

A. I. Nº - 207140.0017/04-0  
**AUTUADO** - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A  
**AUTUANTE** - JAIR DA SILVA SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP METRO  
**INTERNET** - 18.02.05

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0021-03/05**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado nos autos que foi efetuado o recolhimento do tributo em data posterior à de início da ação fiscal. De acordo com a legislação, considera-se que o início da ação fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/10/2004, refere-se à exigência de R\$71.022,38 de ICMS, acrescido da multa de 150%, por falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Saídas internas de cimento para contribuintes varejistas no mês 09/2004.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 17 a 24 dos autos, alegando que somente em 26/10/2004 tomou conhecimento do presente Auto de Infração, quando apresentou ao autuante o documento de arrecadação devidamente quitado em 21/10/2004 (fl. 45), e o mesmo não considerou o mencionado documento, mantendo o lançamento em todos os seus termos. Ressaltou que, para efetuar o pagamento do imposto, acessou o site da Secretaria da Fazenda em 21/10/2004 e, utilizando os serviços disponíveis, emitiu o documento de arrecadação, efetuou o pagamento com acréscimos moratórios e/ou juros, totalizando R\$71.491,10. Disse que a legislação estabelece que o pagamento não realizado nas datas determinadas na Lei poderá ser efetuado antes de qualquer procedimento fiscal com as penalidades decorrentes do atraso. Citou os arts. 138-B, 139, 353 e 126, do RICMS/97. Prosseguindo, esclareceu que não discute a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, mas, o fato de que o tributo exigido foi devidamente recolhido, ou seja, não houve falta de recolhimento do imposto reclamado.

Quanto à multa aplicada, o defendente entende que não pode ser compelido a pagar multa sobre imposto já recolhido, a penalidade é totalmente impertinente, por considerar que não ocorreu descumprimento de obrigação tributária, apresentando o entendimento de que a multa tem natureza constitucional e confiscatória, e afetando o seu patrimônio, contraria o art. 5º, XXII, e art. 150, IV, da Constituição Federal. Neste sentido, citou a jurisprudência e ensinamentos da doutrina. Por fim, o autuado requer seja julgado totalmente improcedente o presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 49 a 51 dos autos, dizendo que o autuado encontrava-se sob ação fiscal desde 01/07/2004, deixou de recolher o imposto relativo à substituição tributária no prazo estabelecido no art. 126, I, do RICMS/97, isto é, no dia 15/10/2004. Ressaltou que foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (RUDFTO), fotocópia à fl. 05 dos autos, e o imposto foi exigido em

consonância com o art. 38 do RPAF/99, que prevê a lavratura de Auto de Infração sempre que, mediante ação fiscal em estabelecimento, for constatada infração à legislação tributária. Prosseguindo, disse que, estando o contribuinte sob ação fiscal, sem o pagamento do tributo na data estabelecida na legislação, cabe efetuar o lançamento mediante a lavratura do respectivo Auto de Infração, com a multa prevista no art. 42, V, “a”, da Lei 7.014/96. Por isso, entende o autuante que não pode prosperar a pretensão do autuado, devendo ser afastada qualquer hipótese de espontaneidade, por estar o contribuinte sob ação fiscal, cabendo apenas o acolhimento do valor pago para dedução do débito reclamado no presente lançamento. Pede a procedência o Auto de Infração em lide.

## VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, por falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes, nas vendas de cimento realizadas para contribuintes varejistas localizados neste Estado, no mês 09/2004.

Em sua impugnação, o autuado não contestou o valor do imposto exigido, e reconheceu a sua responsabilidade pelo lançamento e pagamento do ICMS retido, tendo alegado que efetuou o recolhimento antes de tomar conhecimento da lavratura do Auto de Infração em lide.

Entretanto, de acordo com a fotocópia da página 45 do livro RUDFTO (fls. 05/06 dos autos) ficou comprovado que a ação fiscal teve inicio em 01/07/2004, sendo prorrogada em 01/10/2004, além disso, o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/10/2004, e o imposto foi recolhido pelo sujeito passivo em 21/10/2004, não ficando caracterizada a alegada espontaneidade. Portanto, o autuado encontrava-se, efetivamente, sob ação fiscal na data em que foi efetuado o presente lançamento.

Outra alegação defensiva se refere à multa aplicada, tendo o contribuinte apresentado o entendimento de que a mesma é inconstitucional e confiscatória. Entretanto, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo regulamentar, consoante o disposto no art. 167, do RPAF/99.

Todavia, verifico que o valor exigido não decorreu de levantamento fiscal realizado pelo autuante, mas, foi apurado pelo próprio contribuinte e lançado em seu livro RAICMS, conforme fotocópias do mencionado livro juntadas aos autos pelo próprio autuante (fls. 07 a 09). Assim, entendo que deve ser retificada a multa, de 150% para 50%, consoante o art. 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207140.0017/04-0, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.022,38**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

