

**PROCESSO** - A. I. Nº 206828.0005/08-3  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NACIONAL ALIMENTOS E MATERIAL ESCOLAR LTDA.  
**RECORRIDOS** - NACIONAL ALIMENTOS E MATERIAL ESCOLAR LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0103-03/09  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 09/07/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0182-12/10

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXERCÍCIO FECHADO (2007). LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Reconhecido pelo autuante que praticamente a totalidade do débito lançado é insubsistente, em virtude de inconsistências dos arquivos magnéticos do contribuinte. Refeitos os cálculos, reduzindo-se substancialmente o imposto a ser lançado. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXERCÍCIO ABERTO (2008). LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Reconhecido pelo autuante que parte do débito lançado é insubsistente, em virtude de inconsistências dos arquivos magnéticos do contribuinte. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o imposto a ser lançado. c) OMISSÃO DE ENTRADAS SUPERIOR À OMISSÃO DE SAÍDAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. EXERCÍCIO ABERTO (2008). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS ENTRADAS. Quando o contribuinte omite entradas, a lei autoriza a presunção de que o pagamento dessas entradas foi feito com recursos decorrentes de operações (vendas, saídas de mercadorias) anteriormente realizadas e também não contabilizadas (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Reconhecido pelo autuante que parte do débito lançado é insubsistente, em virtude de inconsistências dos arquivos magnéticos do contribuinte. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o imposto a ser lançado. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. RECOLHIMENTO A MENOS. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada neste item do lançamento para a prevista na época da ocorrência do fato gerador (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). Rejeitadas as alegações de ilegalidade do procedimento e de ilegitimidade das multas. Decisão mantida. Recursos NÃO P  
relator. Decisão não unân

da multa indicada na infração 5.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, o primeiro interposto pelo sujeito passivo e o segundo pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide foi lavrado imputando ao sujeito passivo a prática das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Foi exigido imposto no valor histórico de R\$ 18.275,81, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da lei 7.014/96;

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Foi exigido imposto no valor histórico de R\$ 37.572,49, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96;

INFRAÇÃO 3: Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Foi exigido imposto no valor de R\$ 2.462,68, acrescido da multa prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96;

INFRAÇÃO 4: Falta de recolhimento do ICMS contestado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, em exercício aberto. Foi exigido imposto no valor histórico de R\$ 1.076,89, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96;

INFRAÇÃO 5: Recolheu a menor ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Foi exigido imposto, no valor de R\$ 2.211,56, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96;

Inconformado com a lavratura do Auto de Infração, o Sujeito Passivo ingressou com defesa administrativa, a qual foi acolhida parcialmente pelos julgadores da primeira instância deste CONSEF, reduzindo o valor do débito de R\$ 61.599,43 para R\$ 21.405,93, nos termos do voto abaixo transcrito:

*“O lançamento do item 1º diz respeito à falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Nos meses considerados o contribuinte se encontrava inscrito no regime normal de apuração, e tinha conhecimento disso, tanto assim que mandou imprimir Notas Fiscais na condição de contribuinte normal, escriturou o livro de apuração e apresentou DMAs (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), instrumento mediante o qual são prestadas informações econômico-fiscais pelos contribuintes enquadrados no regime normal de apuração do imposto. Considero caracterizada a infração. Mantenho o lançamento.*

*No caso do item 2º, o lançamento refere-se a imposto relativo a saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais e sem escrituração, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2007). Diante da defesa, o fiscal fez os levantamentos, reduzindo o valor do imposto para R\$ 15,15. Concorro com a redução.*

*O item 3º cuida de falta de recolhimento de ICMS, na condição de responsável solidário, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto (2008). Diante dos elementos apresentados pelo autuado na defesa, o fiscal refez os levantamentos, reduzindo o valor do imposto a ser lançado, de R\$ 2.462,68 para R\$ 740,56. Concordo com a redução.*

*O imposto objeto do item 4º foi também apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto (2008), tendo sido constatadas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Diante dos elementos apresentados pelo autuado na defesa, o fiscal refez os levantamentos, reduzindo o valor do imposto a ser lançado, de R\$ 1.076,89 para R\$ 162,85. Concordo com a redução.*

*Quanto ao lançamento do item 5º, trata-se de recolhimento a menos de ICMS a título de “antecipação parcial”. Não procedem as alegações do autuado de que não tinha conhecimento de que havia sido desenquadrado da condição de microempresa, haja vista os fundamentos expostos no tocante ao item 1º. A infração está caracterizada. Mantenho o lançamento.*

*O autuado questiona a competência do auditor fiscal para constituir o crédito tributário, argumentando que para o exercício de tarefas de auditoria ou perícia contábil a lei reservou tal mister para os profissionais de nível superior legalmente inscritos junto ao Conselho Regional de Contabilidade.*

*O Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81 –, no art. 107, § 1º, prevê que a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais, e o § 2º prevê que compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários.*

*Relativamente às multas, elas são previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Não é razoável questionar no âmbito administrativo o direito posto.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”*

Irresignado com a Decisão proferida pela Primeira Instância deste CONSEF, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, repetindo, praticamente, os mesmos argumentos trazidos na defesa administrativa.

Quanto à infração 1, aduziu que entregou a DME, referente ao exercício de 2007, a qual foi aceita e processada pelo Estado como válida e não existe qualquer prova em sentido contrário. Disse que, com a aceitação da DME por parte do FISCO baiano, deu-se por completa a referida obrigação de fazer.

Alegou que ficou surpreso com a afirmação dos julgadores da 3ª JF, de que havia ocorrido o seu desenquadramento do SimBahia em 01.02.2007, uma vez que não houve qualquer intimação informando acerca da alteração do regime de recolhimento do ICMS. Sustentou que, embora os entendimentos de que a publicação no Diário Oficial seja o meio ideal para dar publicidades aos atos, não condiz com a realidade jurídica imposta pelo princípio do devido processo legal, visto não ser de praxe, nem obrigação legal, de nenhuma empresa acompanhar todas as publicações do citado diário, ainda mais quando nada foi requerido aos órgãos públicos.

Sustentou que, como o desenquadramento se deu de ofício, e não havendo comunicação do referido ato, o recorrente não se adequou à nova forma de escrituração e apuração do ICMS e que o fato do FISCO aceitar a declaração da DME, reafirmou a condição do recorrente como microempresa, não podendo nesta oportunidade impor a obrigação de ter tomado conhecimento do desenquadramento e, ainda, ser penalizada financeiramente por isto.

Alega que havendo irregularidades na forma de escrituração e tributação do recorrente, estas deveriam ter sido informadas no momento oportuno, que foi no momento da prestação de contas do autuado com o fisco, porém tendo o fisco reconhecido a validade da DME do recorrente, não se pode impor a esta o ônus por culpa exclusiva de falha dos seus agentes fiscais.

Quanto à segunda infração, alega que se trata de um erro grave com por ele mesmo reconhecido, porém manteve indevidamente parte d

Disse que todas as notas fiscais foram apresentadas quando da ação fiscal e, estranhamente, não foram lançadas no relatório de auditoria. Alegou, ainda, que o autuante equivocou-se ao lançar imposto em duplicidade, bem como algumas notas foram lançadas com descrição de produtos que não existem no quadro do recorrente.

Alegou que a omissão apontada não pode prevalecer, haja vista grosseiros erros materiais, tais como lançamento em duplicidade de notas fiscais e descrição de produtos inexistentes, comprometendo, conseqüentemente, todo o lançamento. Em decorrência dos alegados equívocos na fiscalização, sugere a realização de revisão fiscal, com a finalidade de sanar os referidos equívocos.

Quanto à infração 3, alegou que se insurge contra esta penalidade nos mesmos termos que a infração acima impugnada, haja vista que a mesma foi imputada em decorrência de suposta omissão de entrada, decorrente da desconsideração de diversas notas fiscais por parte do fiscal autuante. Sob esses fundamentos, pugna por revisão fiscal, a fim de que sejam analisados todos os documentos existentes na empresa, necessários para a comprovação do não cometimento do ilícito tributário.

Disse que a conduta do autuante consiste em grave erro material, posto que não poderia omitir-se em relação à apreciação de nenhuma nota fiscal apresentada, sob pena de sujeitar o recorrente em situação danosa e ilegal.

Quanto à quarta infração, alega que a mesma decorreu da diferença no recolhimento do ICMS apurado no procedimento fiscal, e consequência óbvia do acatamento pelo Estado da DME enviado pelo recorrente, bem como da inobservância de notas fiscais tanto de saída como de entrada.

Sustentou que o fato do Estado lhe haver desenquadrado, de ofício, da condição de microempresa, sem qualquer intimação ao autuado, alterou as suas obrigações em relação à escrituração e à apuração fiscal, contribuiu para a diferença de ICMS encontrada na referida infração. Alegou, ainda, que houve erro material, visto que não foram lançadas notas fiscais de saída no relatório de auditoria e não observou algumas notas fiscais de entradas de mercadorias, todas anexas aos autos. Diante de tais fatos, sugere a realização de diligência fiscal.

Quanto à quinta infração disse que a mesma decorreu do fato do sujeito passivo ter sido desenquadrado, de ofício, da condição de microempresa. Asseverou que o recolhimento a menor do imposto decorreu da inobservância já citada pelo autuante, bem como do erro Estatal em validar a DME enviada pelo recorrente, que não teve conhecimento do ato de desenquadramento, tampouco foi dada publicidade a tal ato.

Alega que o seu direito de defesa foi cerceado, posto que requereu a realização de revisão fiscal / perícia, porém não houve manifestação por parte dos julgadores de Primeira Instância administrativa.

Sustenta que foi violado o princípio da legalidade. Segundo o entendimento do recorrente, apenas os profissionais credenciados no CRC é que poderiam ter competência para realizar auditoria fiscal. Não havendo tal credenciamento, o profissional não poderia lavrar autos de infração, notificações fiscais e lançamento de tributos ou contribuições, que tiverem por base trabalho de auditoria ou perícia contábil.

Questiona a arbitrariedade das multas aplicadas e sustenta que as mesmas não devem ultrapassar ao percentual de 2%, conforme previsão legal da Lei Federal nº 9.298/96, sob pena de se causar um enriquecimento ilícito por parte do fisco, bem como ter caráter confiscatório, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. A fim de fundamentar a sua tese cita trecho de doutrina de Sacha Calmon e Orlando de Pilla Filho.

Por fim, pugna pela nulidade do Auto de Infração, e caso não

nulidade, requer seja o Auto de Infração julgado improcedente, e por fim, caso sejam ultrapassados os pedidos anteriores, requer a redução da multa ao percentual de 2%.

A PGE/PROFIS, ao tomar conhecimento do Recurso Voluntário, disse que, através dos documentos de fls. 173/208, restou comprovado que o autuado tinha o conhecimento de que a sua empresa não era mais enquadrada no regime microempresa, mas empresa normal.

Quanto ao pedido de revisão do lançamento fiscal, asseverou que o mesmo fora feito pelo próprio autuante, que considerou diversos documentos apresentados em sede de impugnação inicial, resultando na redução do débito relativo aos itens 2, 3 e 4, não demonstrando o autuado, nesta oportunidade, a necessidade de nova revisão fiscal.

Quanto à alegação do contribuinte de que o lançamento deveria ter sido lavrado por um profissional da área de contabilidade e com inscrição no CRC, destacou que a condição de contador não é indispensável para o exercício do cargo de auditor fiscal, e nos termos do art. 42 do RPAF, *a lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos auditores fiscais*.

Aduziu que não acatava a alegação do sujeito passivo de que as multas possuíam caráter confiscatório, haja vista que se encontram consignadas no art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Por fim, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

#### **VOTO (Vencido quanto ao enquadramento da multa indica na infração 5)**

Tratam os autos de Recurso de Ofício e Voluntário, interpostos contra a Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, a qual julgou o Auto de Infração parcialmente procedente e reduziu o valor do débito de R\$ 61.599,43, para R\$ 21.405,93.

Antes mesmo de adentrar ao mérito do Recurso Voluntário, venho afastar todas as alegações de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, haja vista que o Auto de Infração preencheu todos os requisitos de lei inerentes ao processo administrativo fiscal. Conforme se pode observar nos autos, o autuante no decorrer da instrução do processo, realizou as devidas correções, não ocasionando qualquer violação aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Desta forma, não há que se falar em qualquer vício formal que pudesse acarretar a nulidade total ou parcial do lançamento.

Alega, ainda, o sujeito passivo que o seu direito de defesa foi cerceado, sob o fundamento de que os julgadores de Primeira Instância administrativa não se manifestaram acerca do pedido de diligência formulado na impugnação.

Compulsando os autos, pode-se, facilmente, constatar que os julgadores de Primeira Instância, analisando a impugnação apresentada pelo autuado, bem como os documentos acostados naquela oportunidade, retornaram os autos ao fiscal autuante, com a finalidade de que fosse realizada revisão fiscal. Atendendo o quanto solicitado pelos julgadores *a quo*, o autuante acatou parcialmente os argumentos e documentos acostados à defesa administrativa, reduzindo, consideravelmente, o valor do montante do débito inicialmente exigido. Intimado para se manifestar sobre o resultado da revisão fiscal, o autuado não se pronunciou, o que se faz presumir que concordou com as referidas exclusões.

Assim, se não houve qualquer manifestação contra o resultado da revisão fiscal, realizada após o recebimento da defesa administrativa, e não havendo nos autos qualquer elemento novo que não fora analisado oportunamente, não há que se falar em violação ao direito de defesa do recorrente, haja vista que o requerimento de diligência/perícia, foi realizado durante a instrução do feito, o que, inclusive, não foi impugnado pelo autuado, sendo, desnecessária, nova diligência.



Quanto à alegada violação ao princípio da legalidade, este não merece prosperar, isto porque a legislação estadual, ao tratar do cargo de auditor fiscal, não exigiu que o referido cargo fosse privativo de contador, com inscrição no referido conselho de classe. Desta forma, rejeito a nulidade alegada.

No que concerne ao mérito do Recurso Voluntário, observo que os argumentos trazidos pelo sujeito passivo não merecem prosperar, haja vista que o mesmo não trouxe qualquer argumento novo que pudesse causar a revisão do acórdão guerreado.

Contrariamente do quanto asseverado pelo sujeito passivo, os documentos acostados à sua defesa (fls. 173/208), atestam que o mesmo tinha conhecimento de que se encontrava na condição de empresa normal de apuração do ICMS, não havendo que se falar em desenquadramento de ofício, tampouco desconhecimento da alteração da situação cadastral da empresa.

Em relação às inconsistências do lançamento, constato que todos os equívocos foram sanados através da revisão fiscal, a qual não foi impugnada pelo autuado no momento oportuno. Ressalte-se, ainda, que o recorrente não indica, especificadamente, qualquer equívoco no levantamento existente nos autos.

Quanto à infração 5, como o sujeito passivo não trouxe qualquer prova para desconstituir a autuação, mantenho a mesma inalterada. Porém, observo que a multa aplicada ao presente caso, ou seja, aquela prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, 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 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 emitiu 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 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 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 IMP**  
*aplicação da multa exigida no Auto de Infração em face do princípio c*

*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.*

No que concerne à aplicação das demais multas, entendo que as mesmas encontram-se corretas, haja vista que estão inseridas na Lei 7.014/96, e aquela multa prevista na Lei 9.298/96, não se aplica ao direito tributário. Deixo de analisar o caráter confiscatório da multa aplicada, haja vista que o órgão julgador não possui competência para analisar tal questão.

Quanto ao Recurso de Ofício, o mesmo não merece ser dado provimento, haja vista que as reduções levadas a efeito pelos julgadores de Primeira Instância, foram baseadas numa revisão fiscal, onde o autuante, analisando a documentação acostada pelo autuado, reduziu parte do débito.

Diante do exposto, voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO aos Recursos e, de Ofício, declarar a nulidade da multa da infração 5, prevista no art. 42, II, “d”, 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 indicada na Infração 5)**

Divirjo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator apenas no que tange ao cabimento de multa na infração 5, 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 5, o autuante indicou a multa prevista no art. 42, II, “d”, 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 5, a multa indicada pelo autuante, prevista no art. 42, II, “d”, 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 na infração 5, no percentual de 60%, para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no mesmo percentual, 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 q  
Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obri

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 dos Recursos de Ofício e Voluntário, retificando, porém, a multa proposta na infração 5.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto ao enquadramento da multa indicada na infração 5, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206828.0005/08-3**, lavrado contra **NACIONAL ALIMENTOS E MATERIAL ESCOLAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$21.405,93**, acrescido das multas de 50% sobre R\$18.275,81, 60% sobre R\$2.211,56 e 70% sobre R\$918,56, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: (Quanto à multa da Infração 05) Conselheiros (as): Álvaro Barreto Vieira, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO: (Quanto à multa da Infração 05) Conselheiro: Márcio Medeiros Bastos, Nelson Antonio Daiha Filho e Carlos Henrique Jorge Gantois.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Quanto à multa da Infração 05)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR  
(Quanto à multa da Infração 05)

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS