

**PROCESSO** - A. I. Nº 110428.0022/09-8  
**RECORRENTE** - ZADIMEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0110-04/10  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 08/07/2011

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0199-11/11

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o imposto retido foi recolhido após o início da ação fiscal o que elimina o caráter de espontaneidade sendo devido o pagamento da multa correspondente. Não acatado o pedido de dispensa da multa. Infração subsistente. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – através do Acórdão nº 0110-04/10 - que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, com imposto no valor de R\$105.359,55 e multa de 150%. Consta na descrição dos fatos que se refere aos meses de maio e junho/09, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS e da Declaração e Apuração Mensal (DMA).

Em Primeira Instância, o Relator da JJF proferiu o seguinte voto pela Procedência da autuação, *in verbis*:

*“..O Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Na defesa apresentada o autuado contestou que no momento da lavratura do Auto de Infração já tinha promovido o recolhimento do imposto ora exigido o que foi contestado pela autuante. Pela análise dos elementos constantes do processo verifico que conforme documento juntado à fl. 8, o estabelecimento autuado foi intimado no dia 31/07/09 para apresentar os livros de Apuração de ICMS; RUDFTO; DAEs e DMAs relativas aos meses de maio e junho/09. Foi acostado às fls. 10/23 cópia do livro RAICMS e DMAs cujos valores exigidos foram apurados pelo recorrente às fls. 10 e 11. Observo que conforme disposto no art. 26, III do Decreto nº 7.629/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento em que a empresa for intimada por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. Na situação presente, a fiscalização expediu intimação específica em 31/07/08 (fl. 8) para apresentar livros, DMAs e DAEs para comprovar o recolhimento do ICMS devido por antecipação relativo aos meses de maio e junho/09. Portanto, ao promover o pagamento em 03/08/09 o contribuinte já estava sob ação fiscal o que elimina o caráter de espontaneidade do recolhimento que deveria ter sido feito até os dias 25/06/09 e 25/07/09 respectivamente, sendo, todavia, cabível a imposição de multa de 150% do valor do imposto retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96. Logo, está correto o procedimento da fiscalização. No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 150% é prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Quanto ao pedido de dispensa do pagamento da multa aplicada, não pode ser acolhido por esta Junta de Julgamento tendo em vista que o pedido de redução de multa decorrente de obrigação principal é de*

*competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.”.*

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 60 a 69 - pleiteando a modificação da Decisão recorrida trazendo os mesmos argumentos apresentados em sua peça defensiva, a saber, em síntese:

- I. que o Auto de Infração foi lavrado na data de 11/08/2009, mas a obrigação já havia sido quitada desde a data de 03/08/2009, ou seja, nove dias antes da lavratura do Auto de Infração, ressaltando que os valores pagos atingiram o montante de R\$110.791,61, compreendendo o valor do principal, mais os acréscimos de juros e encargos de mora, sendo totalmente improcedente a exigência fiscal;
- II. que estando quitada a obrigação principal nada pode ser cobrado pelo Estado da Bahia no que se refere aos acessórios descritos no Auto de Infração - multa de 150% - pois esta somente poderia ter sido aplicada se, e somente se, houvesse ainda em aberto a obrigação do pagamento do ICMS retido na data da lavratura do Auto de Infração;
- III. que a intimação datada de 31/07/08 teve como pedido a apresentação de livros, DMAS e DAES, todos devidamente apresentados, inclusive os DAES quitados.
- IV. que a multa exigida é confiscatória, além de ferir o princípio da capacidade contributiva e da proporcionalidade, citando doutrina e jurisprudência que entende corroborarem sua tese, requerendo, ao final, sua dispensa.

Em seu Parecer opinativo – às fls. 75 a 77 - a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimto do Recurso Voluntário, asseverando que as razões recursais são insuficientes para elidir a infração imputada e reformar a Decisão recorrida, ao tempo que ressalta que a alegação de inconstitucionalidade da multa não pode ser apreciada pelo CONSEF, em face do art. 167, I, do RPAF/BA, e que o princípio constitucional que veda a criação de tributo, com efeito confiscatório não alcança as multas, que possuem natureza jurídica diversa do tributo.

Ressaltou, ainda, em relação ao pedido de dispensa de multa, que falece competência à Câmara de Julgamento Fiscal para sua apreciação, haja vista o disposto no art. 159, §1º do RPAF/BA. Por fim ressaltou que o pagamento do tributo exigido apenas materializou-se após o início do procedimento fiscal, em consonância com os termos do art. 26, inciso II, o que descaracteriza a natureza espontânea do pagamento.

## VOTO

Inicialmente, devemos de logo afastar a alegação de ofensa aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da proporcionalidade em relação à multa cominada, visto que esta encontra previsão legal na lei instituidora do ICMS deste Estado – Lei nº 7.014/96 - diploma normativo em relação ao qual não pesa qualquer pecha de inconstitucionalidade.

Registre-se, ainda, como bem consignou a procuradora que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS nos autos, que o princípio constitucional que veda a instituição de tributo, com efeito confiscatório é inaplicável às multas, já que estas têm natureza jurídica diversa do tributo, porquanto a multa é uma espécie de sanção pelo descumprimento de uma obrigação tributária, já que visa a punir tal descumprimento.

Por outro lado, o pedido de dispensa da multa não merece a mínima guarida, visto que em se tratando de multa pelo descumprimento de obrigação principal, apenas caberia tal dispensa ao apelo da equidade, nos termos do art. 159 do RPAF/BA, cuja competência cabe à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda, falecendo competência a esta Câmara de Julgamento para tal apreciação.

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente, visto que a sua alegação de que não cabe a exigência do imposto em tela, com os acréscimos devidos, inclusive multa, porquanto já recolhido antes da lavratura do Auto de Infração epigrafado, não merece acolhida, visto que a espontaneidade arguida em seu recolhimento não se caracterizou, já que o pagamento do imposto - datado de 03/08/2009, ocorreu apenas após o início do procedimento fiscal, que se deu mediante a intimação de fl. 05, datada de 30/07/2009, com ciência por parte do sujeito passivo na data de 31/07/2009.

Ressalte-se que, conforme o art. 26, inciso III do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal com a intimação, por escrito, ao contribuinte, o que afasta a espontaneidade, apenas caracterizada, nos termos do art. 95 do mesmo diploma regulamentar, ambos abaixo transcritos:

*“Art. 26 - Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

*I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;*

*II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

*III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento, e-  
xibir elementos solicitados pela fiscalização ou efetuar o recolhimento de tributo;*

*IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.”.*

*“ Art. 95. - No caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontanea-  
mente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pa-  
go na época própria, observar-se-á o seguinte:”. Grifos nossos*

Do exposto, como bem consignou a Decisão recorrida, correta a exigência fiscal, visto que os valores de ICMS retidos e não recolhidos nos meses de maio e junho de 2009 apenas foram pagos em momento subsequente ao início do procedimento fiscal, quando deveriam ser pagos até os dias 25/06/09 e 25/07/09, respectivamente, sendo devida a multa cominada, no percentual de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, com homologação dos valores já recolhidos.

Do exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110428.0022/09-8**, lavrado contra **ZADIMEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.359,55**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2011.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS