

PROCESSO - A. I. Nº 019290.0011/03-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LIGHT SHOES COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 11/08/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0257-12/05

EMENTA: ICMS. RETIFICAÇÃO DE MULTA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Representação proposta com base no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que fosse retificado o percentual da multa pelo não-recolhimento e recolhimento a menos do imposto, por ocasião da aquisição interestadual de mercadorias, na qualidade de sujeito passivo por substituição, de 60% para 50%, nos termos do art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 7.357/98. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada de ofício, na assentada. Representação **ACOLHIDA**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

A PGE/PROFIS, com fundamento no § 1º do art. 119 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), submete à apreciação deste CONSEF a presente representação, visando a modificar a multa aplicada no Auto de Infração em epígrafe, por entender que as infrações imputadas ao recorrido estão sujeitas à multa de 50% em vez de 60%, conforme consta nos Acórdãos JJP Nº 0114-02/04 e CJP Nº 0236-12/04.

O Auto de Infração em comento foi lavrado para exigir a antecipação do ICMS, no valor de R\$4.232,07, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sendo R\$3.548,04 pela falta do recolhimento do imposto decorrente dos estoques de calçados existentes em 28/02/03, consoante demonstrativos às fls. 30 a 45 dos autos, e R\$684,03 relativos ao recolhimento a menos nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária (calçados).

Por meio do Acórdão JJP nº 0114-02/04 (fls. 85 e 86) o Auto de Infração foi julgado procedente. O contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 92 e 93), onde solicitou a reforma da Decisão recorrida. A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJP Nº 0236-12/04 (fls. 127 a 129), Negou Provimento ao Recurso Voluntário interposto.

Em ambas as Decisões citadas acima, o recorrente foi intimado “*para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$4.232,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.*”

Decorrido o prazo legal para o pagamento do débito, o processo foi encaminhado para a inscrição em Dívida Ativa.

As ilustres procuradoras do Estado da Bahia, Dra. Verônica S. de Novaes e Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, representam a este CONSEF, com fulcro no § 1º do art. 119 do COTEB, para que seja “*alterado o percentual fixado a título de multa pelo não recolhimento antecipado, bem assim a menor, pela Light Shoes Comércio de Calçados Ltda., na qualidade de sujeito passivo por substituição, do ICMS, por ocasião da aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nas datas de ocorrência a que alude a peça de fls. 01/03 (28 de fevereiro de 2003, 31 de maio de 2003 e 31 de julho de 2003)*”.

Após ressaltarem que os fatos geradores em tela ocorreram no período de 28/02/03 a 31/07/03, quando o recorrido estava enquadrado como empresa de pequeno porte, as ilustres procuradoras do Estado da Bahia afirmam que a multa foi aplicada em percentual superior ao previsto no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96. Explicam que esse dispositivo legal estabelece, como multa pela falta de recolhimento do imposto devido por empresa de pequeno porte, na entrada de mercadoria sujeita à antecipação tributária ou substituição tributária, quando procedente de fora do Estado, o percentual de 50%. Também salientam que a tipificação legal utilizada no presente Auto de Infração (art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96) não corresponde à descrição do fato pelo qual o recorrido foi autuado. Ao finalizarem, aduzem que a autorização pleiteada implica a realização de nova intimação do contribuinte e a reabertura do prazo de defesa.

Instada a se pronunciar nos autos, a doutora Leila Von Söhsten Ramalho, procuradora do Estado da Bahia, acolheu a representação citada acima, no que tange à redução do percentual fixado a título de multa de 60% para 50%, por entender que a hipótese verificada nos autos se enquadra no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96. Todavia, discordou da necessidade de reabertura do prazo de defesa, já que não implicaria qualquer prejuízo para o recorrido e, para fundamentar o seu entendimento, citou o art. 249, § 1º, do CPC, que prevê que “o ato não se repetirá nem lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”.

Em despacho à fl. 155, o procurador chefe da PGE/PROFIS ratificou a representação apresentada.

Na sessão de julgamento, foi suscitada de ofício a nulidade da infração 1, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que há divergência entre a acusação constante no Auto de Infração e os demonstrativos correspondentes.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade da infração 1, suscitada de ofício na sessão de julgamento, pois entendo que, apesar de haver divergência entre a irregularidade descrita no Auto de Infração e os demonstrativos correspondentes, o recorrido entendeu a acusação que lhe foi feita e se defendeu abordando os diversos aspectos da exigência fiscal. Examinando a defesa interposta (fl. 68 e 69), o Acórdão JFJ Nº 0114-02/04 (fls. 85 a 86), o Recurso Voluntário (fls. 92 e 93) e o Acórdão CJF Nº 0236-12/04 (fls. 127 a 129), depreendo que o recorrido e os julgadores entenderam perfeitamente que a infração 1 é referente à falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária relativamente aos “calçados” existentes em estoques em 28/02/03. Dessa forma, não há razão para se declarar a nulidade da infração 1.

No tocante a apreciação da representação observo que a PGE/PROFIS argumenta que, como o recorrido estava inscrito como empresa de pequeno porte, a multa a ser aplicada em razão da falta de recolhimento e do recolhimento a menos do imposto devido por empresas de pequeno porte, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado é a prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50%.

Da análise da descrição dos fatos consignada no Auto de Infração (fl. 2) e dos demonstrativos da apuração do imposto (fls. 13, 19, 20, 30 e 31/45), constato que o recorrido foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS devido por antecipação tributária relativamente aos “calçados” existentes em estoques em 28/02/03 (infração 1) e de ter recolhido a menos o ICMS devido por antecipação tributária referente às aquisições interestaduais de “calçados” (infração 2). Por seu turno, o extrato do INC – Informações do Contribuinte – anexado à fl. 148 dos autos comprova que, na época da ocorrência dos fatos geradores, o recorrido estava enquadrado como uma empresa de pequeno porte.

Considerando as acusações feitas ao recorrido e a sua condição de empresa de pequeno porte, o meu posicionamento sobre a representação em comento é o seguinte:

INFRAÇÃO 1: Em 28/02/03 (ver fls. 30 a 45), os “calçados” relacionados nessa infração já estavam integrados ao estoques do recorrido e, portanto, não se pode dizer que o imposto em questão era devido no momento da entrada das mercadorias. Nesse ponto, é importante ressaltar que o Decreto nº 8413/02, que incluiu os “calçados” no inc. II do art. 353 do RICMS-BA, só passou a ter efeitos a partir de 01/03/03. Além disso, pelos elementos existentes nos autos, não se pode afirmar que os “calçados” em estoque foram adquiridos em outras unidades da Federação.

Com o devido respeito ao posicionamento da PGE/PROFIS, entendo que, no que tange à infração em tela, não estão consubstanciados todos os elementos necessários para a aplicação da multa prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, pois, apesar de o recorrido na época ser uma empresa de pequeno porte, o imposto em questão não era devido no momento da entrada das mercadorias e não ficou comprovado que as mercadorias eram procedentes de outros Estados. Considero que a multa indicada no lançamento, no percentual de 60% (art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96), é a cabível para a irregularidade cometida pelo recorrido (falta de recolhimento do imposto devido por antecipação sobre as mercadorias existentes em estoques em 28/02/03, conforme previsto no art. 12 do Decreto nº 8.413/02). Ressalto que, com a redação dada pela Lei nº 7.981/01, a alínea “d” do inc. II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 passou a ser aplicada a empresas normais e/ou enquadradas no regime do SimBahia.

INFRAÇÃO 2: Com relação a essa infração (recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária referente às aquisições interestaduais de “calçados”) entendo que a representação deve ser acolhida, pois a multa cabível, para as empresa de pequeno porte, é a prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima exposto, voto pelo ACOLHIMENTO PARCIAL da representação interposta, mantendo a multa aplicada na infração 1, no percentual de 60%, e retificando a aplicada na infração 2 para 50%.

VOTO DISCORDANTE (Quanto à Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício)

Concessa venia, não há como manifestar a minha aquiescência quanto ao voto prolatado pelo eminente Relator, no que concerne à infração 2. Senão, vejamos.

Da análise dos autos verifico que a autuação, quanto à infração 2, foi fundamentada no "*recolhimento a menos inerente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária*", à luz do quanto delineado, de forma clara, no instrumento que corporificou a autuação.

Salta aos olhos, todavia, que a memória de cálculo acostada ao referido instrumento se refere a infração outra, que não aquela objeto de autuação, qual seja, falta do recolhimento do imposto decorrente do levantamento quantitativo de estoque, conforme constou, inclusive, do relatório da Douta Junta de Julgamento Fiscal.

Ora, tendo a autuação sido lavrada por decorrência de um comportamento e verificando-se, no curso da instrução processual, que outra fora a infração praticada pelo contribuinte, inquinada de nulidade se apresenta a ação fiscal.

Outrossim, o argumento do eminente Relator de que o contribuinte compreendeu a infração, tendo, inclusive, dela se defendido, não tem o condão de afastar a flagrante nulidade, posto que evidente ter a autuação se baseado nas mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, aplicando-se, *ad absurdum*, memória de cálculo e multa correspondente a infração absolutamente distinta daqueloutra, o que induziu a defesa em erro e redundou em manifesta violação do direito de defesa do contribuinte.

A clareza solar com que se apresenta a nulidade da presente ação fiscal é tão evidente que ensejou a interposição da presente representação por parte da PGE/PROFIS, para que fosse

adequada a multa à infração objeto de autuação (falta de recolhimento do imposto decorrente da aquisição de mercadorias advindas de outras unidades da Federação), ao invés da constante da memória de cálculo e erroneamente aplicada na autuação (falta de recolhimento do imposto decorrente do levantamento quantitativo de estoque).

Ex positis, pedindo vênia ao nobre Relator, em face do vício insanável que contamina a presente ação fiscal, redundando em cerceamento do direito de defesa, voto no sentido de decretar a NULIDADE da infração 2, objeto de autuação.

VOTO VENCEDOR

Divirjo do Sr. relator, pois a representação deve ser totalmente acolhida, reduzindo-se a multa de 60% para 50%, em ambas infrações, pois não há nos autos qualquer evidência probatória que indique que os calçados, mercadoria objeto da antecipação dos estoques, não seja originário de outras unidades da Federação, de forma que é aplicável ao caso a norma do art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, pelo fato de o autuado ser enquadrado no regime de apuração simplificada do ICMS (SimBahia). Trata-se de questão que demandaria prova em contrário da autoridade fiscal que lançou o tributo e cominou a respectiva penalidade. No caso presente, deve ser adotada a seguinte interpretação: na aplicação de penalidades deve imperar o princípio “*in dubio pro contribuinte*”. Dessa forma, voto pelo acolhimento da Representação da Procuradoria Estadual.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade de presidente, **ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar Suscitada de Ofício): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DISCORDANTE (Quanto à Preliminar Suscitada de Ofício): Conselheiro Nelson Antonio Daiha Filho, Fauze Midlej e José Carlos Barros Rodeiro.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DISCORDANTE (Quanto à Preliminar Suscitada de Ofício)

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS