

PROCESSO - A. I. Nº 0222110122/09-0
RECORRENTE - LÍDER MOVÉIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0316-01/09
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 30/06/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0157-12/11

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO NA CONDIÇÃO DE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. De acordo com a Lei nº 8.967/2003, as aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação e destinadas à comercialização estão incluídas no regime de antecipação tributária parcial. O sujeito passivo comprova que parte do débito exigido foi pago mediante Denúncia Espontânea. Infrações parcialmente caracterizadas. Modificada a Decisão recorrida. Adequada a multa indicada de 50% para a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à aplicação da multa relativa aos fatos geradores de 31/05/2006, 30/06/2006 e 31/05/2008 (itens 1 e 2). Decisão por maioria. Decisão unânime quanto ao mérito.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$8.152,95, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 05/03/2009 decorre de três infrações, entretanto, diante do reconhecimento do cometimento da infração 2, parte da infração 1, e declaração de haver pago os valores exigidos na infração 3, restam objeto do presente Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte parte da infração 1 e infração 3, como segue:

***Infração 1.** Efetuou a menos o recolhimento do ICMS antecipação parcial no valor de R\$2.898,45, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, nos meses agosto e setembro de 2004, maio e junho de 2006, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado. Multa de 50%;*

***Infração 3.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial no valor de R\$79,02, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, relativo a maio de 2008, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado. Multa de 50%;*

Da apreciação dos argumentos defensivos trazidos pelo autuado, além das contra razões do fiscal autuante, a 1ª JF, à unanimidade, decidiu pela procedência da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

“Examinando os autos verifico que as Infrações cuidam da exigência da antecipação parcial devida por força do art. 352-A 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. Neste caso, observando a planilha original de fls. 13 e 14, que fundamentam o valor devido na Infração 02, vejo que o ICMS destacado nos documentos fiscais foi corretamente deduzido como crédito fiscal.

Analisando os autos, observo que o contribuinte reconheceu a Infração 02, na íntegra, assim como as ocorrências de 31/05 e 30/06 de 2006 da Infração 01, valores que foram, inclusive, objeto de parcelamento conforme fl. 92, ao tempo que disse que o ICMS correspondente às ocorrências de 31/08 e 30/09 de 2004 foi pago através de parcelamento anterior que aponta no documento “Histórico dos Pagamentos Realizados” que

anexou às fls. 77 a 80 dos autos, razão pela qual impugna essas ocorrências da Infração 01. Em relação à Infração 03, no valor de R\$79,02, disse que em 15/05/2008 recolheu R\$37,18 conforme menção e destaque que faz no documento “Histórico dos Pagamentos Realizados” citado, e que a diferença de R\$41,84 foi recolhida conforme o DAE que anexou à fl.81.

Entretanto, em relação a essas justificativas defensivas, constato que os documentos juntados pelo autuado como prova para suas alegações, não são capazes de elidir os valores não reconhecidos na forma que aduz porque tanto o documento “Histórico dos Pagamentos Realizados” como o DAE de fl. 81, por ele anexados, não possuem identificações que possam relacioná-los aos valores não reconhecidos da Infração 01 e à nota fiscal de entrada nº 814 (fl. 68) da Infração 03.

Desse modo, estando caracterizadas as infrações, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, cabendo homologação dos valores já recolhidos.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 105 a 106, o contribuinte retorna aos autos e diz que se valeu de dados da própria SEFAZ - “Histórico dos Pagamentos Realizados” para demonstrar os pagamentos que houvera realizado. Diz ainda que cuidou de destacar os competentes documentos comprobatórios de maneira a que o “zeloso auditor fiscal autuante não tivesse dificuldade em constatar a sua assertiva no processo defensivo”. – cita os documentos de nº. 1 a 23 apensos a este PAF.

Informa que os documentos de nº. 1 a 3, de 27/10/2004, referem-se a uma denúncia espontânea e que nesses documentos estão relacionados os débitos fiscais exigidos na infração 2. Prossegue dizendo que em 29/10/2004 deu início ao pagamento parcelado do débito através de DAE no valor de R\$ 479,56. Informa ser este DAE o mesmo que o julgador de 1ª Instância afirma que não está relacionado com os valores reconhecidos da infração – afirma que todos os documentos juntados por ele, contribuinte, guardam relação com a citada denúncia espontânea.

Pede que seja provido o Recurso Voluntário interposto para declarar extinta a cobrança pretendida.

A PGE/PROFIS, pela Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fl. 132, sugere que o feito seja convertido em diligência à ASTEC/CONSEF para que fossem apurados se os valores indicados pelo recorrente, efetivamente, haviam sido objeto de parcelamento anterior à autuação.

A 2ª CJF, em pauta suplementar, resolveu converter o PAF em diligência à ASTEC/CONSEF, com o fim específico de que fosse verificado se efetivamente os valores lançados na infração 1 já haviam sido objeto de parcelamento anterior.

A ASTEC/CONSEF, em Parecer nº 171/10 da lavra do Auditor Fiscal Jorge Inácio de Aquino, fls. 137/138, diz que os valores relativos às ocorrências com datas de 31/08/2004 e 30/09/2004 da infração 1 foram objeto da denúncia espontânea de 27/10/2004, e foram pagas através de Parcelamento nº 600000.5471/04-7. Diz que os valores de R\$37,18, fl 77, e R\$41,84, referentes ao valor principal do DAE, fl. 81, correspondem ao valor exigido na infração 3.

Por fim, elabora novo demonstrativo de débitos informando que a exigência da infração 1 é de R\$892,67 e da infração 2 é de R\$5.175,48, perfazendo um total de R\$6.068,15.

A PGE/PROFIS, em Parecer conclusivo da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fl. 146, diz que uma vez acatadas as alegações do recorrente pela ASTEC/CONSEF, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que o valor do débito seja reduzido, pela exclusão dos valores anteriormente denunciados. Os termos do Parecer retromencionado foram ratificados pela ilustre Dra. Aline Solano Casali Bahia, procuradora assistente.

VOTO (Vencido quanto à multa aplicada nos períodos de 31/05/2006 e 30/06/2006 e 31/05/2008 – itens 1 e 2)

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 1ª JFJ deste CONSEF, Acórdão nº 0316-01/09, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O autuado reconhece o cometimento da infração 2, razão pela qual não será apreciada na análise do presente Recurso Voluntário.

Na análise de mérito, o autuado é acusado de haver efetuado o recolhimento do ICMS antecipação parcial a menos, na condição de empresa de pequeno porte, e de haver deixado de recolher o ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional.

A 1ª JF decidiu pela procedência do Auto de Infração, entretanto, diante das repisadas alegações do recorrente e das dúvidas suscitadas com respeito a pagamentos que teria realizado via parcelamento de denúncia espontânea, a 2ª CJF decide por converter o PAF em diligência com o fim específico de que ficasse determinado se os valores informados pelo contribuinte como pagos constavam dos registros da SEFAZ na mesma condição.

Na diligência requerida pela 2ª CJF, levada a efeito pela ASTEC/CONSEF, restou demonstrado que as alegações recursais eram verídicas e, por consequência, foram acolhidas pelo fiscal diligente que elaborou novo demonstrativo fiscal onde fica demonstrado que os valores exigidos para a infração 1 devem corresponder apenas às ocorrências datadas de 31/05 e 30/06 de 2006, no valor de R\$892,67. Quanto à infração 3, restou demonstrado que os valores exigidos foram recolhidos, entretanto, sobre o valor de R\$41,84, incidiria a multa prevista na peça inicial, vez que o recolhimento da quantia ocorreu após a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto ao que se discute no presente Auto de Infração, verifico que a matéria se concentra na demonstração e confirmação das alegações trazidas em sede de defesa e recurso. Neste sentido, a diligência determinada pela 2ª CJF esclareceu de forma cabal que as alegações trazidas pelo contribuinte eram verdadeiras, o que faz com que o demonstrativo elaborado pelo fiscal diligente seja integralmente acolhido.

Resta demonstrado, portanto, à luz do Parecer ASTEC/CONSEF nº 171/2010, com o qual concordo inteiramente, que a exigência fiscal é em parte descabida e o débito remanesce no valor total de R\$6.068,15, conforme demonstrativo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	B. DE CÁLCULO	ALÍQ. %	MULTA %	ICMS DEVIDO
INFRAÇÃO 1					
31/05/2006	09/06/2006	1.844,53	17	50	313,57
30/06/2006	09/07/2006	3.406,47	17	50	579,10
TOTAL DA INFRAÇÃO					892,67
INFRAÇÃO 2					
31/07/2004	09/08/2004	833,41	17	50	141,68
31/05/2005	09/06/2005	14,18	17	50	2,41
31/07/2006	09/08/2006	270,18	17	50	45,93
31/08/2006	09/09/2006	4.155,76	17	50	706,48
31/10/2006	09/11/2006	3.369,35	17	50	572,79
30/11/2006	09/12/2006	5.958,29	17	50	1.012,91
31/03/2007	09/04/2007	4.837,53	17	50	822,38
30/04/2007	09/05/2007	7.249,29	17	50	1.232,38
30/05/2007	09/06/2007	2.499,35	17	50	424,89
30/06/2007	09/07/2007	1.256,65	17	50	213,63
TOTAL DA INFRAÇÃO					5.175,48
TOTAL GERAL					6.068,15

Todavia, de ofício, afasto a multa aplicada incidente sobre o débito remanescente das referidas infrações. Isso porque entendo que se apresenta inaplicável a penalidade pelo não recolhimento da antecipação parcial, especialmente porque o próprio legislador baiano, numa evidente interpretação autêntica da norma insculpida no art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, distinguiu os institutos da antecipação parcial e da antecipação “*strictu sensu*”, corroborando tese já defendida pelo próprio Estado na ADIN nº 33203-8/2004.

Logo, restou demonstrado no novel excerto legal que o conceito inserto no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7014/96, especificamente o termo “antecipação”, de fato, não abarcava a figura da “antecipação parcial”, conquanto derivados de fontes conceituais distintas.

Dá porque o legislador baiano, em face da manifesta distinção entre os dois institutos, NÃO QUIS imputar qualquer penalidade pelo inadimplemento do pagamento do imposto a título de antecipação parcial.

É de corriqueira sabença que o sistema jurídico brasileiro destaca atenção especial às chamadas “normas sancionatórias”, especialmente aquelas de caráter penalizador, tendo em vista a semelhança destas com aquelas de natureza penal, exigindo, ambas, um perfeito delineamento à luz do princípio da tipicidade cerrada.

Nesse sentido, ainda a respeito da norma sancionatória fiscal, invoco o já consolidado velho brocardo latino *nullum tributum nulla poena sine lege*.

Mas não é só. Aplica-se à hipótese ora apreciada, no mínimo, o princípio da irretroatividade das normas que cominam sanções, argumento que, de *per si*, seria suficiente para que a multa de 50%, aplicada nas infrações 1 e 2 do presente Auto de Infração estivesse inquinada de flagrante impropriedade.

A hipótese, portanto, é indubitavelmente de tipificação de infração sem fixação de penalidade.

Esclareço que esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, inclusive, já se manifestou nessa diretiva, através do Acórdão nº 0206-12/08, da relatoria do Cons. Helcônio Almeida. Naquela mesma oportunidade, o ilustre Presidente da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Conselheiro Tolstói Seara Nolasco, proferiu voto em separado quanto à fundamentação, concordando com o relator do processo, mas trazendo, com proficiência ímpar, argumentos outros a robustecer, ainda mais, o entendimento então esposado e ora ratificado.

Destaco que a Douta PGE/PROFIS **manifestou-se, na assentada do julgamento, pelo afastamento da multa aplicada no referido Auto de Infração!** Daí porque, não vislumbro outra possibilidade ao deslinde do presente feito, senão a de julgar parcialmente procedente, com afastamento da multa cominada para as referidas infrações.

Assim sendo, e ante tudo o quanto exposto, conheço do Recurso Voluntário interposto e voto pelo seu PROVIMENTO PARCIAL, modificando a Decisão recorrida para exigir do Contribuinte ICMS no valor de R\$6.068,15. Entretanto, de ofício, afasto a multa de 50% aplicada em relação aos fatos geradores discutidos nas infrações 1 e 2.

VOTO VENCEDOR (Quanto à multa aplicada nos períodos de 31/05/2006 e 30/06/2006 e 31/05/2008 – itens 1 e 2)

Concordo com a decisão proferida pelo nobre Conselheiro quanto às questões suscitadas no presente Recurso Voluntário. Entretanto, discordo daquela a respeito do afastamento da multa aplicada incidente sobre o débito remanescente das infrações que dizem respeito à antecipação parcial.

Quando da instituição da chamada “antecipação parcial” na norma tributária deste Estado em 2004, a Lei nº 7014/97 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 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. De igual sorte, a multa de 50% com base nas determinações do art. 42, I, “b”, 1 da referida lei, pois ela trata de infrações concernentes à falta de recolhimento do imposto por antecipação/substituição tributária pelas microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, tudo conforme acima explicitado.

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, ressaltado, 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 1 e 2 fatos geradores de 31/05/2006, 30/06/2006 e 31/05/2008 no art. 42, inc. I, letra “h”, item 1, 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 da infração ora em questão, reenquadrando a multa 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.

Conheço do Recurso Voluntário interposto e voto pelo seu PROVIMENTO PARCIAL, modificando a Decisão recorrida para exigir do Contribuinte ICMS no valor de R\$6.068,15. Entretanto, de ofício, reenquadro a multa de 50% aplicada nas infrações 1 e 2 para aquela de 60% prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à aplicação da multa relativa aos fatos geradores de 31/05/2006, 30/06/2006 e 31/05/2008 (itens 1 e 2), com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 022211.0122/09-0, lavrado contra **LÍDER MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.068,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à multa aplicada – itens 1 e 2) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtércio Serpa Júnior e Cabral Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto à multa aplicada – itens 1 e 2) – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Ivo Moraes Soares.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à multa aplicada – itens 1 e 2)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR
(Quanto à multa aplicada – itens 1 e 2)

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