

PROCESSO - A. I. Nº 279116.1194/07-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ROCHA BITTENCOURT COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (ROOBIT)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0221-01/09
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 22/04/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0101-12/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigência de acordo com o instituído pela Lei nº 8.967/03. A constatação de que parte das mercadorias é destinada a industrialização no estabelecimento autuado reduz o montante do débito. Infração parcialmente subsistente. Decisão recorrida mantida. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Decisão não unânime quanto à adequação da multa aplicada.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, visando o reexame da Decisão proferida em primeira instância administrativa, a qual resultou em sucumbência da Fazenda Pública, em valor superior a R\$ 50.000,00.

O lançamento de ofício foi lavrado imputando ao recorrido a prática de 2 infrações à legislação do ICMS deste Estado, sendo objeto do presente Recurso de Ofício, apenas, a infração 1, a qual acusa o sujeito passivo de *“Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses março, maio, junho, julho, agosto e dezembro de 2004, de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido o valor de R\$ 65.275,56, acrescido da multa de 50%”*:

Os julgadores da Primeira Instância ao analisarem a impugnação interposta pelo sujeito passivo, julgaram a infração 1 parcialmente procedente, sob os seguintes fundamentos:

O sujeito passivo acatou parte do débito que lhe fora imputado, procedendo inclusive ao parcelamento do montante reconhecido e refutou os valores remanescentes sob a alegação de que descabe a exigência do ICMS antecipação parcial tendo em vista que as demais notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal se constituem de mercadorias não destinadas à comercialização, e sim, como insumos no seu processo produtivo. Como suporte à sua argumentação, carreou aos autos uma lista “NF – Fornecedores x Produtos” discriminando a utilização, no seu estabelecimento, das mercadorias elencadas no levantamento fiscal, fls. 215 a 221.

O autuante informou, depois de elaborar lista discriminando a aplicação, no estabelecimento autuado, das mercadorias constantes das notas fiscais elencadas em sua planilha “Falta de Antecipação Parcial”, que o valor do débito desta infração passa para R\$18.083,93, de acordo com o novo demonstrativo de débito, por ele elaborado, fl. 233, tendo em vista a exclusão do seu levantamento original das mercadorias adquiridas pelo autuado e que não foram destinadas a comercialização.

Ressalto que a imputação corresponde à falta de recolhimento do ICMS, situação configurada quando da entrada das mercadorias no território comercial, conforme expressa previsão contida no art. 12-A da Lei nº 8.967/03, a obrigatoriedade do recolhimento da antecipação parcial do ICMS, nas condições de fato e de direito previstas na legislação tributária.

Created with

 nitroPDF® professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

independentemente do regime a que está subordinado, estabelecendo qual a sua base de cálculo própria, conforme transcrição abaixo:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Já o art. 23, inciso III, dessa mesma lei apresenta a seguinte diretriz:

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

[...]

III – em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.”

Tais determinações foram regulamentadas pelo Dec. nº 8.969/04, que acrescentou ao RICMS/97 o art. 352-A, que apresenta os ditames referentes à obrigatoriedade do pagamento ICMS relativo à antecipação parcial e o inciso IX do art. 61, que trata da base de cálculo para a situação em foco.

Depois de examinar as peças que compõem os autos verifício, inicialmente, que, consoante consta no extrato do INC – Informação do Contribuinte, acostado aos autos, fls. 237 e 238, pelo autuante, o estabelecimento autuado exerce como atividade econômica principal a “Fabricação de material elétrico para instalação em circuito de consumo – 2732500”.

Ao compulsar a listagem elaborada pelo contribuinte, fls. 215 a 221, discriminando a aplicação das mercadorias, objeto da infração 01, constato que a destinação das referidas mercadorias afiguram-se compatíveis com a atividade industrial desenvolvida pelo estabelecimento autuado.

Da análise nos novos demonstrativos de apuração, fls. 234 a 236, e de débito, fl. 233, elaborados pelo autuante verifício que as exclusões procedidas correspondem às mercadorias que são utilizadas como insumo pelo estabelecimento autuado, portanto, afigura-se correto o procedimento adotado, pois, descabe, na forma preconizada pela Lei nº 7.014/96, a teor do dispositivo supra reproduzido, a exigência do ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias não destinadas a comercialização.

Por tudo o quanto exposto, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 233, e considero parcialmente subsistente a infração 01 no valor de R\$18.083,93.”

VOTO (Vencido quanto ao Enquadramento da Multa)

O Auto de Infração em lide foi lavrado imputando-se ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Analizando os autos, não é necessário maior digressão para se constatar que a Decisão guerreada não merece qualquer reparo. O valor do débito da infração 1, foi reduzido pelos julgadores de Primeira Instância, após constatarem que parte das mercadorias autuadas eram utilizadas como insumos no processo produtivo do autuado.

O equívoco foi corrigido pelo próprio autuante, que após elaborar uma lista discriminando a aplicação, no estabelecimento da Recorrência, das mercadorias autuadas, reduziu o valor do débito para R\$18.083,93, o que foi acatado pela Junta de Julgamento Fiscal.

Haja vista que parte das mercadorias inicialmente lançadas no Auto de Infração não se destinavam à comercialização, mas a insumos no processo produtivo, ou seja, a fase de circulação já se encontrava encerrada, correto foi o resultado do julgamento levado a efeito pela Primeira Instância administrativa, no tocante ao valor do débito do imposto devido.

Porém, verificando a multa aplicada ao presente caso, ou seja, aquela prevista no art. 42, I, “b” da Lei nº 7.014/96, a mesma deve ser julgada nula, de ofício, pelos fatos e motivos que passo a expor a seguir:

A discussão acerca do cabimento da multa acima citada, já ver bastante discutida neste E. CONSEF.

Tal dúvida surgiu com a edição da Lei nº 10.847 de 27.11.2007, que

incluir a expressão “*inclusive antecipação parcial.*” Antes da referida alteração, o CONSEF possuía entendimento consolidado, no sentido de ser aplicável a referida multa em todas as hipóteses em que envolvessem a antecipação de modo genérico, ou seja, a antecipação total e parcial do ICMS.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 10.847/07, foi necessário rever tal interpretação, isto porque, o legislador ao incluir a expressão “*inclusive a antecipação parcial*”, demonstrou que a referida penalidade passou a ser aplicada nos casos de antecipação parcial após a entrada em vigor da Lei nº 10.847/07.

Conforme previsão legal, é sabido que a lei Tributária apenas deve atingir os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei. Assim, tendo em vista que as alterações advindas na Lei nº 10.847/07, instituíam a penalidade nos casos de antecipação parcial, a mesma só poderia ser aplicada nos casos ocorridos após a sua entrada em vigor.

A PGE/PROFIS, instada a se manifestar acerca da matéria, já proferiu Pareceres concluindo pelo não cabimento da multa. Revendo tal posicionamento, proferiu novo Parecer, que inclusive vem sendo adotado por alguns julgadores deste CONSEF, que a referida multa não poderia, de fato ser aplicada, mas poderia ser substituída pela multa prevista na alínea “f” do mesmo dispositivo legal.

O uso divergir de tal entendimento, *data máxima vénia*, por entender que nestas hipóteses não se trata de adequação da multa aplicada, mas aplicação de multa anteriormente não prevista em Lei.

Comungando com o entendimento de que é incabível a multa aqui discutida, merece destaque a colação da ementa do Julgado CJF nº 0206-12/08, que inaugurou toda a discussão:

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Impossibilidade de aplicação da multa exigida no Auto de Infração em face do princípio da irretroatividade de normas que cominam sanções. A alteração produzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.846/07, quanto a penalidade de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, só é aplicável à antecipação parcial após a edição da norma que modificou o texto originário do dispositivo legal. Entendimento lastreado em pronunciamento externado pela representação da Procuradoria Estadual na assentada de julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Infração Improcedente. Recurso PROVIDO. Decisão não unânime.”

Diante do exposto, voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e, de ofício, declarar a nulidade da multa prevista no art. 42, I, “b”, da Lei nº 7.014/96, haja vista que as datas de ocorrência das infrações se deram antes da vigência da Lei nº 10.847/07.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Enquadramento da Multa)

Divirjo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator apenas no que tange ao cabimento de multa na infração 1, pois o ICMS devido que não é recolhido espontaneamente deve ser objeto de lançamento de ofício, acompanhado da multa prevista na legislação vigente à época e dos acréscimos legais. Para a irregularidade que foi apurada na infração 1, o autuante indicou a multa revista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, a cobrança do imposto deve ser acompanhada de multa, porém deve ser retificado o enquadramento empregado, conforme passo a me pronunciar.

Apesar de ser uma questão muito controvertida, alinho-me à tese que vem sendo defendida pelos representantes da PGE/PROFIS, segundo a qual a antecipação parcial e a antecipação no sentido estrito são institutos diversos. Com base nessa premissa, entendo que, à época dos fatos descritos na infração 1, a multa indicada pelo autuante, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, estava equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária própria, pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena cor prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Não vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por parte deste colegiado, já que, nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo, a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pela acusação e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Em face do exposto, retifico a multa indicada na infração 1, no percentual de 50%, para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade apurada à época dos fatos geradores.

Observo que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no Auto de Infração, o recorrente poderia ter-se beneficiado da redução de multa prevista no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, ressalto que o recorrente poderá se eximir da pena em questão, requerendo à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, *sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal*, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, retificando, porém, a multa proposta na infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à adequação da multa aplicada e, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279116.1194/07-8, lavrado contra **ROCHA BITTENCOURT COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (ROOBIT)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.126,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao enquadramento da Multa) – Álvaro Vieira Barreto, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto ao enquadramento da Multa) – Márcio Medeiros Bastos e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto ao enquadramento da Multa)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR
(Quanto ao enquadramento da Multa)

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS