

PROCESSO - A. I. Nº 094476.0907/06-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DELIVAL SILVA SOUZA (QUEIJO & CIA.)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª CJF nº 0053-11/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0192-11/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Representação proposta com base no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração. No exercício autuado não havia previsão de multa específica para a figura da antecipação parcial, apenas prevista após a alteração da Lei nº 7.014/96, efetivada pela Lei nº 10.847/07, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, com a inclusão da expressão “*inclusive antecipação parcial*”, no entanto, havia a previsão de multa inespecífica, nos termos do inciso II, alínea “f” do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Representação NÃO ACOLHIDA. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação a este CONSEF encaminhada pela Procuradoria Geral do Estado, através de despacho da lavra do procurador-assistente da PROFIS/PGE Dr. José Augusto Martins Júnior, o qual, discordando do Parecer exarado pela procuradora Maria Olívia T. de Almeida, ratificado pela procuradora Paula Gonçalves Morris Matos, e no exercício do controle da legalidade, com arrimo no artigo 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propõe que seja julgada nula a autuação, em virtude da existência de ilegalidade inequívoca e, consequentemente, a suspensão da inscrição na Dívida Ativa do crédito tributário advindo do Auto de Infração em epígrafe.

A autuação visa exigir o pagamento do imposto no valor de R\$5.406,71, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, pela falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Através do Acórdão JJF nº 0043-01/07, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a impugnação do autuado, tendo decidido pela Procedência em Parte do lançamento fiscal.

Inconformado, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, julgado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme acórdão CJF nº 0053-11/08, na linha do Não Provimento do Recurso e, de ofício, pela redução da multa aplicada na imputação, de 60% para 50%, de acordo com a legislação vigente.

Devidamente intimado e transcorrido o prazo legal para pagamento, o autuado não se manifestou, razão da lavratura do Termo de Ocorrência (fl. 99) e subsequente remessa do PAF à SAT/DARC/GECOB/DÍVIDA ATIVA, para inscrição do débito em dívida ativa.

Naquela oportunidade, a GECOB elaborou o despacho de fl. 100, representasse ao CONSEF visando à retificação do Acórdão CJF nº (de 60% fixada pelo autuante, uma vez que o caso concreto trata de 1

ICMS constatada no trânsito de mercadorias, cuja infração está prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, não se aplicando o inciso I, alínea b, dos mesmos artigo e Lei, já que ali se exclui, expressamente, a sua utilização nos casos de infrações verificadas no trânsito de mercadorias.

No Parecer de fls. 101/102, a ilustre Procuradora da PGE/PROFIS, após análise do despacho encaminhado pela DARC/GECOB/Dívida Ativa, opina no sentido de que assiste razão ao órgão competente, quando propugnou pela retificação do Acórdão, no tocante à multa aplicada, a qual deve ser alterada para o percentual de 60%, conforme legislação aplicável à espécie.

Assim, em obediência ao artigo 119-B do COTEB, conclui pela representação da PGE/PROFIS ao CONSEF, para que seja efetuada a adequação da multa relativa à infração objeto do presente lançamento ao comando legal aplicável.

A Representação foi ratificada pela procuradora revisora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos (fl. 103), a qual acompanhou o Parecer de fls. 101/102, submetendo-a ao Procurador Chefe da PROFIS, para apreciação e encaminhamento.

O douto Procurador Assistente, Dr. José Augusto Martins Júnior, às fls. 104/105, proferiu despacho discordando do Parecer exarado pela Procuradora Dra. Maria Olívia T de Almeida, colacionado às fls. 101/102 dos autos, entendendo que havia necessidade de Representação ao CONSEF, mas “*no sentido da nulidade do lançamento, em face da ausência de lastro legal para imputação infracional, desde que inexiste à época da infração previsão normativa para aplicação da penalidade pelo não recolhimento de antecipação parcial, restando preconizada apenas a sanção para a inexistência de pagamento da antecipação, instituto este distinto da figura da antecipação parcial, conforme se verifica da dicção do novel art. 42, I, alínea “d”, da Lei nº 7014/96, em verdadeira interpretação autentica do legislador baiano.*”

Aduz, ainda, que, a título de esclarecimento, se não fosse a imputação por infração no trânsito de mercadorias, seria viável a aplicação da penalidade pelo não recolhimento da antecipação parcial, na hipótese de micro-empresa e empresas de pequeno porte, já que previsto expressamente no art. 42, I, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96 e, igualmente, pelo não pagamento da antecipação “*stricto sensu*”, de fato, hipótese de substituição tributária, transcrevendo o artigo citado.

Assim, é encaminhada ao CONSEF a Representação segundo os fundamentos expostos pelo digno procurador assistente.

VOTO VENCIDO

A matéria, objeto da presente Representação, cinge-se à apreciação, pelo CONSEF, da possibilidade de ser julgado nulo o lançamento da infração constante do Auto explicitado, em atendimento ao exercício do Controle de Legalidade, que ocorre antes da inscrição do débito em dívida ativa, com amparo, principalmente, na existência de ilegalidade flagrante na apuração do crédito tributário.

Com efeito, após análise detida da autuação, constata-se que o autuante, no lançamento, descreve a infração como “falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado”, sendo a tipificação enquadrada no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, com multa aplicada de 60%.

Ressalte-se que o fato gerador objeto do lançamento está datado de 17 de setembro de 2006, época em que a redação da alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.981/01 (efeitos vigentes entre 13/12/01 e 27/11/07) se encontrava assi

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguin

.....
II – 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

.....
d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;”

Deste modo, nesse lapso foi introduzida, na legislação baiana, a chamada “antecipação parcial”, gerando, posteriormente, a necessidade do Estado proceder à alteração da multicitada alínea “d”, ocorrida através da Lei nº 10.847/07 (efeitos a partir de 28/11/07), que passou a vigorar com a seguinte redação:

“d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”

Observa-se, com clareza, que foi acrescentada a expressão “inclusive por antecipação parcial”.

Ao promover tal inclusão, fica evidente que o legislador considerou que, até então, não havia previsão para aplicação de penalidade específica para a falta de antecipação da “antecipação parcial”.

É válido salientar que o legislador, objetivando não deixar qualquer margem de incerteza, insegurança ou dúvida a respeito do tema, acrescentou à referida normatividade da alínea “d” a expressão “inclusive por antecipação parcial”.

Poder-se-ia dizer que, na hipótese ora examinada, o vocábulo “inclusive” deixa evidente que houve “inclusão”, ou seja, que houve acréscimo, logo foi criado direito novo.

Em matéria de direito tributário, a regra aplicável é a de que somente é admissível a retroatividade se for ela benéfica ao sujeito passivo.

Nesse contexto, comungo com o Parecer opinativo da PGE/PROFIS (fls. 104/105) e do que se pode inferir dos documentos residentes nos autos, confirmando a ausência de lastro legal para a imputação infracional, na medida em que, na época do fato gerador, inexistia previsão legal para aplicação de penalidade pelo não recolhimento da antecipação parcial, restando demonstrada a flagrante ilegalidade relativamente à infração, em face do enquadramento equivocado da imputação aludida no referido lançamento.

Confirmo, destarte, a ocorrência da previsibilidade estatuída no art. 114 do RPAF/BA, isto é, da existência de ilegalidade inequívoca, flagrante, sem necessidade de se investigar sobre provas.

Assim, na realidade, a hipótese versada é de nulidade, a qual, até por se tratar de matéria de ordem pública, pode e deve ser conhecida por este CONSEF, estando, inclusive, dentro dos limites da Representação proposta e atendidos os princípios da celeridade processual e da eficiência, evitando-se a necessidade de novo incidente para reapreciação da questão, como também o ajuizamento de execução fiscal fadada ao insucesso, o que implicaria, inclusive, em ônus sucumbenciais a serem suportados pelo Estado.

Ante o exposto, por considerar que o vício apontado pela PGE/PROFIS enseja a NULIDADE da infração, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta.

VOTO VENCEDOR

Inicialmente, cumpre salientar que a multa correta a ser aplicada ao sujeito passivo, “*data venia*” a Representação em tela, é a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrita na redação vigente à época da autuação, que previa a penalidade inespecífica de 60% quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as segui

II - 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

"f) quando ocorrer qualquer infração diversa das especificadas neste Regulamento que importe descumprimento da obrigação tributária principal, em que não haja dolo," **Grifos nossos.**

E, de fato, no exercício autuado não havia previsão de multa específica para a figura da antecipação parcial, apenas prevista após a alteração da Lei nº 7.014/96, efetivada pela Lei nº 10.847/07, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, com a inclusão da expressão "*inclusive antecipação parcial*", no entanto havia a previsão de multa inespecífica, nos termos do inciso II, alínea "f" do art. 42 da Lei nº 7.014/96, acima transcrita, ao contrário do entendimento exarado pelo ilustre procurador assistente.

Por sua vez, a multa da alínea "d", dos mesmos artigo e inciso, não previa, na época do fato gerador da presente autuação, a figura da antecipação parcial, daí porque também não pode ser aplicada ao caso concreto. Em simetria, a norma contida no art. 42, I, item 1, da mesma Lei nº 7.014/96, que estabelece multa de 50%, também não poderia ser aplicada ao sujeito passivo, pois trata da falta de recolhimento do imposto devido por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária. Essa antecipação, portanto, consoante entendimento já consolidado neste Conselho de Fazenda, acima exposto, não engloba a antecipação parcial, o que impediria a incidência da multa de 50% sobre a referida imputação, em que pese a Decisão proferida pelo Acórdão CJF nº 0053-11/08, que deve, no entanto, como Decisão definitiva – já que não foi objeto de Recurso Extraordinário – ser aplicada.

Ante o exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS, remanescendo o débito apurado pela JJF, no valor de R\$2.703,35.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Sandra Urânia Silva Andrade, Fernando Antonio Brito Araújo, Fábio de Andrade Moura e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO – Conselheiros (as): Valnei Sousa Freire e Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. PGE/PROFIS