

**PROCESSO** - A. I. Nº 028924.0034/11-7  
**RECORRENTE** - NMH BAR E RESTAURANTE LTDA. (O ÁRABE)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0150-05/12  
**ORIGEM** - INFAS VAREJO  
**INTERNET** - 12/12/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0371-12/12

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. Cabe a aplicação de multa e dos acréscimos legais, haja vista não ser aplicável ao caso concreto, o instituto da denúncia espontânea. Infração procedente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Modificado, de ofício, o percentual da multa aplicada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação à Decisão da 5ª Junta Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 03/02/2012, onde exigiu ICMS no valor total de R\$15.786,90, face ao cometimento da seguinte irregularidade:

*Infração: Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em função da Receita Bruta, no valor de R\$15.786,90 com multa de 60%*

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

*"Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade do presente Auto de Infração, haja vista que foi lavrado com obediência ao art. 39 do RPAF/99, não houve violação ao princípio da legalidade, posto que os mencionados dispositivos infringidos estão tipificados na Lei nº 7.014/96, e regulamentado no RICMS/BA. Ademais, a descrição da infração é clara, precisa e foi oportunizado ao contribuinte o exercício à ampla defesa , com respeito ao princípio do contraditório.*

*No mérito, trata- se de Auto de Infração, no qual está sendo exigido ICMS em razão da falta de recolhimento, no prazo regulamentar, relativo à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em função da Receita Bruta*

*O autuado, representado por advogados legalmente constituídos, não se insurge quanto à ocorrência do fato gerador, reconhece o cometimento da infração, mas clama pela não aplicação da multa exigida no percentual de 60%, tipificada no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96. É que segundo ele, teria havido a denúncia espontânea da infração, no momento em que ocorreu à inspetoria fazendária e reconheceu que o imposto não teria sido recolhido no prazo regulamentar, mas queria fazê-lo, com a aplicação daquele instituto.*

*Segundo o art. 138 do CTN: "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.*

*Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração".*

*Cabe reparar que, segundo a norma acima transcrita, a exclusão da responsabilidade, quando retira o contribuinte da via da impontualidade e afasta a aplicação de multa, ocorre quando ele leva a conhecimento do fisco, antes de qualquer procedimento fiscal iniciado, a ocorrência da infração, e o pagamento do eventual tributo devido. Portanto, no momento em que ocorre o início da fiscalização, este, com o Termo de Início de Fiscalização, marca a exclusão da espontaneidade da infração. Este Termo, ou qualquer outro ato, previsto no art. 26 do RPAF/99, afasta qualquer tentativa de confissão espontânea.*

*Entendo que o fato de o contribuinte ter entregue a DMA – Declaração, no prazo regulamentar, e nela constar o valor do ICMS mensal a ser recolhido, não possui o caráter de denúncia espontânea, quando o pagamento do imposto não foi formalizado nos prazos regulamentares.*

*Deste modo, iniciada a ação fiscal, cessa para o contribuinte o instituto da denúncia espontânea, e este sujeita-se, em sua inteireza às multas e demais acréscimos legais (juros e correção monetária), que integram o valor do tributo e constituem o crédito tributário.*

*Quanto aos valores do ICMS exigidos, constantes no demonstrativo de fl. 06, não foram contestados, e encontram-se declaradas nas DMAs.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, interpôs Recurso Voluntário, onde requereu a nulidade do Auto de Infração.

Em sede de preliminar, o autuado informou que comprovou em tempo hábil, por intermédio da declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA, a ausência de recolhimento do ICMS nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2011. Esclareceu que no DMA constam todos os elementos típicos do lançamento tributário, onde pode verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, neste sentido, entendeu que seria desnecessária a lavratura do lançamento de ofício pela autoridade administrativa quando por meio do DMA declarou a existência de débito do ICMS, tendo em vista o art. 129-A do Código Tributário do Estado da Bahia.

Argumentou que com a vinda do art. 129-A do COTEB todo o saldo devedor do ICMS declarado em DMA passou a ser confissão de dívida e tornou constituído o crédito tributário, inviabilizando o lançamento do Auto de Infração apenas para impor a multa punitiva. Sendo assim, ressaltou que de acordo com o art. 138 do CTN, o Fisco deveria realizar a cobrança apenas dos jurus de mora, uma vez que houve a denúncia espontânea, deixando claro a sua boa-fé ao assumir o não pagamento do tributo.

Neste sentido, arguiu que o Fisco não deve aplicar a multa de 60% tipificada no art. 42, da Lei nº 7.014/96 por não ser razoável e contraria ao instituto da Denuncia Espontânea, e ainda, não podendo o Ilustre Relator considerar o fato de que a ausência do pagamento seria um empecilho para o reconhecimento da denúncia espontânea. Registrhou que não nega a existência do crédito tributário, mas sim, a multa ora exigida e que o débito exigido de ICMS já havia sido constituído pela entrega do DMA antes da lavratura do Auto de Infração, sendo o lançamento de ofício nulo uma vez que viola o princípio da legalidade, do devido processo legal, da economia e por ultimo a da boa-fé objetiva.

Por fim, requereu que fosse reconhecida a nulidade do Auto de Infração, principalmente no que concerne à multa de 60%.

## VOTO

Da análise dos autos constato tratar-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a imputação fiscal que se cinge ao não recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, relativo a comercialização de refeições, apurado pelo regime de apuração com base na receita bruta.

Na peça recursal, o recorrente argumenta que a autuação está eivada de nulidade, já que o próprio contribuinte informou, por meio da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), os valores devidos no período fiscalizado, ou seja, os meses de setembro, novembro e dezembro de 2011, constituindo-se assim em um rebatimento exato dos lançamentos contidos nos livros fiscais de Registro de Entradas e de Saídas, bem como no Registro de Apuração do ICMS. Portanto, argui que informou ao Fisco Estadual os valores devidos de ICMS, mês a mês, nos termos previstos no art. 142 do CTN.

Entendo que, de fato, a declaração contida na DMA constitui-se em elemento de um efetivo lançamento tributário. Por conta do previsto no art. 129-A do COTEB, a partir de sua vigência (janeiro de 2006), fica constituído o crédito tributário em favor do erário estadual, como confissão de dívida, sendo dispensada a emissão de notificação fiscal para exigir o imposto devido.

Da análise do parágrafo único deste mesmo diploma legal, inclusive trazido à baila na peça recursal em apreço, verifico que o não recolhimento do crédito tributário de ICMS no prazo regulamentar e decorridos 30 dias da declaração ou retificação, o mesmo **poderá** ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária, acrescido das cominações legais.

Está claro que o saldo devedor apurado na DMA é, de fato e de direito, crédito tributário constituído em favor do erário estadual, não se confundido com o instrumento da denúncia espontânea. Isto não afasta o feito do lançamento de ofício contido no Auto de Infração, em epígrafe, apenas como débito declarado, enquanto que a multa punitiva prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/96 é de 50%, razão pela qual, de ofício, retifico a multa imputada para o referido percentual.

Portanto, entendo caber o pagamento do quanto devido de imposto, apurado mediante saldo devedor de ICMS declarado na DMA, acrescido da multa de 50% e dos acréscimos moratórios pertinentes. Vale aduzir que em nenhum momento o Recorrente trouxe aos autos qualquer demonstração de que tenha havido denúncia espontânea.

Deste modo, entendo que o Auto de Infração poderia ser lavrado nos termos ali postos, razão pela qual voto pela subsistência do lançamento e **NÃO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **028924.0034/11-7**, lavrado contra **NMH BAR E RESTAURANTE LTDA. (O ÁRABE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.786,90**, 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, 21 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS