

PROCESSO - A. I. Nº 282219.0401/05-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0263-03/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 09/11/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0382-12/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Acatado o recolhimento espontâneo do autuado, tendo em vista a falha ocorrida no Termo de Início de Fiscalização, relativamente à falta de comprovação de que o contribuinte tomou conhecimento do referido Termo. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela Colenda 3.ª JJF, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 7.851/00, contra a referida Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão n.º JJF 0263-03/05, que julgou pela Improcedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração refere-se à exigência de R\$496.173,73, de ICMS, acrescido da multa de 150%, tendo em vista que foi constatada a falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a março de 2005.

O autuado, em sua peça defensiva, alegou que os valores do imposto vencido foram quitados em 29/04/2005, com os acréscimos legais cabíveis em denúncia espontânea, tendo em vista que a empresa não estava sob ação fiscal. Salientou que, no dia 29/04/2005, acessou o *site* da SEFAZ e, utilizando os serviços disponíveis, emitiu o Documento de Arrecadação, tendo, na mesma data, procedido ao pagamento do imposto apurado, referente aos meses de janeiro a março de 2005, acrescido dos encargos moratórios devidos, conforme demonstrado à fl. 19, do PAF. Afirmou que a legislação prevê que o pagamento não realizado no vencimento poderá ser realizado antes de qualquer procedimento fiscal, conforme dispõem os arts. 138-B e 139, do RICMS, que transcreveu. Comentou sobre os dispositivos legais que deram suporte à lavratura do Auto de Infração, ressaltando que esses dispositivos adotados como fundamentos de validade da autuação conduzem à conclusão de que o autuado é responsável pela retenção e recolhimento do imposto como substituto tributário, não estando a se discutir, no presente processo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo. O autuado prosseguiu contestando a aplicação da multa, argumentando que “*sem pretender adentrar na discussão em torno da natureza jurídica da multa, se punitiva ou moratória, não há como se admitir multa tão exorbitante a ponto de afetar o patrimônio da defendente de maneira confiscatória, como se afigura no caso*”. Citou ensinamentos da doutrina sobre essa questão, argüindo, ainda, que não pode prosperar a multa aplicada de 150%, e ao contestar a cobrança da multa não está a pugnar pela declaração de inconstitucionalidade ou legalidade da lei, mas que deixe de aplicar os atos normativos que lhes dão suporte. Por fim, pediu a total improcedência do presente lançamento.

Em sua informação fiscal, o autuante afirmou que o presente Auto de Infração foi lavrado, tendo como Termo de Início de Fiscalização datado em 28/04/2005 à fl. 5, dos autos, que foi transmitido através de fax e de *e-mail*. Por isso, entendeu que, iniciada a ação fiscal, o contribuinte pede a espontaneidade, e mesmo tendo comprovado o pagamento da obrigação principal, a autuação deve ser considerada correta. Quanto à multa aplicada, disse também estar correta, conforme a legislação em vigor. Requereu a Procedência do Auto de Infração, bem como da multa aplicada.

Através do Acórdão JJF Nº 0263/03-05, a 3ª JJF julgou Improcedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) de acordo com o art. 98, I, do RPAF/99, a denúncia espontânea exclui a aplicação de multa por infração a obrigação tributária principal ou acessória a que corresponda a falta confessada, desde que acompanhada do comprovante de pagamento do débito e seus acréscimos, tendo o autuado acostado, à fl. 56 do presente processo, fotocópia das GNRE's para comprovar o recolhimento do tributo, consoante autenticação no dia 29/04/05;
- b) quanto ao Termo de Início de Fiscalização, cuja disciplina está prescrita no art. 28, do RPAF/99, deveria ter sido colhida a assinatura do contribuinte, ou em recibo, ou, pelo menos, deveria ter sido transcrito em livro próprio para que o sujeito passivo tomasse conhecimento de que se encontrava sob ação fiscal, o que não ocorreu no caso vertente; outrossim, há que se ressaltar que a hipótese de dispensa do mencionado Termo de Início de Fiscalização, é a intimação para apresentação de livros e documentos, o que não consta do PAF;
- c) no que tange à intimação do sujeito passivo para qualquer ato, o art. 108, II, do RPAF-BA, preceitua que poderá ser feita mediante remessa por via postal ou por qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento ou prova de entrega ao sujeito passivo, salientando-se que, à luz do art. 109, II, “b”, do citado Regulamento, considera-se efetivada essa intimação, efetuada por qualquer outro meio ou via, três dias após a sua expedição;
- d) na hipótese dos autos, o Termo de Fiscalização foi lavrado no dia 28/04/05, tendo sido enviado fax no mesmo dia; todavia, como não houve comprovação do recebimento por parte do contribuinte, o supra citado art. 109, II, “b”, do RPAF/99, estatui que se considera efetivada a intimação do sujeito passivo a partir do dia 02/05/05, ou seja, três dias após a expedição do Termo de Início de Fiscalização, quando se configuraria a falta de espontaneidade no pagamento do imposto; assim, como o autuado realizou o recolhimento do ICMS ora exigido no dia 29/04/05, entende-se que a espontaneidade está demonstrada, não estando caracterizada a infração;

VOTO

A Decisão prolatada no âmbito de Primeira Instância não merece qualquer reparo.

No que concerne ao Termo de Início de Fiscalização, prescrito no art. 28, do RPAF/99, caberia ao autuante, que assim não procedeu, ter colhido a assinatura do contribuinte, ter tomado o seu recibo, ou, pelo menos, ter sido transcrito em livro próprio para que o sujeito passivo tomasse conhecimento de que se encontrava sob ação fiscal.

Por outro lado, a única hipótese de dispensa do mencionado Termo de Início de Fiscalização, é a intimação para apresentação de livros e documentos, exigência legal que não está carreada aos autos.

Mas não é só. Ainda que entendamos que a intimação para o contribuinte é aquela prevista para qualquer ato – art. 108, II, do RPAF/99 – fato que ensejaria a possibilidade de sua remessa via postal ou por qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento ou prova de entrega ao

sujeito passivo, consigna o art. 109, II, “b”, do referido Diploma Legal, que a intimação estaria efetivada, em tais casos, tão-somente três dias após a sua expedição.

No caso vertente, o Termo de Fiscalização foi lavrado, como visto, em 28/04/05, data em que foi enviado o fax. Ocorre que, como não houve comprovação do recebimento por parte do contribuinte, aplica-se *in casu* a regra insculpida no art. 109, II, “b”, do RPAF/99, invocada alhures, razão pela qual considera-se efetivada a intimação do sujeito passivo a partir do dia 02/05/05, ou seja, três dias após a expedição do Termo de Início de Fiscalização.

Ora, como o contribuinte, espontaneamente, efetuou o recolhimento do tributo no dia 29/04/05, ou seja, dentro do trintídio legal, evidente que a espontaneidade do pagamento restou caracterizada, sendo manifestamente improcedente a infração fiscal, objeto do Auto de Infração e, conseqüentemente, a multa à mesma atinente.

Ex positis, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, mantendo *in totum* a referida Decisão que decretou a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração lavrado contra ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **282219.0401/05-5**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS