

PROCESSO - A. I. Nº 206956.0012/06-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - REDE SAT EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 08/06/2010

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-12/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DE MULTA. CORREÇÃO DA CAPITULAÇÃO. PRIMEIRA INFRAÇÃO. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81, COTEB, a fim de que seja corrigida a capitulação da penalidade relativa à primeira infração, passando a ser apontado, no seu enquadramento legal, o art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Representação NÃO ACOLHIDA. Decretada, de ofício, a *improcedência* da referida infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de representação fiscal, proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no art. 119, §1º do COTEB, visando adequar a multa aplicada na infração 1, art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para aquela prevista no art. 42, II, “f”, do mesmo diploma legal.

A infração em análise se refere à aplicação de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Consta, ainda, na descrição dos fatos que a multa refere-se ao recolhimento a menor do ICMS relativo à antecipação parcial sobre as aquisições de mercadorias tributadas provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização.

O sujeito passivo, através de petição fundamentada, requereu que a PGE/PROFIS, apresentasse representação fiscal, com fundamentos nos artigos acima indicados, requerendo que fosse julgada improcedente a infração 1 do lançamento, por flagrante vício de ilegalidade, aduzindo para tanto que a referida multa apenas passou a ser aplicada a partir de 28.11.2007, com o advento da Lei nº 10.847/07.

Após analisar o requerimento do sujeito passivo, a PGE/PROFIS, formulou representação fiscal a fim de que fosse corrigida a capitulação da penalidade relativa à infração 1 da autuação, passando a ser apontado, no seu enquadramento legal, o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Segundo a representante da PGE/PROFIS, a tese sustentada pelo Autuado possui razão em parte, uma vez que matéria por ele suscitada já fora enfrentada pelo núcleo de consultoria da PGE/PROFIS, onde ficou assentado que a multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, efetivamente não se aplica aos casos de antecipação parcial anteriores a novembro de 2007, quando passou a viger alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07 no texto do referido dispositivo legal.

Afirma que o referido posicionamento vem sendo repetidamente adotado pelo seu assessor assistente José Augusto Martins Júnior, citando trecho do nº 207470312068.

Continuando a representação, aduz que a multa que deveria ser aplicada no presente caso seria aquela descrita no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, que na sua redação original em vigor, quando operada a infração que ensejou a autuação, prescrevia a multa de 60% para as hipóteses “*de infração diversa das previstas nesta lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo*”.

Assevera que o art. 19 do RPAF estabelece que o erro na indicação de dispositivo legal não implica a nulidade da autuação “*desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*”, ao passo em o § 1º do art. 111 do mesmo diploma estatui que eventuais correções ou omissões “*não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da notificação fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato de intimação no ato de intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo*”.

Diante de tais argumentações pugna pelo acolhimento da representação, a fim de que seja corrigida a penalidade relativa à infração 1 da autuação, passando a ser apontado, no seu enquadramento legal, o art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

A fim de se preservar o devido processo legal, sugere que seja o contribuinte intimado para se manifestar acerca da presente representação.

Intimado acerca da manifestação da PGE/PROFIS, o sujeito passivo ingressa com petição, reiterando a tese inicialmente apresentada.

VOTO

Tratam os autos de representação fiscal proposta pela PGE/PROFIS deste Estado, com esteio no art.. 119, II § 1º da Lei nº 3.956/81(COTEB), visando adequar a multa aplicada na infração 1, art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para aquela prevista no art. 42, II, “f”, do mesmo diploma legal.

A discussão acerca do cabimento da multa acima citada, já vem há um longo tempo sendo discutida neste E. CONSEF.

Tal dúvida surgiu com a edição da Lei nº 10.847 de 27.11.2007, que alterou o referido artigo para 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, em outros PAFs, instada a se manifestar acerca da matéria, já proferiu Pareceres concluindo pelo não cabimento da multa. Revendo tal posicionamento, proferiu novo Parecer defendendo que a referida multa não poderia, de fato, ser aplicada, mas poderia ser substituída pela multa prevista na alínea “f” do mesmo dispositivo legal.

Ouso divergir de tal entendimento, *data máxima vénia*, por entender que se trata de adequação da multa aplicada, mas aplicação de multa anterior.

Comungando com o entendimento de que é incabível a multa aqui discutida, merece destaque a colação da ementa do Julgado CJF 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.

Conforme vem se consolidando a jurisprudência deste Conselho de Fazenda, nos casos de representação fiscal, quando se verificar a ocorrência de nulidade de ordem pública ou improcedência flagrante, poderá o julgador avançar nos termos da matéria posta em discussão e acolher a representação para declarar a improcedência ou a nulidade de algum item da autuação.

No caso subanálise, como restou demonstrado que a multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, não podia ser aplicada ao sujeito passivo, haja vista a inexistência de previsão legal à época da autuação para tanto, voto no sentido de NÃO ACOLHER a Representação fiscal, para julgar, de ofício, improcedente a infração 1, remanescendo o débito no valor de R\$12.432,64.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à Fundamentação)

Em que pese o brilhante voto prolatado pelo ilustre Conselheiro Márcio Medeiros Bastos, discordo, *data vénia*, não de sua conclusão, mas sim da sua fundamentação.

A infração 1 do presente Auto de Infração e motivadora da Representação da PGE/PROFIS a este CONSEF trata da aplicação de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Quando da instituição da chamada “antecipação parcial” na norma tributária deste Estado em 2004, a Lei nº 7.014/96 não a especificou, inicialmente, no seu capítulo que se refere às penalidades aplicáveis às infrações tributárias. Isso somente aconteceu com a alteração introduzida no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/2007, quando foi acrescentada a expressão “inclusive por antecipação parcial”. Este fato gerou inúmeras controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que esta se pronunciasse acerca desta penalidade a ser aplicada.

E a motivação desta controvérsia residia na interpretação a ser dada ao instituto da antecipação parcial, que alguns a entendiam como espécie do gênero antecipação, outros, a entendiam como instituto distinto. Após discussões, bem como decisões judiciais, com a intervenção do Supremo Tribunal Federal – STF na ADIN nº 33203-8/2004, a matéria foi pacificada, ou seja, hoje se distingue as figuras da antecipação parcial da chamada antecipação propriamente dita e da antecipação por substituição tributária, tendo em vista que a primeira não encerra a fase de tributação e por tal situação, não pode ser aplicada às mercadorias enquadradas no regime da antecipação ou substituição tributária (§ 1º, III, do art. 352-A, do RICMS/BA).

Diante deste quadro, a multa de 60%, com arrimo no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, não pode ser aplicada aos lançamentos cujos fatos geradores ocorreram antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, já que o dispositivo normativo não acombarcava a figura da antecipação parcial, dizendo respeito ao instituto da substituição/antecipação tributária. E esta situação torna-se mais expressa ao se constatar que o legislador acrescentou à referida alínea “d”, a expressão “inclusive por antecipação parcial, evidenci “inclusive” houve uma “inclusão”, na norma, sendo criado direi multa (matéria de direito tributário-penal), somente se admite a ret

que a doutrina denomina de retroatividade benigna.

Após esta breve síntese, me volto para as determinações do § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/96 vigente à época dos fatos geradores ora em debate, que assim se expressava.

"§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II.

Com a alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07, a sua redação passou a ser a seguinte:

*§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, **inclusive por antecipação parcial**, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II;*

Dessa forma, toda a argumentação exposta anteriormente em relação à vedação da aplicação das determinações do art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96 para a exigência do imposto por antecipação tributária parcial através de auto de infração, aqui, de igual forma, deve ser aplicada.

E, como o citado parágrafo é expressamente específico em citar o art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, se conclui que até 28/11/2007 não existia previsão legal para aplicação da multa na forma realizada, ou seja, quando a fiscalização constatasse o pagamento da antecipação parcial em desconformidade com as determinações da legislação tributária.

Em assim sendo, acompanho o voto do eminente Conselheiro para, de ofício, julgar improcedente a infração 1 do presente Auto de Infração por falta de norma específica, à época dos fatos geradores, para a cobrança da multa em discussão, não acolhendo a Representação proposta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta e, de ofício, julgar **improcedente** a infração 1.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO EM SEPARADO
(Quanto à Fundamentação)

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS