

PROCESSO - A. I. Nº 110085.0109/06-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PLANET VENDAS COMÉRCIAL E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. (MAX COMPRA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0240-01/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09/06/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0157-12/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. EXIGÊNCIA DA DIFERENÇA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Documentos acostados pelo sujeito passivo, assim como a falta de juntada aos autos de notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, reduzem, em parte, o lançamento relativo às duas imputações. Infrações mantidas parcialmente. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada nas infrações 1 e 2 para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime em relação à nulidade da multa aplicada nas infrações 1 e 2.

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 4 infrações, sendo, portanto, objeto do presente Recurso de Ofício as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Foi exigido ICMS, referente aos meses de abril/2004 à outubro/2005, no valor histórico de R\$ 72.622,99, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei Estadual 7.014/96;

INFRAÇÃO 2: Recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Foi exigido ICMS, referente aos meses de março/2004 e julho/2005, no valor histórico de R\$ 3.561,61, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei Estadual 7.014/96;

Os julgadores da primeira instância ao analisarem a impugnação ii no que se refere às infrações 1 e 2, julgaram as mesmas procedent

fundamentos:

“...No mérito, verifico que as infrações 01 e 02 se referem à falta de recolhimento e ao recolhimento a menos do ICMS atinente à antecipação tributária parcial. Saliento que de acordo com o art. 352-A, do RICMS/97, é devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária, em decorrência de aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização.

Observo que ao impugnar essas duas infrações, o sujeito passivo apresentou diversos documentos fiscais, a exemplo de comprovantes de recolhimento e notas fiscais, os quais foram acatados parcialmente pelo autuante, que na informação fiscal procedeu a mudanças nos valores a serem exigíveis no que se refere ao exercício de 2005, porém mantendo inalterados os valores concernentes ao exercício de 2004.

Tendo em vista que ao atender ao primeiro pedido de diligência, o autuante não anexou ao processo as cópias reprográficas colhidas através do Sistema CFAMT que não se encontravam acostadas aos autos, na segunda diligência o revisor da ASTEC/CONSEF procedeu às exclusões correspondentes, assim como deduziu os valores comprovadamente recolhidos pelo contribuinte antes da ação fiscal e excluiu as notas fiscais que tinham sido lançadas em duplicidade pelo autuante. Concorro com o diligente, quando deixou de excluir documentos trazidos pela defesa, a exemplo de cartas de correção, tendo em vista que se referiam a outro estabelecimento da empresa.

Considerando, entretanto, que o diligente da ASTEC/CONSEF ficou impossibilitado de manter no novo demonstrativo as notas fiscais que originalmente não foram juntadas ao processo nem foram entregues ao autuado, em decorrência de impossibilidade temporária de o setor responsável pelo seu controle de disponibilizá-las, sugiro à autoridade competente que verifique a possibilidade de determinar a realização de nova ação fiscal, no sentido de solicitar mais uma vez as referidas notas fiscais, a fim de apurar se existem valores remanescentes a serem exigidos do contribuinte.

Ressalto que na planilha apresentada no Parecer da ASTEC constam valores relativos a períodos não informados originalmente no Auto de Infração, no que se refere à infração 01, os quais se referem aos meses de agosto, novembro e novembro de 2005. Por esta razão, tendo em vista que esses períodos não foram consignados no campo próprio do Auto de Infração e, por este motivo, não podem ser exigidos através do presente lançamento, recomendo à autoridade fazendária que determine a implementação de ação fiscal complementar, objetivando exigir do autuado os valores apurados na revisão procedida pela ASTEC, em relação aos mencionados períodos.

Assim, mantenho a infração 01 de forma parcial, no montante de R\$14.893,05, conforme tabela abaixo:

OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO
01/2005	3.824,82
02/2005	1.500,20
03/2005	2.253,69
04/2005	2.480,00
05/2005	1.893,55
06/2005	1.980,37
09/2005	116,19
10/2005	844,23
TOTAL	14.893,05

Quanto à infração 02, também remanesce parcialmente, em referência ao mês de julho de 2005, no importe de R\$504,76. Neste caso, ressalto que a despeito de constar no corpo do Auto de Infração que o montante do débito desse mês seria de R\$171,07, na realidade o valor apurado no demonstrativo correspondente (fl. 16) foi de R\$1.171,07, tendo ocorrido um equívoco em sua transposição para o campo próprio do Auto de Infração.

Saliento que o autuado foi cientificado a respeito do resultado da diligência, quando foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias, porém não se pronunciou a respeito, o que considero como uma aceitação dos novos resultados trazidos pelo revisor da ASTEC”.

Ao final, votou pela procedência parcial do auto de infração, reduzindo o valor do débito das infrações 1 e 2, e mantendo inalteradas as demais infrações.

VOTO

O presente Recurso de Ofício visa a analisar a Decisão proferida em primeira instância administrativa, a qual resultou em sucumbência da Fazenda Pú 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A infração 1 acusa o sujeito passivo de falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

A segunda infração, imputa ao recorrido o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

As infrações imputadas encontram-se dispostas no art. 352-A, do RICMS/97, que assim dispõe:

“Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

A redução do débito em relação à infração 1, decorreu de diversos fatos: 1 – juntada de documentos, pelo sujeito passivo, atestando o pagamento de parte do imposto antes do lançamento fiscal, em relação ao exercício de 2005; 2- ausência de documentos fiscais, supostamente capturadas no CFAMT, que pudessem comprovar as operações; 3 – exclusão de notas que foram lançadas em duplicidade.

Diante de tais fatos, entendo que o valor do débito (R\$ 14.893,05) julgado pela junta de julgamento Fiscal encontra-se correto, não merecendo qualquer reforma.

Diante dos fatos acima narrados, o valor do débito da infração 2, também, foi corretamente reduzido para R\$ 504,76, em relação ao exercício de 2005, não havendo qualquer correção a ser feita no referido julgado, neste íterim.

Porém, verificando a multa aplicada ao presente caso, ou seja, aquela prevista no art. 42, I, “b”, item 1, 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 vem há um longo tempo sendo bastante 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 aplicado nos casos de antecipação parcial após a entrada em vigor da Lei 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.

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 anterior.

Comungando com o entendimento de que é incabível a multa aqui

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.*

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”, item 1, 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 nas infrações 1 e 2, 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 nas infrações 1 e 2, 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 nas infrações 1 e 2, 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 propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época dos fatos, era a 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 nas infrações 1 e 2, 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, d

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de

multa proposta nas infrações 1 e 2, a qual passa do art. 42, I, "b", "1", da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50%, para a prevista no art. 42, II, "f", da mesma lei, no percentual de 60%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime em relação às infrações 1 e 2 e, por unanimidade quanto às demais infrações, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110085.0109/06-1, lavrado contra **PLANET VENDAS COMERCIAL E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. (MAX COMPRA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.560,49**, acrescido da multa de 50% sobre R\$5.162,68 e 60% sobre R\$15.397,81, previstas no art. 42, inciso I, "b", 1 e 3 e II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, visando apurar se existem débitos remanescentes a serem exigidos no que concerne às infrações 1 e 2, em decorrência da impossibilidade temporária por parte do setor competente, de apresentação das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, assim como os valores atinentes às ocorrências relativas à infração 1 que não constavam inicialmente no Auto de Infração, a teor do art. 156 do RPAF/99.

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

VOTO VENCIDO (Quanto ao enquadramento da multa): Conselheiros: Márcio Medeiros Bastos e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto ao enquadramento da multa)

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

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS