

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 - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 08/06/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP 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”, “1”, 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. 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 jul e ago/08. Nessas infrações, foi aplicada ao recorrido a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “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 vênia*, 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

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 AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS