reiteradamente praticada pelo sujeito passivo, deve ser mantida a multa legalmente prevista, no art. 42, V, "a", da Lei nº 7014/1996. Recurso **PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício contra Decisão da 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0060-05/16), que julgou Nulo o Auto de Infração acima epigrafoado, lavrado no dia 31/03/2015 para exigir crédito tributário na cifra de R\$ 3.874.777,36, sob a acusação do cometimento das 02 (duas) irregularidades abaixo discriminadas.

Infração 01. Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, devidamente declarado em DMAs - documentos de Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Apensadas aos autos cópias das DMAs relativas ao período de 2013 e 2014, bem como impressões dos recolhimentos. Juntadas também cópias dos arquivos do livro Registro de Apuração do ICMS. R\$ 1.047.741,34. Multa de 50%, prevista no art. 42, inc. I da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado. Juntadas aos autos cópias das DMAs relativas ao período de 2013 e 2014, bem como impressões dos recolhimentos do ICMS-ST (substituição tributária). Colacionadas também cópias dos arquivos do livro Registro de Apuração do ICMS. R\$ 2.827.036,02. Multa de 150%, prevista no art. 42, inc. V, "a" da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 29/03/2016 e decidiu pela Nulidade de forma unânime (fls. 421 a 427), nos termos abaixo reproduzidos.

“VOTO

(...)

Passo a decidir a questão. Observo que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, tem disposições específicas sobre os pontos controvertidos existentes nos autos.

O art. 54-A da norma adjetiva administrativa, inserida no ordenamento jurídico estadual pelo Dec. nº 14.073/12, com efeitos a partir de 01/08/2012, prescreve os seguintes comandos:

Art. 54-A – O débito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação ou através de denúncia espontânea importa em confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário.

§ 1º - O crédito tributário constituído deverá ser inserido no sistema informatizado de controle de créditos tributários em até 10 (dez) dias, contados do recebimento da declaração ou da denúncia espontânea, identificado por Débito Declarado (DD).

§ 2º - Decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou da denúncia espontânea, o crédito tributário poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária.

As regras acima transcritas são claras e estabelecem que o crédito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais, a exemplo da DMA, ou aquele que for objeto de denúncia espontânea, importa em confissão de dívida. Diz ainda a norma que a falta de recolhimento do gravame, no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário.

Assim, a partícula “ou” do dispositivo transcrito revela que os créditos tributários informados nos documentos econômico-fiscais e aqueles denunciados espontaneamente pelo contribuinte consideram-se constituídos e passíveis de inscrição na Dívida Ativa.

Determina ainda a norma adjetiva que esse crédito tributário deverá ser inserido nos sistemas informatizados da Secretaria da Fazenda (SEFAZ), em até 10 (dez) dias, devendo ser identificado como “Débito Declarado” (DD).

Por sua vez, o Auto de Infração, nos termos do art. 38 do mesmo RPAF/99, é um dos instrumentos de que dispõe a Administração Tributária para formalizar a exigência de crédito tributário, em valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Já o ICMS é um típico tributo sujeito a lançamento por homologação, conforme estabelece o art. 150 do CTN, cabendo ao contribuinte antecipar o lançamento e pagamento do imposto, sem prévio exame da autoridade administrativa. Esse ato do contribuinte pode ser revisto pela Administração dentro do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, para a eventual cobrança de parcelas não declaradas ou não lançadas.

No caso concreto, verifico que os valores exigidos no presente A.I. se referem a fatos geradores que estão situados entre os meses de julho/2013 a dezembro/2014, quando já se encontrava vigente a norma contida no art. 54-A do RPAF/99. Observo ainda que os valores exigidos no A.I. são totalmente coincidentes com aqueles informados pelo contribuinte nas DMAs. (docs. fls. 47 a 387).

Temos, portanto, dois lançamentos coexistindo sobre os mesmos fatos geradores.

O primeiro foi aquele realizado pelo contribuinte nas DMA's e recepcionado pela Administração Tributária, passível de inscrição direta na dívida ativa, através do registro “Débito Declarado” (DD), através do qual seriam também formalizadas as multas pelo descumprimento da obrigação tributária principal, conforme o disposto no art. 42, inc. I, da Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I – 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto na falta de recolhimentos nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária

Já o segundo lançamento ocorreu por ocasião da lavratura do Auto de Infração em lide, para a cobrança do ICMS não recolhido e penalidades decorrentes (50% e 150%), também previstas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, sendo estabelecido o rito do contraditório perante as instâncias de julgamento do CONSEF.

Ambos os procedimentos não podem conviver juntos sob pena de haver duplicidade de exigências fiscais e a decorrente possibilidade de formação de dois títulos executivos.

No caso em exame devem ser aplicadas as normas do art. 54-A do RPAF/99. Primeiro por ser norma específica que estabelece rito próprio para a exigência de créditos tributários declarados pelo sujeito passivo nas DMA's. O rito do art. 54-A afasta a aplicação de outro procedimento administrativo, pela sua especificidade, visto que os créditos declarados pelo sujeito passivo representam confissão de dívida, não se submetendo ao procedimento específico do Auto de Infração que impõe a necessidade de julgamento perante o CONSEF após formalização da defesa.

Em segundo lugar, inexistente lide em relação aos débitos declarados nas DMA's e não recolhidos pelo contribuinte nos prazos regulamentares. A legislação processual define que estes créditos tributários estão constituídos, sendo ainda passíveis de inscrição direta na dívida ativa após lançamento dos dados no sistema informatizado para a inserção das multas aplicáveis, previstas na legislação.

Não há, portanto, possibilidade de duplicidade de lançamentos após a entrada em vigor do art. 54-A no Regulamento Processo Administrativo baiano, por força do Decreto nº 10.073/12. Há um vício formal insanável que leva à nulificação do lançamento tributário efetivado através de Auto de Infração.

Pelas razões acima expostas voto pela NULIDADE do Auto de Infração, visto que os créditos tributários objeto do lançamento de ofício já se encontravam constituídos segundo o rito definido no art. 54-A do RPAF/99.

Em decorrência da nulidade, que se decreta de ofício, ficam prejudicados o exame das demais questões suscitadas pelo contribuinte na peça de defesa no tocante às multas e taxa SELIC.

Observo por fim que a referida decisão deverá ser encaminhada também à Gerência de Cobrança do Crédito Tributário da SEFAZ-BA, para que sejam adotados os procedimentos visando à recuperação dos valores declarados pelo contribuinte nas DMA's e ainda não recolhidos aos cofres públicos”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite preconizado no art. 169, I, “a” do RPAF-

BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 5ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0060-05/16.

VOTO

Exige-se no presente Auto de Infração o ICMS denominado normal, na imputação 1, e por substituição tributária, na de nº 2, cujos valores são coincidentes com os das informações econômico-fiscais (DMAs) prestadas pelo sujeito passivo, apensadas às fls. 47 a 387, a exemplo de R\$ 87.850,28 (fls. 01 e 104; infração 01), R\$ 82.263,19 (fls. 01 e 116; infração 1), R\$ 91.451,90 (fls. 01 e 121; infração 1), R\$ 169.871,92 (fls. 02 e 336; infração 2), R\$ 172.762,67 (fls. 02 e 346; infração 2) etc.

A matéria objeto da remessa necessária já foi julgada em diversos Acórdãos de segunda instância deste Conselho, a exemplo daqueles de números 0291-11/14, 0165-12/14 e 0146-11/14, nos quais figuraram como autuado MOLIZA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA.

Peço licença para extrair alguns dos seus fundamentos.

De acordo com o que já foi exposto, a Fiscalização, neste lançamento de ofício, apenas repete o valor já apurado pela sociedade empresária em DMAs. Não majora nem reduz o quanto declarado nas informações econômico-fiscais, pelo que se infere que não há prejuízo processual ou material para o particular ou para o Ente Tributante. Aliás, como se disse em um dos Acórdãos supra mencionados, longe de causar dano ao fiscalizado, em verdade, a lavratura do Auto de Infração oportunizou-lhe o direito de defesa e o exercício do contraditório.

Assinale-se que a Administração Tributária, quando da lavratura de Autos de Infração relativos aos fatos previstos no art. 54-A do RPAF-BA/1999, não toma qualquer providência no sentido de inscrever diretamente em dívida ativa o crédito tributário correlato, e não tomou neste caso concreto.

Trata a situação em controvérsia na infração 02 de valor de imposto que foi entregue ao recorrido por outro contribuinte para que aquele, como substituto e depositário de algo que não lhe pertence, recolhesse ao Erário, o que não se verificou, fato que se subsume na norma do art. 2º, II da Lei Federal nº 8.137/1990.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (...) II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; (...).

Em virtude da gravidade da ação ilícita reiteradamente praticada pelo sujeito passivo, deve ser aplicada a multa legalmente prevista, no art. 42, V, "a" da Lei nº 7014/1996.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para restabelecer a exigência constante da peça inicial, tornando PROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

VOTO DIVERGENTE

Peço a devida *venia* para divergir do n. Relator quanto à aplicação do art. 54-A do RPAF/99 ao caso concreto, bem como a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso V, alínea 'a' da Lei nº 7.014/96 no que concerne a infração 2.

Ab initio, cura ressaltar que em ambas as infrações, houve a declaração do débito em documentos de informações econômico-fiscais e o seu não pagamento por parte do contribuinte. Logo, no presente caso, não há dúvida do seu cometimento, dos valores apurados e da natureza da infração, o que, conforme o artigo 54-A do RPAF, importa em confissão de dívida e torna o crédito tributário constituído.

Para uma melhor análise da questão vergastada, reproduzimos a citada norma, *in verbis*:

Art. 54-A. O débito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação ou através de denúncia espontânea importa bem confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário.

§ 1º O crédito tributário constituído deverá ser inserido no sistema informatizado de controle de créditos tributários em até 10 (dez) dias, contados do recebimento da declaração ou da denúncia espontânea, identificado por Débito Declarado (DD).

§ 2º Decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou da denúncia espontânea, o crédito tributário

poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária.

Portanto, se o débito for declarado pelo Contribuinte e não houver qualquer dúvida quanto aos seus aspectos materiais, não se faz necessário o lançamento de Auto de Infração, mas sim a inserção no sistema informatizado de controle de créditos tributários.

Desta feita, como já explicitado no julgamento de base, igualmente considero o Auto de Infração é Nulo.

Noutra senda, deve-se analisar a correção do enquadramento da multa da infração 2 no art. 42, inciso V, aliena 'a', ao invés daquela prevista no inciso I, do mesmo artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Entendo que, por ser declarado eletronicamente, a multa da infração 2 deve ser tipificada também no artigo 42, inciso I da Lei nº 7.014/96, por ser uma norma específica e mais benéfica ao contribuinte, conforme preceitua o artigo 122 do CTN.

Mais uma vez trago a colação os mencionados artigos para melhor elucidação da questão da divergência, *verbo ad verbum*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;

(...)

V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

Portanto, deve-se levar em consideração na dosimetria da multa que na situação vivida nos autos, o contribuinte declara a situação ilícita ao Fisco, sem qualquer embaraço, mas, por motivos diversos e extrajurídicos, não paga o imposto devido. Situação bem diferente da apropriação que nem é declarada ou paga pelo contribuinte, no qual a fiscalização deve, antes de lançar o tributo, fiscalizar o sujeito passivo em busca da irregularidade tributária.

Não tenho dúvida que nesta segunda hipótese, diferentemente da primeira, deve a infração prognosticar a multa do art. 42, V, 'a' da Lei nº 7.014/96.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo acolhimento da preliminar e, de ofício, pelo reenquadramento da multa originalmente lançada, para o art. 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278999.0002/15-0**, lavrado contra **MOLIZA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.874.777,36**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.047.741,34 e 150% sobre R\$2.827.036,02, previstas no art. 42, incisos I e V, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Luiz Alberto Amaral Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO DIVERGENTE

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS