

A. I. N° - 028924.0034/11-7  
AUTUADO - NMH BAR E RESTAURANTE LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA  
ORIGEM - INFAC VAREJO  
INTERNET 30.05.2012

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0150-05/12**

**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 que não aplicável ao caso concreto, o instituto da denúncia espontânea. Infração procedente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 03/02/2012, exige ICMS no valor total de R\$15.786,90, através da seguinte 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”* – Multa de 60% - 02.04.02.

O autuado apresenta defesa, fls. 43/48, diz que a fiscalização se baseou na Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA, quando em síntese, são informadas, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS (art. 333, RICMS/97).

Notou que a DMA reúne todos os elementos típicos do lançamento tributário, pois o autuado verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido e o informa ao Fisco (art. 142 do CTN). Reproduziu o art. 129-A, parágrafo único, da Lei nº 9.837/05, do Código Tributário do Estado da Bahia –COTEB, e verificou 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.

Assevera que a partir de janeiro de 2006, quando entrou em vigor tal artigo citado anteriormente, 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, apenas para impor ao contribuinte multa punitiva, valendo a leitura do artigo 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”*.

Diante deste dispositivo, observou que a partir da denúncia espontânea do débito, o Fisco deverá cobrar apenas e tão-somente os juros de mora que por si só já têm caráter punitivo ao não pagamento do imposto, ou seja, não poderia jamais punir o contribuinte que demonstrou sua boa-fé, ao assumir o não pagamento do tributo devido naquele período, e aplicar multa de 60%.

Nesta esteira, traz decisões dos Tribunais pátrios (STJ - Recurso Especial de relatoria do Ilustre Ministro Milton Luiz Pereira - 1<sup>a</sup> Turma, REsp nº 147.221/RS, j. 20.02.2001, v.u., DJU 11.06.2001).

Registra que, em nenhum momento o autuado nega a existência do crédito tributário, tão-somente refuta o pagamento de multa, já que, espontaneamente, reconheceu o débito, tendo, inclusive, tentado emitir DAE junto à Secretaria da Fazenda Estadual, o que não foi feito sem a aplicação da Multa punitiva de 60%.

Concluiu que o débito de ICMS ora exigido já havia sido constituído pela entrega da DMA antes da lavratura do Auto de Infração, conforme documentos anexos (doc. 02). Deste modo, **o lançamento de ofício é 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 reconheceu seus débitos por meio da DMA*”.

Disse que, legislador pátrio, na tentativa de incentivar o bom comportamento e reconhecer a boa-fé do contribuinte, criou no art. 138 do CTN a figura da Denúncia Espontânea, pelo que qualquer ato que vá de encontro ao previsto no referido artigo está, na verdade, a inibir o contribuinte que ao perceber um equívoco, manifeste-se no sentido de cumprir sua obrigação.

Salienta que o Estado da Bahia deveria fazer é dar ferramentas, ao autuado, para que espontaneamente, ao perceber um equívoco, declare e quite sem que, necessariamente, seja punido com as altas multas punitivas.

Pede pela nulidade do Auto de Infração ou que seja excluída a multa de 60% e que autorize que o autuado pague o DAE no valor do imposto.

A autuante presta informação fiscal, fl. 66, informou que não consta no sistema da SEFAZ a cobrança de débito declarado relativo aos meses apurados objeto da ação fiscal.

Disse que a multa por infração se aplica tanto na lavratura do Auto de Infração ou do débito declarado, conforme consta no art. 42, da Lei nº 7.014/96. Assim, manteve a ação fiscal sem nenhuma alteração.

## VOTO

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 acorreu 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 momento 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.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 028924.0034/11-7, lavrado contra **NMH BAR E RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.786,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR