

PROCESSO	- A. I. N° 0255058101/91
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DICEL REFEIÇÕES COLETIVAS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (DICEL REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.)
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 4 <sup>a</sup> JJF n° 0210-04/10
ORIGEM	- INFAZ VAREJO
INTERNET	- 18/03/2011

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0034-12/2011

**EMENTA: ICMS.** ALTERAÇÃO DOS PERCENTUAIS E DA TIPIFICAÇÃO DAS MULTAS INDICADAS NA PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA INFRAÇÕES. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB), visando alterar penalidades e enquadramento legal de tipificação de multa. É cediço o entendimento de que é possível em matéria tributária a retroatividade benéfica da lei, de acordo com artigo 106 do CTN, fato não observado quando do julgamento de primeira instância. Percentuais de multa alterados e tipificação adequada. Representação **ACOLHIDA.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, com base no artigo 119, Inciso II, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei n°. 3.956/81, combinado com o 114, Inciso II, § 1º do RPAF/99, visando efetivar alterações na Resolução contida no Acórdão JJF 0210-04/10 (fls. 416 a 420).

Argumenta o órgão Representante que

*“...trata-se de provocação da GECOB que, na forma das considerações adiante transcritas, sugeriu a esta PROFIS que representasse ao CONSEF para fins de alteração dos percentuais e/ou tipificação das multas aplicadas ao contribuinte. Confira-se: ‘quando do saneamento, verificamos a necessidade de algumas alterações e por esse motivo, com base no art. 119, Inc. II, e § 1º, do COTEB, estamos encaminhando à PGE/PROFIS sugerindo representação ao CONSEF para que sejam analisadas as seguintes retificações na Resolução (fl. 420):*

*1 – Infração I – uso indevido de crédito fiscal referente a Notas Fiscais inidôneas nos valores de Cr\$1.705,15, com multa de 120% (art. 47 inc. IX do COTEB) e CR\$1.892.337,22 com multa de 150% (art. 61 inc. IV alínea j da Lei 4825/89) – alterar estas multas para 100% conforme art. 42 inc. IV alínea j da Lei 7014/96 a atualmente vigente e sua aplicação retroativa nos termos do disposto no Art. 106 inc. II – c do CTN (código da infração 01.02.11);*

*2 – Infração II – recolhimento a menor por erro na apuração mensal do imposto no valor de Cr\$2.600.399,46 com multa de 50% - alterar a tipificação da multa para art. 61 inc. II alínea a da Lei 4825/89 vigente à época do fato gerador (código da infração 03.02.04);*

*3 – Infração III – falta de recolhimento da diferença de alíquota no valor de Cr\$106.138,34 – alterar a multa para 60% conforme art. 61 inc. III alínea b da Lei 4825/89 vigente à época do fato gerador por não haver previsão específica para o caso na referida Lei (código da infração 06.01.01).*

*E em relação à penalidade formal de 30 UPFs – alterar a tipificação da multa para art. 61 inc. XVIII alíneas ‘a’ e ‘b’ da Lei 4825/89 (código da infração 16.04.06)’ (fls. 437).*

*Examinados os autos, concluo serem procedentes, pelos seus próprios fundamentos, as considerações formuladas pela GECOB, razão pela qual está o presente auto, relativamente aos percentuais/tipificação das multas aplicadas, maculado de flagrante ilegalidade, o que justifica a propositura da presente Representação a esse egrégio CONSEF.*

*Saliente-se, por oportuno, que não sendo caso de revelia, uma vez que o contribuinte apresentou, no prazo regulamentar, defesa devidamente submetida à instância de julgamento administrativo, resta afastada a possibilidade de aplicação do quanto previsto nos arts. 119-B do COTEB e 116 do RPAF, que autorizariam esta PROFIS a, independentemente de Representação ao CONSEF, determinar a correção da multa aplicada.*

Assim, à vista da ilegalidade flagrante ora vislumbrada, é que, com fulcro no art. 114, II e § 1º, do RPAF, e no art. 119, II e §1º do COTEB, represento ao Eg. CONSEF, a fim de que reste autorizada a alteração dos percentuais e tipificação de penalidades aplicadas na autuação, nos exatos termos sugeridos pela GECOB às fls. 437". (observação: mantida a grafia original).

Em despacho de fl. 440, a ilustre procuradora Assistente, no uso da prerrogativa contida na Lei Complementar nº. 34/09, artigo 41, inciso II, acompanha e convalida os termos da Representação proposta.

## VOTO

Trata-se de Representação apresentada com base no artigo 119, Inciso II, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº. 3.956/81, combinado com o 114, Inciso II, § 1º do RPAF/99, visando efetivar alterações na Resolução contida no Acórdão JJF 0210-04/10 (fls. 416 a 420).

O lançamento, datado de 31 de outubro de 1991, foi apreciado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que através do Acórdão nº 0210-04/10 (fls. 416 a 420) manteve o lançamento como integralmente procedente, razão pela qual, afasta-se, de plano, a aplicação da regra estatuída nos artigos 119-B do COTEB e 116 do RPAF, que autorizam a PGE/PROFIS de ofício, independentemente de Representação ao CONSEF, determinar a correção da multa aplicada.

No momento do lançamento, vigiam as disposições do COTEB, com a redação da época, bem como do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 28.593/81. O que busca a Representação ora apreciada, é apenas e tão-somente adequação das penalidades contidas no lançamento, em relação às vigentes quando do julgamento, em nome do princípio da retroatividade benéfica da lei, especialmente em relação às infrações 1, 2 e 3.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da irretroatividade relativa da lei ao determinar que esta não atingirá o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI); ou quando prevê que "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*" (artigo 5º, inciso XXXIX). Em matéria tributária, entretanto, o entendimento é de que a Carta Magna proíbe a cobrança de tributos em relação "*a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*" (artigo 150, inciso III, alínea "a"). Por outro lado, diz o artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional que a lei aplica-se ao ato ou fato pretérito, ou seja, ocorrido antes do início de sua vigência, em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, ressalvando a aplicação de penalidade pela infração dos dispositivos interpretados.

A redução de penalidade no Direito Tributário aplica-se a fatos futuros e pretéritos. Esse é o comando do Código Tributário Nacional. A previsão da aplicabilidade dessa redução se encontra no artigo supramencionado desse instrumento legal. Isso se dá em nome do princípio da retroatividade benigna, da *lex mitior*, da aplicação da lei mais benéfica.

Este princípio faz parte do rol dos princípios limitadores ao poder de tributar do Estado. Conforme disposto no mencionado dispositivo, fica estabelecida proibição da cobrança de tributo em relação a fato gerador ocorrido antes da vigência da lei que o institui ou o majora, aceitando-se, entretanto, que a lei volte no tempo, para imposição de penalidade benigna ao infrator tributário, como no presente caso.

A jurisprudência, igualmente acata e aplica tal dispositivo, conforme se depreende de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, através do Ministro José Delgado:

*"A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que, nos casos em que ainda não houve trânsito em julgado da execução fiscal, é plenamente possível a aplicação da lei posterior mais benéfica ao contribuinte, inclusive nos casos de redução da multa moratória".*

Em igual sentido, o Ministro Teori Albino Zavascki, assim se manifestou:

*"A Primeira Seção consolidou o entendimento de que a redução da penalidade aplica-se aos fatos futuros e pretéritos, por força do princípio da retroatividade da lex mitior consagrado no art. 106 do CTN. Precedentes:*

*RESP 204799/SP, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 30/06/2003; RESP 464372/PR, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 02/06/2003. 2. Aplica-se retroativamente a redução da multa moratória, por ser mais benéfica ao contribuinte, aos débitos objeto de execução não definitivamente encerrada, entendendo-se como tal aquela em que não foram ultimados os atos executivos destinados à satisfação da prestação. Precedentes: Resp 491242/RS, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 06.06.2005; EDcl no RESP 332.468/SP, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 21.06.2004”.*

Dessa forma, doutrina, legislação e jurisprudência caminham no mesmo sentido, inexistindo dissensões a respeito da matéria em foco.

No caso concreto, vemos que a Representação proposta, pretende apenas e tão-somente aplicar tal princípio ao caso presente, fato que passou despercebido ao julgador de primeira instância, conforme veremos a seguir.

Quando da lavratura do Auto de Infração a autuante, como não poderia deixar de ser, aplicou a legislação então vigente, utilizando-se dos percentuais de 120% e 150%, no caso específico da infração 1, nos termos então previstos no artigo 47, inciso IX do COTEB e artigo 61, inciso IV, alínea “j” da Lei 4.825/89. Com as mudanças ocorridas no imposto, e a consequente edição da Lei nº. 7.014/96, ainda em vigor, a qual revogou expressamente a Lei nº 4.825/89, através do artigo 42, inciso IV, alínea j, o percentual de multa foi alterado para 100%, referente ao percentual de multa alcançado por esta infração.

Mesma sistemática há de ser adotada para a infração 3, diante do fato de não haver previsão específica para o caso na Lei nº 4.825/89, vigente à época do fato gerador, alterar o percentual de multa aplicada para 60%, em conformidade com o artigo 61, inciso III, alínea “b”.

No tocante à infração 2, há de se alterar o enquadramento legal e a tipificação da multa aplicada para aquele contido no artigo 61, inciso II, alínea “a” da Lei 4.825/89 vigente à época do fato gerador, mantendo-se, entretanto, o percentual aplicado, mesma alteração, quanto à tipificação da multa para aquela contida no artigo 61, inciso XVIII, alíneas ‘a’ e ‘b’ da Lei 4.825/89, consoante item IV da Representação.

Dessa forma, entendo que pelos argumentos acima expostos, em atenção à norma legal, e aos comandos da Lei Maior, a Representação deva ser ACOLHIDA, procedendo-se às modificações solicitadas, conforme abaixo descritas:

INFR.	PERC. DA MULTA	CÓDIGO DA INFRAÇÃO	DISPOSITIVO APLICADO NA INFRAÇÃO	VALOR EXIGIDO (R\$)
1	100%	01.02.11	Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, de acordo com o art. 106, II, “c”, do CTN	1.894.042,37
2	50%	03.02.04	Art. 61, II, “a”, da Lei nº 4.825/89	2.600.399,46
3	60%	06.01.01	Art. 61, III, “b”, da Lei nº 4.825/89	106.138,34
Multa 30 UPFs		16.04.06	Art. 61, XVIII, “a” e “b”, da Lei nº 4.825/89	324.890,70
<b>TOTAL</b>				<b>4.925.470,87</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS