

A. I. N° - 281331.0605/07-9
AUTUADO - ITAPISSUMA S/A
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20.09.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0287-01/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O próprio autuado admite ser o responsável pela retenção e recolhimento do imposto, em decorrência de previsão contida em norma pactual (protocolo) nesse sentido. Insurge-se contra a autuação argüindo que o imposto exigido fora recolhido espontaneamente, antes da intimação para ciência do teor do Auto de Infração. Restou comprovado nos autos que a ação fiscal, iniciada com a intimação ao contribuinte para apresentação de livros e documentos, ocorreu em data anterior aos recolhimentos realizados. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/06/2007, indica como total da infração ICMS no valor de R\$ 52.781,69, acrescido da multa de 150%, por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2006 e abril de 2007. Consta que não foi verificado o pagamento dos valores retidos com base nas informações contidas nas bases de dados da SEFAZ, conforme comprovação à fl. 15 referente aos meses omissos do exercício de 2006 e fls. 23/24, referente aos meses de 2007.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 32 a 38, na qual sustenta que o débito exigido na presente autuação já havia sido recolhido antes de ser intimado do Auto de Infração, conforme pesquisa que realizou no rastreamento dos Correios à fl. 48.

Afirma que o ICMS substituição relativo ao mês de setembro/2006 foi recolhido em 25/06/2006 e que o relativo aos meses de novembro e dezembro de 2006 e abril de 2007, foi recolhido em 05/07/2007, conforme comprovantes de recolhimentos que acosta aos autos. Salaria que a quitação foi feita com documentos de arrecadação emitidos pelo site da SEFAZ/BA, apresentando a composição dos valores recolhidos, inclusive, com os encargos moratórios. Reporta-se ainda sobre o recolhimento efetuado referente ao mês de abril/2007, afirmando que o valor apurado na autuação é inferior ao apurado e recolhido por ele.

Invoca o seu direito em realizar o recolhimento intempestivo, contudo, espontaneamente, segundo diz, com base no artigo 138-B, I e 139, do RICMS/BA, não havendo porque não se acatar os pagamentos realizados.

Admite que nos termos das Cláusulas Primeira e Quinta do Protocolo ICM nº 11/85 tem a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na condição de substituto tributário, e que a discussão no presente Auto de Infração se restringe ao fato de que o crédito tributário exigido já fora devidamente recolhido.

Assevera que a multa de 150% tem natureza confiscatória e afeta o seu patrimônio, contrariando o artigo 5º, XXII, e 150, IV, da Constituição Federal. Cita e transcreve lições de Sacha Calmon Navarro Coelho, para reforçar os seus argumentos. Manifesta o entendimento de que é dever de qualquer autoridade julgadora deixar de aplicar dispositivos legais que sejam inconstitucionais.

Conclui requerendo o julgamento pela improcedência total do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 51/56, esclarecendo que o PAF foi iniciado com a entrega via “AR” da intimação ao contribuinte para apresentação de documentos em 12/06/2007, conforme documentos às fls. 5 a 7 e fl. 49. Salaria que estes mesmos documentos foram também utilizados pelo autuado para justificar a espontaneidade quando registra o recebimento do Auto de Infração com registro de entrega de “AR” pela Empresa Brasileira de Correios.

Acrescenta que foi encaminhado, via “AR”, com registro na ECT “SR 65157582 7 BR”, em 11/06/2007, intimação (conforme fl. 6) ao contribuinte para apresentação de GNRE – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, referente aos meses de julho a dezembro de 2006 e janeiro a maio de 2007, sendo entregue em 12/06/2007, às 16h10m, conforme comprovação emitida no site da ECT às fls. 5 e 49. Evoca o artigo 26, III, do RPAF/99, para dizer que se considera iniciado o procedimento. Refere-se ainda ao artigo 108, II, do mesmo Diploma regulamentar, para dizer que restou comprovado e legalmente sustentado que o procedimento fiscal junto ao contribuinte foi iniciado em 12/06/2007.

Prosseguindo, diz que os pagamentos foram efetuados pelo contribuinte, sem o valor da multa, após o dia 12/06/2007, ou seja, nas datas de 25/06/2007 e 05/07/2007, não sendo concebível a espontaneidade, haja vista que a ação fiscal teve início em 12/06/2007. Assevera que a ciência do Auto de Infração não caracteriza o início da fiscalização como pretende o autuado.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado sustenta que o imposto exigido fora recolhido espontaneamente antes de ser intimado do Auto de Infração, haja vista que o ICMS substituição referente aos meses de setembro, novembro e dezembro de 2006 e abril de 2007 fora recolhido, respectivamente, em 25/06/2006 e 05/07/2007, conforme comprovantes de recolhimentos que acosta aos autos. Enfatiza que a quitação foi feita com documentos de arrecadação emitidos pelo site da SEFAZ/BA, apresentando a composição dos valores recolhidos, inclusive, com os encargos moratórios. Admite que nos termos das Cláusulas Primeira e Quinta do Protocolo ICM nº 11/85 tem a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na condição de substituto tributário, e que a discussão no presente Auto de Infração se restringe ao fato de que o crédito tributário exigido já fora devidamente recolhido.

Vejo também que o autuante contesta as razões defensivas, afirmando que os pagamentos foram efetuados pelo contribuinte, sem o valor da multa, após o dia 12/06/2007, ou seja, nas datas de 25/06/2007 e 05/07/2007, não sendo concebível a espontaneidade, haja vista que a ação fiscal teve início em 12/06/2007.

Nos termos do artigo 126, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, o procedimento fiscal se inicia, *no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização.*

Já o artigo 138, parágrafo único do Código Tributário Nacional – CTN, dispõe:

“Art. 138. 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.”

Consoante se observa da leitura do dispositivo legal acima transcrito, uma vez instaurado o procedimento fiscal, o primeiro efeito que decorre do ato é afastar a possibilidade de denúncia espontânea por parte do sujeito passivo da obrigação tributária relacionada com a infração. Não resta dúvida que a espontaneidade é excludente da responsabilidade tributária quando exercida oportunamente, ou seja, antes do início da ação fiscal.

No presente caso, o que se verifica nos autos é que o contribuinte fora intimado em 12/06/2007 para apresentação de livros e documentos, constando no Aviso de Recebimento “AR” à fl. 49, a assinatura da senhora Rosicleia Campos. Vê-se também que na data de 05/07/2007, a mesma senhora assinou o “AR” à fl. 30, relativo ao Auto de Infração em exame.

Portanto, não procede a alegação defensiva de que apenas em 05/07/2007 teve conhecimento da ação fiscal. Na realidade, o início da ação fiscal se deu em 12/06/2007 afastando a espontaneidade pretendida pelo autuado, conforme acima explicitado.

Assim, constatada a existência de crédito tributário, a sua exigência deve ser formalizada através do Auto de Infração, conforme feito corretamente pelo autuante. Ressalto que a alegação defensiva de que as guias de recolhimento foram emitidas no site da SEFAZ/BA, não pode ser considerada para caracterização da espontaneidade, pelas razões acima expostas.

Registro, ainda, que o autuado reconheceu parcialmente a existência do débito e recolheu o imposto, insurgindo-se exclusivamente contra a aplicação da multa de 150%.

Diante do exposto, correto o lançamento do crédito tributário, já que, nas vendas para este Estado de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, havendo acordo (protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe a este efetuar o recolhimento no prazo regulamentar, o que não foi feito pelo autuado.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada por ser confiscatória, vale observar que esta tem previsão no artigo 42, inciso V, da Lei nº. 7.014/96, falecendo competência a este órgão julgador à sua apreciação, no termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Por derradeiro, registro que no demonstrativo de débito do Auto de Infração foi consignado erroneamente o valor total do débito de R\$ 52.781,69, haja vista que no mês de abril de 2004, apesar de constar na coluna “Valor Histórico” o valor de R\$ 3.346,56, por equívoco foi indicado na coluna “Valor em Real” o valor de R\$ 10.725,66, resultando no valor total acima referido de R\$ 52.781,69.

Assim, computando-se corretamente o valor de R\$ 3.346,56 indicado no demonstrativo de débito do Auto de Infração na coluna “Valor em Real”, o total do ICMS devido é de R\$ 45.402,59. Infração subsistente.

Voto pela procedência do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281331.0605/07-9**, lavrado contra **ITAPISSUMA S/A**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 45.402,59**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação da quantia recolhida.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR