

PROCESSO - A. I. N° 207095.0121/08-0
RECORRENTE - CERQUEIRA LOULA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (CERQUEIRA LOULA LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0297-04/09
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02/03/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0004-12/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. a) DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. b) OMISSÃO DE DADOS. MULTA. Decretada, de ofício, a improcedência da infração. Documentos juntados ao processo comprovam declaração incorreta de dados na DME. Infração não elidida. 2. LIVROS FISCAIS. MULTAS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Não comprovada a alegação de que parte do imposto exigido foi objeto de parcelamento. Infrações não elididas. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Comprovada a omissão de saída decorrente das diferenças de quantidades apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques. Infração não elidida. Modificada, de ofício, a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime quanto ao mérito. Decisão por maioria em relação à exclusão da multa indicada nas infrações 5 e 6.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou pela procedência parcial do Auto de Infração, condenando o autuado pelo descumprimento de obrigação principal e acessória no valor total de R\$394.953,90, acrescido das multas de 60% e 70%, previstas no art. 42, incisos. II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 17/12/2008 decorre de 9 infrações, das quais apenas aquelas elencadas abaixo são objeto do presente recurso voluntário, vez que a JJF julgou improcedentes as infrações 4 e 9, enquanto que a infração 8 foi reconhecida pelo contribuinte:

Infração 1 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração de Movimento Econômico (2006), sendo aplicada multa - R\$140,00.

Infração 2 - Omitiu dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração de Movimento Econômico (2006), sendo aplicada multa - R\$140,00.

Infração 3 - Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Multa – R\$140,00.

Infração 5 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização (2004) - R\$32.295,54.

Infração 6 - Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização (2004 a 2006) - R\$337.706,99.

Infração 7 - Falta de recolhimento do imposto relativo a 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2003) - R\$24.071,37.

Da apreciação dos argumentos defensivos esposados pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 4ª JJF, decidiu pela Procedência Parcial da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

(...)

“Quanto às infrações 1 e 2, relativas a declaração incorreta e omissão de dados na DME, na defesa apresentada o impugnante contestou dizendo que as informações prestadas através da DME são feitas de forma criteriosa e “não há como haver” omissão ou divergências nas informações processadas na DME.

Constatou que o autuante apresentou demonstrativos à fl. 4 do processo, no qual indicou os valores apurado por meio de levantamento fiscal (SINTEGRA) e os informados na DME, bem como juntou cópia das mesmas às fls. 45 a 52. Portanto, caberia ao autuado demonstrar a existência de inconsistências no levantamento fiscal, mas não foi juntado à defesa qualquer prova neste sentido, motivo pelo qual devem ser mantidas as multas aplicadas nas infrações 1 e 2. Infrações mantidas.

No que se refere à infração 3, consta no Auto de Infração que “Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. de Inventário”. Na defesa o autuado alegou que o livro foi escruturado de acordo como os documentos e as normas regulamentares vigentes.

Verifico que o autuante juntou cópia do livro Registro de Inventário às fls. 783 a 792 e no corpo do Auto de Infração (fl. 3) foi descrita irregularidade cometida pelo autuado na escrituração do mencionado livro “por ter deixado de observar a nomenclatura (descrição) das mercadorias adquiridas”. Constatou que não foi indicada a classificação fiscal dos produtos e da mesma forma não foi identificado na nota fiscal, a exemplo da NF 488 acostada à fl. 134.

Portanto, o autuado alegou ter escruturado corretamente o livro, mas não comprovou a regularidade na escrituração do livro, ficando caracterizado o cometimento da infração motivo pelo qual deve ser mantida a multa aplicada.

(...)

No que se refere às infrações 5, 6 e 7 o autuado contestou afirmando que o ICMS foi recolhido corretamente, inclusive por meio de parcelamentos de débitos, entretanto, não juntou qualquer documento ao processo para comprovar tal alegação.

As infrações 5 e 6 se referem à falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial. Verifico que o autuante elaborou demonstrativo às fls. 66/75, no qual relacionou as notas fiscais de compras de mercadorias destinadas à comercialização, cujas cópias foram juntadas ao processo, tendo deduzido os valores indicados em coluna própria, nos meses em que houve recolhimento o que resultou em recolhimento a menos da infração 6, e exigiu o valor total apurado nos meses que não ocorreu recolhimento, o que resultou na infração 5.

Conforme declarado na fl. 75, o representante legal da empresa passou recibo do citado demonstrativo. Portanto, caberia ao autuado indicar inconsistências no levantamento fiscal, demonstrando a regularidade do imposto ou quais valores teriam sido objeto de “parcelamento” e juntar o documento correspondente para provar o alegado, fato que não ocorreu. Como nada foi apresentado, configura simples negativa de cometimento da infração, o que não desonera o autuado da obrigatoriedade de pagamento do imposto exigido (arts. 123 e 142 do RPAF/BA).

Já a infração 7 trata de omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques. Constatou que foram juntados às fls. 92 a 107, demonstrativo analítico e sintético do levantamento quantitativo de estoques elaborado pela fiscalização, cujas cópias foram também fornecidas ao representante do autuado, conforme recibo apostado em cada documento.

Observo que tendo sido exigido o imposto em decorrência da constatação da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento quantitativo, ao entregar cópia do mesmo à empresa foi facultado comprovar quais quantidades teriam sido supostamente indicadas de forma incorreta nos demonstrativos elaborados pelo autuante, indicando as quantidades de entradas, saídas de mercadorias, bem como as existentes nos estoques (inicial e final) de cada produto comercializado. Como nada foi apresentado

junto com a defesa, implica em simples negativa de cometimento da infração o que não desonera o autuado do pagamento do imposto exigido (art. 142 do RPAF/BA).

Pelo exposto, devem ser mantidas na sua totalidade as infrações 5, 6 e 7.

(...)

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo:

(...)

Protocolizado recurso voluntário, colacionado às fls. 846 e 847, o contribuinte vem aos autos para reiterar suas razões de defesa, aduzindo que:

Nas infrações 1 e 2, as informações fornecidas através da DME têm origem em documentos contabilizados de forma criteriosa, de modo que todas as entradas, sejam elas compras dentro e fora do Estado, outras entradas e saídas, prestação de serviços, outras saídas, etc., foram corretamente lançadas, e sendo assim, não há como haver divergência nas informações nem omissão nas informações processadas na DME.

Quanto à infração 3, o livro foi escriturado com os documentos presentes no arquivo contábil da empresa, com as normas regulamentares vigentes.

Quanto às infrações 5, 6 e 7, o ICMS foi recolhido conforme determina a legislação vigente, contudo, a existência de parcelamentos de débitos podem ter ocasionado algum tipo de equívoco por parte do autuante que pode não ter localizado pagamentos em algumas situações. Junta cópia dos parcelamentos para demonstrar o que alega.

A PGE/PROFIS (fls. 867/869), através de Parecer da lavra da Dra. Maria José Ramos Coelho, de plano, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Entende que as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual, conforme preceitua o art.39, do RPAF/99.

Assevera que o recorrente cuidou apenas de negar a prática das infrações 1, 2 e 3, sem carrear aos autos qualquer prova capaz de demonstrar inconsistências no levantamento fiscal, bem como a regularidade na escrituração do livro de Inventário.

Assinala que nas infrações 5, 6 e 7, o recorrente afirma haver feito o correto recolhimento do tributo, ao tempo em que acosta ao processo cópias de requerimentos de parcelamento de débito tributário. Neste caso, o contribuinte apenas cuidou de negar o cometimento das infrações sem, contudo, indicar erros materiais nos levantamentos fiscais elaborados pelo autuante.

Em relação aos parcelamentos tributários, entende a ilustre Parecerista que os valores comprovadamente recolhidos ao erário estadual deverão ser objeto de homologação.

VOTO (Vencido quanto a exclusão da multa indicada nas infrações 5 e 6)

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

De início, registro que os argumentos trazidos em sede de recurso são os mesmos trazidos na peça defensiva e foram devidamente tratados pela 4ª JJF, à exceção dos documentos que tratam de requerimento de parcelamentos e denúncias espontâneas, colacionados às fls 848/860. Especificamente acerca dos elementos trazidos pelo contribuinte em sede de recurso, hei de registrar que os correspondentes parcelamentos de débitos foram considerados pelo autuante, conforme se pode verificar à fl. 64 dos autos.

No mérito, a infração 1, que trata da declaração incorreta de dados na DME, o autuado não traz qualquer elemento que possa elidir a acusação. Por outro lado, o autuante cuidou de elaborar demonstrativo, fl. 4, que tem seus valores derivados do SINTEGRA e da DME – registre-se que os

dados constantes da DME são informados pelo contribuinte. Assim, diante do fato de que o contribuinte contrariou a acusação com alegações sem elementos de prova, entendo deva ser mantida a exigência fiscal.

Quanto à infração 2, entendo estar absorvida pela infração 1, pois trata de tipo alternativo, conforme preceitua o art. 42, XVIII, “c”, que diz que para as infrações tipificadas neste artigo, será aplicada multa de R\$140,00 em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios. Assim, afasto, de ofício, a exigência da infração 2.

No que concerne à infração 3, o contribuinte assevera que o livro Registro de Inventário houvera sido escrutinado obedecendo às normas regulamentares vigentes. Contudo, verifico que, além de não haver comprovado o que alega, o autuante trouxe aos autos cópia do livro Registro de Inventário, fls. 783 a 792, onde se verificam irregularidades como a falta de indicação da classificação fiscal dos produtos. Portanto, entendo caracterizada a infração apontada.

No tocante às infrações 5, 6 e 7 o autuado vem aos autos, repisa os argumentos trazidos em sede de defesa e, mais uma vez, não traz qualquer elemento capaz de modificar a Decisão recorrida.

Nas infrações que tratam da falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, de números 5 e 6, o autuante, em seu criterioso demonstrativo, fls. 66/75, elencou notas fiscais de compras de mercadorias destinadas à comercialização, procedeu à dedução dos recolhimentos, nos meses em que houve, e identificou a infração pelo recolhimento a menos do imposto, do que derivam as citadas infrações. Mesmo conhecendo o referido levantamento, o autuado não se insurgiu contra as acusações, alegando apenas que tais valores teriam sido objeto de parcelamento. Ainda que tenha juntado elementos em seu recurso que dizem respeito aos aludidos parcelamentos, verifico que todas as informações trazidas às fls. 848/860, concernentes a parcelamentos e denúncias espontâneas, já haviam sido consideradas no levantamento fiscal, fl. 64, o que, em síntese, me faz entender que as infrações estão caracterizadas e que não se verifica “*bis in idem*”.

Em que pese, no mérito, entender caracterizadas as infrações 5 e 6, entendo que é inaplicável a penalidade pelo não recolhimento da antecipação parcial, tudo porque o art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, distinguiu, claramente, os institutos da antecipação parcial e da antecipação “*strictu sensu*”, corroborando tese já defendida pelo próprio Estado na ADIN nº 33203-8/2004 de que o termo “antecipação” não abarcava a figura da “antecipação parcial”, pois são derivados de fontes conceituais distintas.

Ora, se resta clara a distinção entre os dois institutos, da “antecipação” e da “antecipação parcial” e o diploma legal trata especificamente da primeira, há de se concluir que o legislador não quis, em nenhum momento, que fosse imputada qualquer penalidade pelo inadimplemento do pagamento do imposto a título de antecipação parcial. Vale ressaltar que entendimento diverso atenta contra o princípio norteador do direito tributário da tipicidade cerrada. Ainda, neste sentido, hei de lembrar que não há tributo, nem penalidade possível sem lei anterior que os defina.

Aliado aos argumentos acima, há que se destacar o princípio da irretroatividade das normas que cominam sanções que, no caso em tela, já se mostra suficiente para que a multa de 60%, aplicada às infrações 5 e 6, no período de 2004 a 2006, fosse flagrantemente improcedente, ante o fato de que só é possível pensar na aplicação da penalidade a partir da promulgação da Lei 10.847/07.

Por tudo, resta absolutamente claro que a aplicação da multa dita, prevista pelo cometimento das infrações em comento estaria sendo feita sem a devida previsão legal, pois, também é clara a tipificação das infrações, contudo, sem fixação de penalidade.

Neste sentido, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal já se manifestou através do Acórdão nº 0206-12/08, abaixo transcrito, que teve como relator o Consº Helcônio Almeida.

“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.

(...)

VOTO

(...)

O sistema jurídico tem sempre uma atenção especial sobre as normas sancionatórias e em particular aquelas de caráter tributário que à semelhança das normas penais exigem um perfeito delineamento. Independente dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais que poderíamos trazer para justificar a nossa interpretação, acreditamos que o caráter desta Decisão nos leva a resumi-lo objetivamente no sentido de que: ao destacar a expressão ‘antecipação parcial’ quando da nova redação, o legislador nos obriga a rever a interpretação anteriormente realizada.

É comezinho em direito tributário entendermos que a aplicação da norma sancionatória fiscal deve quanto ao tempo obedecer ao velho brocardo latino ‘nullum tributum nulla poena sine lege’.

Creio ser aplicável à espécie em discussão o simples raciocínio de que só estarão passíveis de sofrer sanções pela infração descrita neste PAF aqueles que cometerem a ilicitude a partir da edição da Lei nº 10.847/07.

Voto, em concordância com a manifestação da Procuradoria Estadual na sessão de julgamento, no sentido de que seja PROVIDO o Recurso Voluntário para alterar a Decisão da JJF, e em consequência que seja considerada neste aspecto, IMPROCEDENTE o item 1 do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos quanto às demais infrações.”

Na mesma oportunidade, o Consº Tolstoi Seara Nolasco, então Presidente desta 2ª CJF, proferiu Voto em Separado, abaixo transscrito, no qual concorda com o relator do processo quanto a fundamentação, contudo trazendo outros argumentos que robustecem a mesma tese:

“Manifesto minha total concordância com o pronunciamento da Procuradoria Estadual na assentada de julgamento, e por via de consequência, com o voto do sr. relator do processo, Consº Helcônio Almeida, pois a alteração promovida na Lei do ICMS, pela Lei nº 10.847/07, implicou em inovação legislativa, para incluir no rol dos fatos considerados infração, o pagamento intempestivo da antecipação parcial por ocasião da saídas das mercadorias. Em consequência, aplica-se ao caso o princípio da irretroatividade das normas que cominam sanções, razão suficiente para a declaração de improcedência do lançamento tributário em lide.

(...)

Assim, considerando o acima exposto, meu voto é no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, em concordância com o sr. relator e com a manifestação do representante da PGE/PROFIS formalizada na sessão de julgamento.”

Em que pese haver entendimento, como sugere a PGE/PROFIS, no sentido da possibilidade de reenquadramento da multa pela letra “f” do inciso II, do art. 42, entendo que tal mudança de enquadramento apenas seria aceitável em novo procedimento fiscal, e nunca no andar do presente processo administrativo, logo, ante tudo o quanto exposto, entendo por julgar o presente PAF parcialmente procedente, com afastamento da multa incidente sobre as infrações 5 e 6 que alcançam os anos de 2004 a 2006.

Ainda acerca da possibilidade de reenquadramento da multa, entendo que tal procedimento vai, em última análise, ferir o direito do contribuinte à ampla defesa, haja vista que, desde o início do processo no qual se defende, toda a tese de combate tem como alvo a infração de haver deixado de recolher o imposto a título de antecipação parcial, combinada com a multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96. Nesse contexto, o contribuinte defendeu-se da multa indicada no Auto de Infração, logo a adequação da multa apenas neste momento processual, já em apreciação de recurso em segunda instância, me parece ser lógica, muito menos possível, à luz dos princípios constitucionais que preservam o direito à ampla defesa e ao contraditório. Devo dizer que esta tese tem fundamento no art. 149, § único do CTN que diz que a revisão do lançamento “só pode

ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública”, logo, impossível proceder a tal reenquadramento da multa enquanto o processo administrativo fiscal ainda estiver em curso.

Ressalto que a própria PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, exarado às fls. 250/253, do Auto de Infração nº 1407790002/07-6, comunga do mesmo entendimento, senão vejamos:

“Contudo, poder-se-ia objetar da possibilidade de aplicação da alínea “f”, II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, naquelas hipóteses em que fora imputado, de forma equivocada, a penalidade descrita para o não recolhimento da antecipação parcial.

De fato, a dicção da norma prevista na alínea “f” nos remete a uma possibilidade latente de aplicação de penalidade nas hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, uma vez que, de forma conceitual aberta, apregoa a norma epigrafada a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversas das iras previstas no inciso II, do art. 42, quando importe qualquer descumprimento de obrigação tributária principal.

Nesta ordem, entendo possível a revisão do lançamento no sentido de se imputar a penalidade descrita no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 nas hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, antes do advento da Lei nº 10.847/07, desde que renovado ao cabo de novo lançamento a possibilidade do exercício do ônus de defesa pelo autuado.

(...)

Assim, diante do expedito, entendo inaplicável à sanção decorrente do não recolhimento da antecipação parcial tanto na hipótese das empresas normais como nos casos de microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, uma vez que, tratando-se a antecipação propriamente dita e a antecipação parcial de institutos distintos, situação esta reconhecida pelo próprio Estado na ADIN nº 33203-8/2004, dès que a sanção descrita no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 não ancampava o instituto da antecipação parcial antes da Lei nº 10.847/07”.

Aprofundando a discussão que se trava, a dicção da letra “f” do inciso II do art. 42 encerra: “quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal”. Ora, não há prova nos autos de que o contribuinte agiu com dolo, conforme preceitua o diploma referido. Devo dizer, inclusive, que sequer foi cogitada tal conduta no Auto de Infração. E, se assim o é, entendo impossível tal reenquadramento.

Sem maior aprofundamento, o mesmo acontece quando se pretende reenquadrar a multa pelo disposto na letra “j”, inciso IV do art. 42. Lá, na norma referida, está claro que a aplicação daquela multa está vinculada a uma conduta “fraudulenta” (“quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei”), que também não é trazida à baila neste PAF.

Por tudo o quanto exposto, entendo que deve ser mantida a Decisão recorrida quanto às infrações 5 e 6, entretanto, de ofício, afasto a multa de 60% aplicada em relação aos fatos geradores dos anos de 2004 a 2006.

Por fim, a infração 7 que trata de omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, resulta de demonstrativo analítico e sintético do levantamento quantitativo de estoques, fls. 92 a 107. Quanto a esta infração, também não se insurgiu o contribuinte de maneira efetiva, asseverou, entretanto, que os documentos acostados às fls. 848/860, comprovariam o recolhimento das receitas questionadas. Neste caso, os elementos trazidos aos autos não têm o condão de modificar a Decisão recorrida vez que os referidos parcelamentos foram considerados no levantamento fiscal, fl. 64. Ademais, ainda que facultado ao contribuinte, não foram carreados aos autos elementos que pudesse apontar erros no levantamento fiscal.

Diante de tudo o quanto exposto, voto NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto e, de ofício, declaro insubstancial a infração 2, absorvida pela infração 1 e afasto a multa incidente sobre as infrações 5 e 6.

VOTO VENCEDOR (Quanto a exclusão da multa indicada nas infrações 5 e 6)

Concordo com a Decisão proferida pelo nobre Conselheiro quanto às questões suscitadas no presente Recurso Voluntário, inclusive no que pertine a exclusão, de ofício, da multa aplicada na infração 2. Entretanto, discordo daquela a respeito da inaplicabilidade da multa de 60% em relação às infrações 5 e 6, que tratam da exigência do imposto por antecipação parcial, relativa aos exercícios de 2004 a 2006.

Inicialmente, ressalto de que o autuante aplicou a multa de 60% inserta no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, fato ratificado pela JJF.

Quando da instituição da chamada “antecipação parcial” na norma tributária deste Estado em 2004, a Lei nº 7014/96 não a especificou, inicialmente, no seu capítulo que se refere às penalidades aplicáveis às infrações tributárias. Isso somente aconteceu com a alteração introduzida no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/2007, quando foi acrescentada a expressão “inclusive por antecipação parcial”. Este fato gerou inúmeras controvérsias (interpretação a ser dada ao instituto da antecipação parcial), no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que ela se pronunciasse acerca desta penalidade a ser aplicada. Com a intervenção do Supremo Tribunal Federal – STF na ADIN nº 33203-8/2004, a matéria foi pacificada, ou seja, hoje se distingue as figuras da antecipação parcial, da chamada antecipação propriamente dita e da antecipação por substituição tributária, tendo em vista que a primeira não encerra a fase de tributação e, por tal situação, não pode ser aplicada às mercadorias enquadradas no regime da antecipação ou substituição tributária (§ 1º, III, do art. 352-A, do RICMS/BA).

Diante deste quadro, a multa aplicada de 60%, com arrimo no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 não pode ser aplicada aos lançamentos cujos fatos geradores ocorreram antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, já que o dispositivo normativo não açambarcava a figura da antecipação parcial, dizendo respeito ao instituto da substituição/antecipação tributária.

Todavia, já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos geradores, a norma tributária-penal, inserida no art. 42, inc. II, alínea “F”, que nos remete à possibilidade de aplicação da multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que a forma conceitual aberta do referido dispositivo apregoa a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas especificadamente no art. 42 da Lei nº 7.014/96, que importe em descumprimento de obrigação principal. E, ressalto, para o específico caso não se pode aventar ofensa ao princípio da irretroatividade das normas de conteúdo sancionatório, já que os fatos são regidos pelas normas vigentes à época da sua ocorrência. Assim, seguindo esta linha de entendimento, mostra-se juridicamente possível o re-enquadramento da infração originalmente imputada, conforme autoriza o art. 142 c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN) ao disciplinar o ato de lançamento tributário. No caso presente, houve equivocado enquadramento do fato infracional apurado nas infrações 5 e 6 no art. 42, inc. II, letra “d”, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”, todavia, esse equívoco, não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Pelo exposto, reviso, de ofício, o lançamento das infrações 5 e 6, reenquadrando a infração praticada pelo contribuinte, atinente à falta de recolhimento da antecipação parcial, para o art. 42, inc. II, letra “f”, relativamente aos fatos geradores anteriores à edição da Lei nº 10.847/07, ficando, todavia, ressalvada a possibilidade do contribuinte requerer a dispensa da multa a ele imposta, se valendo do meio processual previsto no art. 158 do RPAF, com pedido dirigido à Câmara Superior, considerando que o errôneo enquadramento do fato infracional pelo autuante induziu o contribuinte a erro, impossibilitando que o mesmo exercesse o direito de pagamento do tributo com redução de 100% da multa, conforme autoriza o comando normativo contido no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido o CONSEF tem reiteradamente se manifestado.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto e, de ofício, reenquadro a multa de 60% aplicada nas infrações 5 e 6 do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 para o art..42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e mantendo a exclusão da penalidade no valor de R\$140,00 incorretamente aplicada em relação à infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto ao mérito, de ofício, decretar improcedente a infração 2 e, por maioria, em relação à exclusão da multa indicada nas infrações 5 e 6, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207095.0121/08-0, lavrado contra CERQUEIRA LOULA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (CERQUEIRA LOULA LTDA.), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$394.073,90, acrescido das multas de 60% sobre R\$370.002,53 e 70% sobre R\$24.071,37, previstas no art. 42, II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de R\$740,00, previstas no art. 42, XVIII, alíneas “a” e “c” da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto a exclusão da multa indicada nas infrações 5 e 6) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtércio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto a exclusão da multa indicada nas infrações 5 e 6) – conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois, Jose Antonio Marques Ribeiro e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto a exclusão da multa indicada nas infrações 5 e 6)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR (Quanto a exclusão da multa indicada nas infrações 5 e 6)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS