

PROCESSO - A. I. Nº 279467.0079/08-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LUCIANO RODRIGUES BRAGA DE JEQUIÉ (MADEREIRA JEQUIÉ)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 5ª JJF nº 0167-05/09
ORIGEM - INFAS JEQUIÉ
INTERNET - 08/06/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-12/10

EMENTA: ICMS. RETIFICAÇÃO DE MULTA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PARCIAL. MICROEMPRESA. Representação proposta com base no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Nas hipóteses de falta de pagamento da antecipação parcial por contribuintes enquadrados como microempresas, a multa cabível é a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%. Retificado, de ofício, o enquadramento legal utilizado pelo autuante, passando do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para o art. 42, II, “f”, da mesma lei. Representação **ACOLHIDA**. Decisão não unânime quanto ao enquadramento da multa das infrações 3 e 4.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, interposta nos termos do art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), pugnando pela alteração do enquadramento legal da multa aplicada nas Infrações 3 e 4.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, dentre outros motivos, por ter o recorrido deixado de recolher e de ter recolhido a menos o ICMS referente à antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização (Infrações 03 e 04). Para essas duas infrações, foi indicada a multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0167-05/09, o Auto de Infração foi julgado procedente. Considerando que o autuado não apresentou recurso e nem efetuou o pagamento do débito, o processo foi encaminhado para inscrição em dívida ativa. De acordo com o despacho de fl. 528, o processo foi encaminhado à PGE/PROFIS, com a sugestão para que fosse alterada a multa indicada nas Infrações 3 e 4, de 60% para 50%, mediante representação ao CONSEF, tendo em vista que no período abrangido nesses itens do lançamento o recorrido estava inscrito como microempresa.

No exercício do controle da legalidade, os ilustres representantes da PGE/PROFIS, doutores José Olavo Senna e Maria Olívia T. de Almeida, exararam o Parecer de fls. 529 e 530, no qual afirmam que na época da ocorrência dos fatos geradores que ensejaram a lavratura do Auto de Infração o recorrido estava enquadrado como microempresa, conforme comprova o documento de fl. 526. Sustentam que, nessa situação, a multa a ser aplicada nas Infrações 3 e 4 era de 50% do valor do imposto devido, conforme previsto no art. 42, I, “b”, “I”, da Lei nº 7.014/97. Dessa forma, representam os ilustres procuradores ao CONSEF, visando alterar o percentual da multa indicada nessas duas citadas infrações, passando de 60% para 50%.

Em despacho à fl. 531/532, o doutor José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS, acolhe de forma parcial o Parecer de fls. 529/530 e representa ao CONSEF, “*no sentido de que sejam retificadas as penalidades propostas nos itens em epígrafe, no que tange ao mês de agosto de 2008, adequando-a à I, “b”, da Lei nº 7.014/96, uma vez que o sujeito passivo da p*

tributária encontrava-se albergado pelo Regime do SIMBAHIA à época dos fatos geradores objeto do lançamento.”

Quanto ao mês de setembro de 2005, o ilustre procurador assistente “*postula ao CONSEF pela declaração de nulidade da ira proposta no lançamento fiscal, por falta de suporte legal para a imputação sancionatória referente à antecipação parcial à época.*”

Às fls. 534 a 539 dos atos, foi acostada uma fotocópia de Parecer da PGE/PROFIS, da lavara do doutor José Augusto Martins Junior, no qual foi respondida consulta efetuada pela 2ª CJF sobre a possibilidade da aplicação da multa prevista no art. 42, I, “b”, “3”, da Lei nº 7.014/96, nos casos de falta de recolhimento da antecipação parcial.

Nesse Parecer, o doutor José Augusto afirma que no seu entendimento era inaplicável a sanção decorrente do não recolhimento da antecipação parcial tanto nas hipóteses de empresas normais como nos casos de microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, pois a antecipação propriamente dita e a antecipação parcial são institutos distintos, situação reconhecida pelo próprio Estado na ADIN nº 33203-8/2004, uma vez que a sanção descrita no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, não abrangia a antecipação parcial antes da Lei nº 10.847/07.

Quanto à possibilidade da aplicação da multa preconizada no art. 42, II, alínea “d”, da Lei nº 7014/96, entende o ilustre procurador que, amparado numa visão sistemática do corpo de normas forjado na lei estadual do ICMS, não é possível a imputação nas hipóteses de falta de recolhimento da antecipação parcial, já que o termo “antecipação” não abarcaria a antecipação “parcial”, referindo-se a mesma ao instituto da substituição tributária denominado antecipação.

Em relação à possibilidade de aplicação da alínea “f”, inciso II, do artigo 42, da Lei nº 7014/96, o procurador posicionou-se favoravelmente ao reenquadramento da multa, por entender que a dicção da norma prevista na alínea “f” remete à possibilidade latente de aplicação de penalidade nos casos de não recolhimento da antecipação parcial, uma vez que, de forma conceitual aberta, apregoa a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas no inciso II, do artigo 42, desde que importe descumprimento de obrigação tributária principal. Assevera ser possível a revisão da penalidade e, por conseguinte, alteração do lançamento, no sentido de se modificar a multa proposta no lançamento para a sanção descrita no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96, aplicável nas hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial antes do advento da Lei nº 10.847/07, possibilitando ao autuado a solicitação de dispensa e redução de multa, prevista na Lei Estadual de regência do ICMS.

Em despacho à fl. 539v, a doutora Sylvia Amoêdo, procuradora assistente em exercício da PGE/PROFIS, encaminha o processo ao CONSEF, após a anexação do Parecer de fls. 534 a 539.

A representante da PGE/PROFIS presente na sessão de julgamento, doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, durante a sua sustentação oral, retificou os termos da Representação de fls. 529/530, “*a fim de que sejam adotados os fundamentos do Parecer anexado em fls. 534/539, aplicando-se a multa de 60% prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.*”

VOTO

Na representação em análise, a PGE/PROFIS pugna pela alteração do enquadramento legal da multa indicada nas Infrações 3 e 4, de art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 para o art. 42, II, “f”, da mesma lei, considerando que no período abarcado pela ação fiscal o contribuinte estava enquadrado como microempresa.

Tratam as Infrações 3 e 4 de, respectivamente, falta de recolhimento e de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial, sendo que a Infração 3 se refere a fato gerador ocorrido no mês de ago/08, ao passo que a Infração 4 se reporta aos meses de dessas infrações, foi aplicada ao recorrido a multa de 60%, prevista “d”, da Lei nº 7.014/96.

Efetivamente o documento de fl. 526 comprova que durante todo o período abarcado pela ação fiscal o recorrido estava enquadrado como microempresa.

Com fundamento no Parecer de fls. 534 a 539, ratificado pela representante da PGE/PROFIS presente na sessão de julgamento, acompanho a tese defendida pelo representante da PGE/PROFIS, doutor José Augusto Martins Junior, segundo a qual, à época dos fatos descritos nas Infrações 3 e 4, na hipótese de falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial” por microempresas, empresa de pequeno porte ou ambulante, a multa cabível era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Observo que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no Auto de Infração, o recorrente poderia ter se beneficiado da redução 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.

Voto, portanto, pelo ACOLHIMENTO da Representação interposta, para retificar o enquadramento legal da multa aplicada nas Infrações 3 e 4 do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para o art. 42, II, “f”, da citada Lei, no percentual de 60%, mantendo o débito julgado pela Primeira Instância no valor R\$15.278,86 e a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$17.331,81.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao enquadramento da multa 3 e 4)

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 nas infrações 3 e 4, 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 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 colação da ementa do Julgado CJF 0206-12/08, que inaugurou toda a

Created with

 **nitroPDF** professional
download the free trial online at nitropdf.com/professional

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 proposta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto ao enquadramento da multa referente às infrações 3 e 4, **ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR: (Quanto ao enquadramento da multa em relação à infração 4) Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Álvaro Barreto Vieira e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao enquadramento da multa em relação à infração 4): Conselheiros: Márcio Medeiros Bastos e Nelson Antonio Daiha Filho.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – VOTO DIVERGENTE (Quanto ao enquadramento da multa referente às infrações 3 e 4)

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS