

PROCESSO - A. I. Nº 080556.0003/10-4
RECORRENTE - MIZU S/A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 4º JF nº 0098-04/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 14/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0245-12/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O pagamento após o início da ação fiscal não afasta a multa e não elide a infração. Ilícito tributário caracterizado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que impugnou a Decisão da 4ª JF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/08/2010, para exigir ICMS no valor de R\$ 508.526,36, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, em razão de falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Foi consignado que o lançamento diz respeito à falta de recolhimento do ICMS-ST nos meses de março, abril e maio de 2010, e recolhimento a menos em junho de 2010, sendo que, em relação a este último período, o autuado reteve o tributo no montante de R\$ 198.566,77 e recolheu intempestivamente, em 27/08/2010, com acréscimos, o valor de R\$ 197.108,48.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“Importa registrar que a apresentação dos e-mails de fls. 54 a 57 não implica em necessidade de converter o feito em diligência para que o sujeito passivo seja notificado da juntada dos mesmos, seja porque são documentos que comprovadamente já se encontram em sua posse, seja porque em nada importam para o deslinde da presente contenda administrativa, consoante o que será exposto abaixo.

Da análise do Termo de Início de Fiscalização de fl. 15, percebo que a ação fiscal foi iniciada no dia 12/07/2010, em obediência ao art. 28, I do RPAF/99. Não seria razoável exigir a assinatura de preposto do sujeito passivo para conferir legitimidade ao mencionado documento, posto que localizado em outro Estado.

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;
(...).*

Todos os pagamentos comprovados às fls. 23 a 31 foram realizados após o início dos trabalhos de fiscalização, pelo que não têm o caráter de denúncia espontânea ou força para afastar a aplicação da multa cominada e a procedência da autuação (arts. 95 a 99, RPAF/99).

Inclusive, nos termos do registro da autuante de fl. 01, não contestado pelo impugnante (art. 140, RPAF/99), o pagamento concernente ao mês de junho de 2010 – no total de R\$ 197.108,48 – que resultou no lançamento da quantia de R\$ 1.458,29 neste mês, em função de o montante retido ter sido de R\$ 198.566,77, também foi efetuado após o início da ação fiscal, no dia 27/08/2010. Assim, o lançamento com data de ocorrência de 30/06/2010 mostra-se menor do que aquele que seria pertinente, e por isso represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já pagos.”.

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da supracitada JJF, interpôs Recurso Voluntário, requerendo o cancelamento do Auto de Infração, diante da nulidade do lançamento efetuado.

Em sede de preliminar, esclareceu que efetuou o pagamento do ICMS-ST erroneamente, ao estado de origem, ou seja, o Espírito Santo, havendo um equívoco na contabilidade da empresa. Porém, ao perceber o erro cometido, procurou a competente repartição fazendária, a Fazenda Estadual do Estado da Bahia, para o pagamento do débito (Março/2010, Abril/2010, Maio/2010 e o recolhimento a menos no mês de Junho/2010), com as respectivas atualizações.

Arguiu a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista, que o pagamento tributário ocorreu nas datas de 03/09/2010 e 17/09/2010, e que a notificação da autuação foi recebida apenas em 15/09/2010, com o pagamento já feito anteriormente. Assim sendo, requereu o cancelamento do Auto de Infração e o reconhecimento e a consequente homologação do pagamento das quantias devidas, referentes aos períodos de 04/2010, 05/2010, 06/2010 e 07/2010 do ICMS ST vencido.

Em mérito, o recorrente ressaltou que se atentando ao fato de ter realizado erroneamente o pagamento da devida quantia ao Estado do Espírito Santo, procurou a competente repartição Fazendária, Fazenda Estadual do Estado da Bahia, onde efetuou o pagamento do débito com a devida correção e juros. Ao analisar o art. 138 do Código Tributário Nacional, concluiu que se caracterizou o instituto da denúncia espontânea, em que é efetuado o pagamento do débito antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização específica com a infração, afastando aplicação de penalidade administrativa. Este é também o entendimento do doutrinador Sergio Andre R. G. da Silva e da jurisprudência apresentada.

De acordo com a peça recursal, ao aplicar as sanções na esfera tributária deve-se observar harmoniosamente os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, prevenindo possível arbitrariedade por parte da administração pública. Arguiu que com relação ao caso concreto, como mencionou várias vezes em fase de Recurso, houve um equívoco na contabilidade da empresa, mas, ao tomar ciência do fato ocorrido, agiu com intenção de saldar sua dívida perante a Fazenda Pública. Apresentou jurisprudências que trazem decisões baseadas nos princípios supracitados, com a finalidade, do caso em epígrafe, de ser analisado de acordo com estes, e desta forma, reconhecer e homologar o pagamento efetuado do montante do ICMS referente aos períodos de 03/2010, 04/2010, 05/2010 e parte de 06/2010.

Por fim, segundo o recorrente, houve abusividade na multa aplicada de 150%, com base na vedação do confisco e também no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Ressaltou, que as multas com índices exorbitantes são comumente aplicadas pelas Fazendas Públicas, e que segundo a doutrina e a jurisprudência vem demonstrando, estas devem ser, no mínimo, proporcionais aos ilícitos cometidos, o que não observou no caso em epígrafe, tendo em vista que decorreu de um equívoco na contabilidade.

Em seguida, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise e Parecer, onde a i. Procuradora, Dra. Maria José R. Coelho Lins de A. Sento Sé, diante das alegações recursais que versam sobre: a nulidade do lançamento em decorrência do recolhimento anterior às lavratura do Auto de Infração; denúncia espontânea; recolhimento efetivado ao Espírito Santo, abusividade da multa; e utilização dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade em razão do pagamento, considerou cabível a conversão do feito em diligência fiscal, para que a ASTEC refaça o demonstrativo do débito, excluindo os valores pagos pelo contribuinte antes de sua ciência acerca da ação fiscal.

Na assentada de pauta suplementar do dia 27/10/2011, na condição de Relator do presente PAF, verifiquei que o fulcro da controvérsia está nos documentos acostados pelo autuante, usado como seu argumento da legal notificação acerca do início da ação fiscal. Porém, tal questão cinge-se a matéria jurídica de direito acerca da validação desses documentos como meio de prova da alegação controversa. Dessa forma, para o julgamento do feito não se faz necessário qualquer

diligência à ASTEC. Assim sendo, ficou indeferido o pedido de diligência e os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS.

Em Parecer conclusivo da i. Procuradora, Dra. Maria José R. Coelho Lins de A. Sento Sé, ficou expresso o entendimento de que existem argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão, não havendo dúvida de que não foi dada a ciência ao contribuinte, acerca da ação fiscal, sendo assim, os valores do débito tributário pagos antes de qualquer ciência, comprovam o pagamento espontâneo, e por isso mesmo, sem a incidência de multa. Porém, ressaltou, que o valor recolhido em 17/09/2010, após a ciência do procedimento fiscal, não tem o condão de descaracterizar a infração fiscal, nem tampouco a incidência de penalidade.

Asseverou, também, que a multa aplicada no lançamento tributário está em plena harmonia com os termos preconizados do art. 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Por fim, registrou que o pedido de constituição da multa aplicada, em decorrência do seu suposto efeito confiscatório, haverá de ser afastado, em estrita obediência aos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Desta maneira, opinou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário. Este Parecer foi convalidado por Despacho da i. Procuradora Assistente, Dra. Aline Casali Bahia.

VOTO

Analisando os autos, pude constatar que o cerne da questão está em se verificar se o recorrente tomou ciência com base nas exigências legais de certificação do início da ação fiscal, nos termos previstos no RPAF/99. Desse modo, pode se estabelecer se o pagamento efetuado pelo sujeito passivo teve o caráter de denúncia espontânea, como alegado na peça recursal do sujeito passivo.

Conforme se depreende dos documentos compulsados, o recorrente efetuou os pagamentos devidos constantes no lançamento de ofício em 03/09/2010 e 17/09/2010. Todavia, alega que só tomou ciência da ação fiscal no dia 15/09/2010.

Superando a questão de possível nulidade da autuação em tela, com base no que prevê o art. 155, passo para análise do mérito. Nesta seara, não vislumbro qualquer prova que demonstre cabalmente que o recorrente tenha sido cientificado, antes de 15/09/2010, acerca da ação fiscal, nos termos legais previstos.

Ora, o RPAF/99 estabelece no seu art. 26 que o início do procedimento fiscal deve ser considerado no momento da lavratura do Termo de Início da Fiscalização. O art. 28, do mesmo dispositivo legal, esclarece que tal início só fica caracterizado, como meio legal para o lançamento de ofício, se houver sido colhida à assinatura do intimado no próprio Termo de Início ou em Recibo Próprio, a menos que seja transcrito diretamente em livro fiscal do próprio contribuinte, sempre com a indicação de dia e hora da lavratura. Tal determinação é corroborada pelo previsto no art. 196 do CTN.

De fato, fica caracterizado, com meridiana clareza, que tais condições não foram atendidas na autuação, já que não se encontra firmada no Termo de Início de Fiscalização, acostado à fl. 15 dos autos, ou em recibo próprio, qualquer assinatura de ciência do recorrente, nem tampouco foi transcrito em livro fiscal do mesmo. O único documento, com força legal, dando ciência ao contribuinte do procedimento fiscal está acostado à fl. 18 dos autos e datado de 15/09/2010. Portanto, tal certificação foi posterior aos pagamentos das parcelas devidas efetuadas pelo sujeito passivo em 03/09/2012, excetuando-se o pagamento de 17/09/2010, este sim, feito após a ciência da ação fiscal.

Por conseguinte, alinhando-me com o entendimento exarado no Parecer da nobre PGE/PROFIS, tais pagamentos configuram-se denúncia espontânea e deve ser afastada a incidência de qualquer multa sobre os valores pagos. O mesmo não se aplica para o valor pago em 17/09/2010, pelo fato de, neste caso, não se tratar de denúncia espontânea.

Enfim, por tudo quanto analisado, à luz dos documentos acostados e da legislação aplicável, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto, remanescendo apenas o débito no valor de R\$1.458,29, devendo ser homologado o recolhimento já efetuado conforme documento de fls. 59 a 63.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 080556.0003/10-9, lavrado contra **MIZU S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.458,29**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS