

A. I. N° - 282219.0401/05-5
AUTUADO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A
AUTUANTE - RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTENET - 29/07/2005

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0263-03/05

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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/04/2005, 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 subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a março de 2005.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 18 a 24), alegando que os valores do imposto exigido 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, e na mesma data procedeu 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. Disse que a legislação prevê que o pagamento não realizado no vencimento poderá ser efetuado antes de qualquer procedimento fiscal, conforme dispõem os arts. 138-B e 139 do RICMS-BA, que transcreveu. Comentou sobre os dispositivos legais que deram suporte à lavratura do Auto de Infração, ressaltando que esses dispositivos adotados como fundamento de validade da autuação conduzem à conclusão de que o autuado é responsável pela retenção e recolhimento do imposto como substituto tributário, e no presente processo não se discute a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo. O defendente prossegue 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, e afirmou que não pode prosperar a multa aplicada, de 150%, e ao contestar a cobrança da multa não pugna para que o esse órgão julgador declare inconstitucionalidade ou legalidade da lei, mas que deixe de aplicar os atos normativos que lhes dão suporte. Por fim, pede a total improcedência do presente lançamento.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 59/60 dos autos, dizendo que o presente Auto de Infração foi lavrado, tendo como Termo de Início de Fiscalização datado em 28/04/2005, à fl. 05 dos autos, que foi transmitido através de fax, e de e-mail. Por isso, entende que, iniciada a ação fiscal, o contribuinte perde a espontaneidade, e mesmo tendo comprovado o pagamento da obrigação principal, a autuação deve ser considerada correta. Quanto à multa aplicada, disse que

também está correta, conforme a legislação em vigor. Pede a procedência do Auto de Infração, bem como da multa aplicada.

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 subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a março de 2005, de acordo com os valores consignados na GUIA NACIONAL DE INFORMAÇÃO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (fls. 07 a 09).

Em sua impugnação, o autuado não contestou os valores do imposto exigido, e reconheceu a sua responsabilidade pelo lançamento e pagamento do ICMS retido, tendo alegado que efetuou o recolhimento em 29/04/2005, com os acréscimos legais cabíveis em denúncia espontânea, demonstrando o entendimento de que a empresa não estava sob ação fiscal.

De acordo com a informação fiscal prestada pelo autuante, foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização em 28/04/2005 (fl. 05), tendo sido enviado ao contribuinte por meio de fax e e-mail, sendo lavrado o presente Auto de Infração em 29/04/2005. Portanto, o autuante argumentou que não ficou caracterizada a alegada espontaneidade.

De acordo com o art. 98, inciso 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. Por isso, o defendente acostou à fl. 56 do presente processo, fotocópia das GNREs para comprovar o recolhimento do tributo, consoante autenticação no dia 29/04/05.

Quanto ao Termo de Início de Fiscalização, o art. 28 do RPAF/99, estabelece:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.”

De acordo com o dispositivo legal acima transcrito, no Termo de Início de Fiscalização deve ser colhida a assinatura do contribuinte, ou em recibo, ou pelo menos, deve ser transcrito em livro próprio para que o sujeito passivo tome conhecimento de que está sob ação fiscal, o que não ocorreu, no caso em exame, ressaltando-se 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 no PAF.

Relativamente a intimação do sujeito passivo para qualquer ato, o art. 108, inciso II, do RPAF-BA, estabelece que poderá ser feita mediante remessa por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento ou prova de entrega ao sujeito passivo, ressaltando-se que, consoante o art. 109, II, “b”, do citado Regulamento, considera-se efetuada essa intimação efetuada por qualquer outro meio ou via, três dias após a sua expedição.

Na situação em exame, o Termo de Início de Fiscalização foi lavrado no dia 28/04/05, e foi enviado por fax no mesmo dia, e, como não houve a comprovação do recebimento pelo contribuinte, o art. 109, II, “b”, do RPAF/99, estabelece que somente deve ser considerada efetivada a intimação ao sujeito passivo a partir do dia 02/05/05 (três dias após a expedição do Termo de Início de Fiscalização), quando se configuraria a falta de espontaneidade no pagamento do imposto. Como o autuado realizou o recolhimento do ICMS ora exigido no dia 29/04/05, entendo que a espontaneidade está demonstrada. Assim, considero que a infração apontada não ficou caracterizada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **282219.0401/05-5**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**.

Recorre-se de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR