

**PROCESSO** - A. I. Nº 178891.6021/07-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS D.J.M. LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 2ª CJF nº 0199-12/09  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 25/05/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0089-11/10

**EMENTA:** ICMS. ALTERAÇÃO DE MULTA. SEGUNDA E TERCEIRA INFRAÇÕES. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja alterada a multa de 50% para 60%, referente aos itens 1 e 2 da infração 2 e 4 a 6 da infração 3, tendo em vista que nas datas das ocorrências dos fatos geradores da obrigação tributária, o contribuinte se encontrava inscrito como empresa normal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, subscrita pela Drª. Paula Gonçalves Morris Matos, com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, do RPAF/99, dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, para que seja modificada a multa de 50% - prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº. 7.014/96 - para a multa de 60%, capitulada no art. 42, II, “d”, da citada Lei nº. 7.014/96, concernente aos itens 1 e 2 da infração 2, aplicada pelo recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, bem como relativamente aos itens 04 a 06 da infração 03, aplicada pelo recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, por ficar comprovado que, à época dos fatos, se tratava de contribuinte inscrito como empresa normal (fl. 424), representando, assim, ao CONSEF para supressão da ilegalidade flagrante na aplicação da multa no caso em apreço.

Ao promover o saneamento do PAF, a DARC/GECOB observou a existência de erro na aplicação da penalidade imposta ao autuado, quando da Decisão prolatada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº. 0199-12/09, sugerindo à PGE/PROFIS a Representação ao CONSEF visando alterar a multa indevidamente culminada.

Aduz a ilustre procuradora que, em seu art. 42, II, “d”, a Lei n 7.014/96, fixa, a título de multa, nos casos de antecipação tributária (inclusive parcial), em razão do não recolhimento do ICMS pelas empresas normais, o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto.

Salienta, ainda, a PGE/PROFIS que o art. 144 do CTN, por sua vez, dispõe que o lançamento – procedimento administrativo de determinação do crédito tributário, mediante a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, da matéria tributável, da efetuação do cálculo do montante do tributo devido, da identificação do sujeito passivo e, sendo o caso, da propositura da aplicação da penalidade cabível – se reporta à data da ocorrência do fato gerador da obrigação. Assim, segundo a ilustre procuradora, mister se faz reconhecer que, apresentando, o contribuinte, à época dos fatos geradores das infrações supra mencionadas, a condição de empresa normal, dever-lhe-ia ser dispensado tratamento compatível. ... ocorreu na hipótese dos autos.

Assim, deflui a PGE/PROFIS que, de fato, assiste razão à GECOB quanto à guerreada alteração do percentual fixado a título de multa pelo não recolhimento do ICMS por antecipação, devido por empresa normal, com supedâneo no art. 42, II, “d”, da Lei nº. 7.014/96. Neste sentido, conclui que a autuação fiscal resta maculada neste particular, devendo ser alterado o percentual da multa inserto na Resolução do Acórdão CJF nº. 0199-12/09, referente aos itens 1 e 2 da infração 2, bem como aos itens 4 a 6 da infração 3 (demonstrativo de débito de fl. 02), nos moldes acima articulados.

Através de despacho, à fl. 443, verso, dos autos, a interposição foi acolhida pela procuradora assistente, em exercício, da PGE/PROFIS, Dr<sup>a</sup>. Sylvia Amoêdo.

## VOTO

No exercício do controle de legalidade a PGE/PROFIS interpõe Representação ao CONSEF para que retifique o Acórdão CJF nº. 0199-12/09, a fim de alterar a multa de 50% para 60%, relativa aos itens 1 e 2 da infração 2 e aos itens 4 a 6 da infração 3, tendo em vista que se trata de recolhimento a menor da antecipação parcial do ICMS, como também de recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, devido por contribuinte inscrito como empresa normal à época dos fatos geradores, ocorridos entre os meses de abril a julho de 2005, conforme documento à fl. 424 dos autos, cuja multa está prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº. 7.014/96.

Cumprindo, portanto, os termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado, por seu órgão próprio, para efetuar o controle de legalidade em momento precedente à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, vem representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº. 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja alterada a multa aplicada no presente Auto de Infração, adotando o percentual de 60%.

Mediante consulta ao “Histórico de Condição”, apenso à fl. 424 do PAF, é irrefutável a condição de que o sujeito passivo se encontrava enquadrado no Cadastro de Contribuintes do ICMS da Secretaria da Fazenda como empresa “NORMAL”, no período de 01/04/2005 a 31/07/2005, época dos fatos geradores que culminaram na exigência fiscal inerente aos itens 1 e 2 da infração 2 e aos itens 4 a 6 da infração 3.

Sendo assim, quanto à aplicação da multa de 50% relativa aos itens 1 e 2 da infração 2, correspondentes aos meses de abril e maio de 2005, cuja infração exige o recolhimento realizado a menos do ICMS antecipação parcial, apesar de acolher a Representação proposta pela PGE/ROFIS de que deve ser a multa retificada para o percentual de 60% do valor do imposto exigido, e não de 50% como foi proposta pelo autuante no Auto de Infração, discordo da fundamentação de que a penalidade, no caso concreto de recolhimento a menos da antecipação parcial, estava prevista, à época dos fatos geradores, no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº. 7.014/96, pois considero que o dispositivo da multa a ser aplicado deveria ter sido a alínea “f” do mesmo dispositivo legal.

Devo esclarecer que a exigência da antecipação parcial do ICMS, com vigência a partir de 1º/03/2004, foi estabelecida por meio da Lei nº. 8.967/03, a qual acrescentou o art. 12-A na Lei nº. 7.014/96. Posteriormente, a legislação baiana expressamente incluiu tal infração (falta de recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação parcial) no rol das infrações elencadas na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme alteração dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, (efeitos a partir de 28/11/07).

Logo, ao aplicar a penalidade ao caso concreto, competência deste órgão julgador, por não haver previsão de multa específica para a falta de antecipação parcial, no período sob análise, deve-se aplicar a alínea “f” do aludido inciso, o qual já previa a mesma multa (60%) para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

Quanto à multa relativa aos itens 4 a 6 da infração 3, a qual é tributária, por restar comprovada, à época dos fatos, a condição de normal de tributação, acolho a Representação sem nenhuma ressalva

Ante o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para alterar a multa para 60% em vez de 50%, constante nos itens 1 e 2 da infração 2 e nos itens 4 a 6 da infração 3, correspondentes às datas de ocorrência de 30/04/2005 e 31/05/2005, para a infração 2, e às datas de ocorrências de 30/04/2005, 31/05/2005 e 31/07/2005, para a infração 3 do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS