

PROCESSO - A. I. N° 298938.0001/08-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EVILÉSIO FERREIRA DIAS DE MONTE SANTO (MERCADINHO HIPER REAL)
RECORRIDOS - EVILÉSIO FERREIRA DIAS DE MONTE SANTO (MERCADINHO HIPER REAL) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF n° 0077-03/09
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA
INTERNET - 08/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0168-12/11

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Imputação elidida em parte após as correções efetuadas mediante diligência fiscal. Modificada a Decisão recorrida. 2. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. É devido o pagamento do imposto, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Adequada a multa de 50% indicada no lançamento para prevista no art. 42, II, “f”, da Lei n° 7.014/96. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. Fato demonstrado nos autos. Infrações elididas em parte. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Indeferida a preliminar de nulidade requerida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime. Decisão não unânime quanto à multa indicada na segunda infração.

RELATÓRIO

Trata-se de Recuso de Ofício contra a Decisão prolatada, relativa às infrações 1 e 3, bem como Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração lavrado em 31 de março de 2008, especialmente as infrações 1, 2 e 3, com exigência de R\$1.134.813,51 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 70%, através do Acórdão JJF N°. 0077-03/09 (fls. 906 a 917), lavrado em virtude da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada através de saldo credor de caixa nos exercícios de 2004 e 2005, apurado na forma do demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 13. ICMS no valor de R\$474.120,56, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2004 - meses de março a dezembro. Exercício de 2005 - meses de janeiro a maio, e de outubro a dezembro. Demonstrativo às fls. 258 a 261. ICMS no valor de R\$21.908,28, acrescido da multa de 50%.

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2004 - meses de janeiro a dezembro. Exercício de 2005 - meses de janeiro a novembro

A Decisão objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário ora apreciados foi a seguinte, após não acolher as preliminares arguidas pelo sujeito passivo:

“No mérito, o presente Auto de Infração trata das três imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

No que tange à infração 01, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa nos exercícios de 2003 e 2004, com exigência do ICMS no valor de R\$9.868,21, acrescido da multa de 70%, constam às fls. 24 a 499 deste processo cópias das notas fiscais acompanhadas de documentos das empresas emitentes - que assinalo estarem localizadas em diversas Unidades da Federação, a exemplo de Rio de Janeiro, Bahia e Pernambuco - confirmando a realização das operações com o destinatário, qual seja, o autuado, e este limitou-se a negar a ocorrência dos fatos ali documentados. Em tais documentos os fornecedores informam ao Fisco deste Estado também as formas de pagamento utilizadas pelo sujeito passivo, tais como a emissão de duplicatas.

Não acato a alegação defensiva de que o Fisco não poderia ter-se utilizado de dados que não estivessem escriturados por ele, autuado, porque, na apuração da regularidade do cumprimento das obrigações principal e acessória, o Fisco, por dever de ofício, está obrigado a utilizar todos os elementos lícitos de investigação. O sujeito passivo não comprovou que o Fisco teria incorrido em desobediência ao regular procedimento profissional, inclusive na metodologia empregada para apuração das infrações imputadas, não tendo também, o contribuinte, comprovado a inviabilidade do uso dos arquivos magnéticos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA, e de informações constantes do Sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, na apuração de débitos tributários.

A utilização, pelo Fisco deste Estado, dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, decorre do fato de ter esta unidade da Federação, aderido ao Convênio ICMS 57/95, celebrado de acordo com os termos da Lei Complementar nº 24/75.

Não cabe a este Conselho a apreciação de matéria atinente a programação de fiscalização, e demais atribuições concernentes ao planejamento da Administração Tributária.

Ademais, o autuante não se limitou a utilizar os dados enviados eletronicamente ao Sistema SINTEGRA pelos fornecedores do autuado mas, a partir dos dados ali constantes, solicitou formalmente àqueles contribuintes a informação quanto às operações realizadas, e suas formas de pagamento, solicitação esta também atendida em caráter formal, conforme documentos de fls. 24 a 499, já mencionados neste voto.

Em relação ao saldo inicial considerado para o exercício de 2005, o autuante expôs que não considerou o saldo credor de caixa de 2004 como saldo inicial do exercício subsequente, como pretende o autuado, porque o saldo credor apurado em 2004 ocorreu em razão dos pagamentos não contabilizados. Se houve saldo credor em 2004, e foi exigido o tributo respectivo, em janeiro de 2005 o contribuinte não dispunha de saldo de caixa, e é por este motivo que o saldo inicial é “zero”.

Porém o autuante, em sua primeira informação fiscal, de forma correta acatou a alegação defensiva em relação à exclusão do valor de R\$24.294,70 do demonstrativo de caixa, anexado à fl. 611.

Em relação às notas fiscais elencadas pelo autuado, não as excluiu do levantamento de caixa porque o pagamento às mesmas relativos originaram-se de operações anteriores às mesmas, e não às operações com as mercadorias que as mesmas acobertavam naquele momento, mas as excluiu da infração 03; e quanto às notas fiscais relativas aos Autos de Infração mencionados pelo contribuinte, não foram incluídas nos levantamentos de caixa anexados a este processo, no que assiste razão ao autuante.

O preposto do Fisco anexou novo demonstrativo do caixa reduzindo de R\$62.865,87 para o valor de R\$60.679,35 o ICMS devido no exercício de 2004, e mantendo o valor de ICMS exigido para 2005, de R\$411.254,69, totalizando a exigência de ICMS no montante de R\$471.934,04 para a Infração 01.

Em relação ao argumento defensivo de que o roteiro de caixa seria inapropriado para a apuração do saldo devedor de ICMS, quando a empresa trabalha basicamente com produtos incluídos no regime de substituição tributária, ou com mercadorias isentas, ou não tributadas, em obediência a diligência determinada por este Conselho o Fisco o intimou para apresentar demonstrativo da proporcionalidade das mencionadas operações em relação àquelas tributadas nas saídas, e o autuado não apresentou comprovante neste sentido, com o que inviabilizou, inclusive, a adoção do critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007. Pelo exposto, considero procedente em parte a Infração 01, conforme demonstrativo à fl. 611 e tabela a seguir:

Data de Ocorrência	ICMS
31/12/2004	60.679,35
31/12/2005	411.254,69
TOTAL	471.934,04

Em relação à infração 02, falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março a agosto, e de outubro a dezembro de 2004, verifico que as notas fiscais elencadas pelo contribuinte não foram consideradas para a apuração do imposto relativo a esta imputação em duplicidade.

A antecipação parcial está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, e a Lei nº 7.357/98, em vigor à época dos fatos objeto desta lide, em seu artigo 5º, inciso II, determina que o tratamento simplificado a que se refere não se aplica ao pagamento de ICMS nas operações sujeitas a antecipação. Não está incluída, na competência deste Conselho, a apreciação da constitucionalidade de dispositivo legal, pelo que não aprecio, neste voto, as alegações defensivas neste sentido.

Uma vez que o contribuinte não comprova o pagamento do imposto lançado, e estando os demonstrativos fiscais - cujos dados numéricos, em específico, não foram contestados pelo sujeito passivo - e os documentos fiscais que embasam esta imputação acostados ao processo, tendo sido todos regularmente entregues ao sujeito passivo, como já relatado, considero procedente a imputação 02.

Quanto à infração 03, falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos exercícios de 2004 e de 2005, assinalo que a Lei nº 7.357/98, em vigor à época dos fatos objeto desta lide, supramencionada, em seu artigo 5º, inciso II, também determina que o tratamento simplificado a que se refere não se aplica ao pagamento de ICMS nas operações sujeitas a substituição tributária.

Contudo, diante das alegações defensivas, o autuante excluiu, no demonstrativo que acostou às fls. 616 a 624, e posteriormente nos novos demonstrativos de fls. 667 a 676 – todos entregues ao sujeito passivo - as Notas Fiscais nºs 47406, 47407, 47601, 47756, 48124, 485560, 48818, 48962, 49334, 49465, 49466, 49467, 49758, 49807, 50073, 50134, 50160, e 50194, objeto do Auto de Infração nº 298621.0009/05-0, reduzindo o débito lançado de ofício, conforme consta no Relatório objeto deste voto. O contribuinte não contesta, de forma específica, os dados numéricos relativos aos novos demonstrativos anexados ao processo, e não comprova o pagamento do imposto lançado. Por estes motivos, estando lastreada a imputação na documentação acostada aos autos, considero procedente em parte a infração 03, no valor de R\$454.984,35, conforme demonstrativo às fls. 667 a 676 e tabela a seguir:

Data de Ocorrência	ICMS
31/01/2004	927,53
28/02/2004	1.197,30
31/03/2004	2.770,38
30/04/2004	650,83
31/05/2004	672,28
30/06/2004	1.152,02
31/07/2004	2.563,64
31/08/2004	1.756,06
30/09/2004	631,04
31/10/2004	1.655,99
30/11/2004	3.022,47
31/12/2004	1.997,10
31/01/2005	43.701,30
28/02/2005	25.415,71
31/03/2005	84.461,88
30/04/2005	29.704,52
31/05/2005	28.818,28

30/06/2005	79.344,53
31/07/2005	74.740,73
31/08/2005	30.675,43
30/09/2005	38.906,10
31/10/2005	141,93
30/11/2005	77,30
TOTAL	454.984,35

Quanto à utilização da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, §2º, inciso II, do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$948.825,67”.

Diante da sucumbência da Fazenda Pública Estadual, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 7.851/00, com efeitos a partir de outubro de 2000.

Cientificado da Decisão, o sujeito passivo, por intermédio de seus advogados interpôs Recurso Voluntário (fls. 927 a 965), onde argumenta que a Decisão prolatada não há de prosperar, diante dos argumentos que expõe, que nada mais são do que uma repetição daqueles já apresentados na defesa inicial.

Preliminarmente, invoca a nulidade da ação fiscal no tocante à auditoria de caixa, vez que o autuante “*não considerou elementos essenciais na constituição do demonstrativo de auditoria de caixa: considerou notas fiscais que o Autuado desconhece a aquisição*”, vez que “*ao construir o caixa da empresa baseou-se, portanto, em elementos estranhos à contabilidade e escrita fiscal do autuado*”, sendo este procedimento, no seu entender, “*ao arrepio da lei não merece guarida, porque é manifestamente nula a ação fiscal, uma vez que não adota os métodos normais de fiscalização e impossibilita a plena defesa do Autuado, além de não se poder assegurar com certeza o cometimento de qualquer infração à legislação tributária, como, aliás, tem sido o posicionamento deste CONSEF em diversos acórdãos*”.

Assim, tal item seria “*nulo, portanto, de pleno direito por estar afrontando os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), além de afrontar o princípio da legalidade do ato administrativo, de que trata o art. 37, caput, c/c o art. 150, I da Carta Política de 1988. Todos, aliás, abarcados no próprio art. 2º do RPAF*”, cujo teor transcreve.

Depois de tecer comentários acerca do cerceamento de defesa, argumenta que tal prática acarretou prejuízo no seu entender, vez que o autuante não teria adotado os critérios regulares do procedimento de auditoria de caixa, o que gerou a indicação dos saldos credores, e que cerceia o direito à ampla defesa, pois não foram dados elementos para impugnar a ação fiscal, ferindo frontalmente o estabelecido no artigo 18 do RPAF/99, cujo teor transcreve, de igual forma.

Aduz que o demonstrativo de caixa acostado aos autos não traz segurança e certeza dos dados lançados, devido ao fato de que o autuante foge às técnicas regulares de auditoria, citando julgado do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, que entende amparar seu pleito.

A seguir, tece considerações acerca dos princípios da Legalidade e da Moralidade do Ato Administrativo, para concluir que “*não cabe, portanto, ao Auditor Fiscal desconsiderar receitas, saldos iniciais, indicar compras que foram efetivada à prazo, como se tivessem sido à vista, o que gerou diferenças no demonstrativo, violando, assim, todas as regras pertinentes ao levantamento de caixa e por consequência carecendo de certeza e segurança na determinação*

da infração, bem como cerceia o direito à ampla defesa do Autuado, transcrevendo Ementas e trechos de julgamentos de processos por este Conselho, que entende não ao encontro da sua tese, relativos a levantamento da conta caixa.

Após transcrever o artigo 60 do RICMS/97, afirma que “*como se vê no demonstrativo em 2004 apurou-se um suposto saldo credor de R\$ 698.509,77 e restou tributado esta receita supostamente omitida, e para 2005 não considera esta receita tributada como saldo inicial! Assim, a não ser que o autuante deixasse evidenciado que os bens adquiridos no exercício de 2004 estivessem na empresa, isto é, que as mercadorias não foram vendidas para dar suporte a novas aquisições*”, o que demonstraria, no seu entender que “*o lançamento fiscal carece de prova necessária à demonstração de que as mercadorias pagas e não registradas não foram vendidas, que, ainda se encontravam ou se encontram no estabelecimento Autuado nos exercícios seguintes ao que se apurou o saldo credor de caixa, sob pena de se estar cobrando duplamente o ICMS sobre o capital já tributado no exercício anterior!*”.

Por fim, solicita que “*diante dos argumentos expendidos, a impugnante aguarda que seja acolhida das preliminares de nulidade*”.

No que concerne ao mérito da autuação, afirma, inicialmente, ser o mesmo improcedente, vez que desconsiderou diversos elementos necessários para caracterização de infrações.

Em relação à infração 1, defende que, embora prevista na legislação, tal presunção (de omissão de mercadorias tributadas, pela constatação de saldo credor de caixa), entende que “*chega-se aos valores que originariam omissões de vendas, após computarem-se todos os elementos de movimentação dos estoques de mercadorias ou produtos especificamente considerados, tais como: estoque anterior, entradas, transferência, devoluções, quebras ou perdas admitidas e não cobertas por seguros, estoque final*.

Sem esse levantamento (que se insere no campo da auditoria contábil, pois visa à revisão contábil da conta ESTOQUE) somente se pode afirmar que houve omissões de receitas, oriundas de vendas não registradas, por uma presunção fiscal ou ficção de leigo, sem qualquer força probante, ainda mais quando o nobre Auditor considerou em seu levantamento notas fiscais que o Autuado desconhece a aquisição, o que gerou diferenças nos exercícios indicados”.

Adiante afirma que “*no presente caso não foi efetuado nenhum levantamento Específico de Mercadorias. Logo, o Auto de Infração “sub judice” que exige ICMS não tem qualquer embasamento fático, que se apóie em fato concreto, palpável, materialmente demonstrável e comprovável (CTN art. 116, I, 114)*”. Argumenta, ainda que “*se pode concluir que o aludido lançamento fiscal exige ICMS sem comprovar materialmente a ocorrência de fato gerador do tributo, o que o leva para o campo da presunção fiscal insustentável em tema de tributos.*”

Após transcrever trechos doutrinários, especialmente de Ives Gandra Martins, acerca da teoria da prova, cita com vários trechos decisões do CONSEF, em situações que entende semelhantes à atual, para, em seguida, citando, especificamente, que o autuante “*considerou a nota fiscal 40680 no valor de R\$ 135.500,00, quando na verdade se trata da aquisição de baú no valor de R\$ 15.000,00, o veículo no valor de R\$ 135.500,00 através da nota fiscal 101524, da Mavel, cuja retirada só se deu em 06/01/2005, consoante descrito no documento fiscal, este pagamento não foi à vista como pretendeu a ação fiscal, mas financiada consoante contrato e guias de financiamento de veículo*”.

Insurge-se contra a aplicação da taxa SELIC, por entender, após transcrever diversos textos legais, inclusive o artigo 161, § 1º do CTN que, como entendem Afonso Celso Pastore e Maria Cristina Pinottim: “*assim sendo, uma vez aplicada a TAXA SELIC haverá aumento mensal do tributo sem lei que estabeleça, pois a determinação dos juros fica a cargo do BANCEN (Banco Central), outra inconstitucionalidade patente ocorre face à indelegabilidade da competência tributária*”, para defender que “*somente outra Lei Complementar pode modificar o teto máximo de juros instituído pelo CTN*”.

Apega-se ao argumento que a utilização da taxa SELIC “*manifesta inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da legalidade e contrariar mandamento inserido em Lei Complementar, fere também o princípio da anterioridade inserto no art. 150, III, “b” e o da anterioridade nonagesimal, disposto para as Contribuições Sociais, no art. 195, § 6º da Carta Política de 1988*”.

Cita, ainda, Decisão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de declarar a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, para, concluir que “*a Taxa SELIC está eivada de inconstitucionalidades, devendo ser excluída do montante do débito*”.

Quanto às infrações 02 e 03, aduz que a legislação do Estado da Bahia, relativa às micro e pequenas empresas (SIMBAHIA), especialmente a “*Lei Estadual de nº. 8.901/03 descaracterizou todo o sistema simplificado de tributação ao possibilitar expressamente, para os casos de micro-empresas, a aplicação de antecipação e substituição tributária. Quanto às empresas de pequeno porte e aos ambulantes não houve qualquer autorização para aplicação da antecipação ou substituição tributária, diga-se de passagem que se trata de legislação especial que derroga a lei geral, afora inconstitucionalidades verificadas*

E mais: entende que “*como se pode perceber, o sistema simplificado foi totalmente descaracterizado e implicou em violação à Carta Magna de 1988, resultando em confisco e oneração das micro e pequenas empresas em relação aos demais contribuintes de ICMS, que submetem-se ao regime normal de tributação*”.

Haja vista que incluiu os integrantes do SIMBAHIA na antecipação parcial, mas manteve-se a vedação à utilização de quaisquer créditos fiscais (art. 3º, § 2º da Lei 7.357/98), ou seja, quando do cálculo da antecipação tributária parcial, in casu, não se poderá utilizar qualquer crédito destacado de ICMS, bem como não se poderá efetuar qualquer utilização de crédito pelo pagamento da antecipação parcial (já que não encerra a fase de tributação)”.

Após discorrer sobre o instituto da antecipação parcial, transcreve inúmeras perguntas e respostas existentes no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia acerca do tema, para concluir que “*desde que as alterações não gerem absurdos e não viole a Carta Constitucional, como, aliás, passou a ocorrer com a edição das Leis Estaduais de nº 8.901/03, 8.967/03 e o Decreto nº 8.969/04*”.

Refuta que “*a argumentar, ainda, que se trata de opção do contribuinte pelo regime, pois o fato de ser uma “opção” não autoriza ao Estado criar ou tornar um sistema inconstitucional, ou seja, que viole as LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR ou qualquer outra norma do Texto Maior que assegure tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas. Vale ressaltar, que vige em nosso sistema o princípio da SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, como será disposto adiante*

Trata a seguir, acerca do que entende ser caráter confiscatório das multas aplicadas, citando mais uma vez entendimento doutrinário, acerca de tal conceito jurídico (confisco), transcrevendo o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, discorrendo longamente, através de transcrição de diversos textos de doutrinadores, acerca da matéria, para finalizar: “*Posto todo o arcabouço doutrinário acerca da vedação da utilização de tributo com efeito de confisco, resta evidente, in casu, a prática abusiva e confiscatória do Estado da Bahia na medida em que exige que o integrante do regime SIMBAHIA faça a antecipação parcial do ICMS e efetue novo pagamento do ICMS sobre a receita bruta ajustada, sem a possibilidade de utilização de qualquer crédito fiscal. Ou seja, faz-se a antecipação parcial do tributo sobre o valor descrito na nota fiscal de entrada da mercadoria e depois tributa-se novamente quando da receita auferida pela revenda das mesmas mercadorias*

Repete a técnica de transcrever trechos do site da SEFAZ sobre antecipação parcial, para, em seguida, abordar o princípio da vedação ao confisco, mais uma vez com inúmeras citações doutrinárias, e concluir que “*em nosso caso, o Estado da Bahia subverteu a ordem constitucional não somente confiscando, in casu, a antecipação parcial a ser paga pelos contribuintes*

integrantes do SIMBAHIA, mas também incorreu em violação ao princípio da capacidade contributiva. As micro e pequenas empresas são economicamente mais fracas e mereceram atenção especial como se depreende da proteção do art. 179 da Carta política de 1988, no entanto, com as alterações pretendidas pelo Estado, passaram a arcar com uma carga tributária maior que as demais empresas na condição do regime normal.

Enquanto para um atacadista integrante do regime normal, será permitido o uso de crédito fiscal, tanto no cálculo da antecipação parcial, assim como do valor pago a título de ICMS antecipação parcial, o micro e pequeno empresário, se não afastada a exigência por este juízo, não terá direito à utilização de qualquer crédito.”

Tece, a seguir, diversos comentários de caráter pessoal sobre o que entende ser injustiça fiscal, no tratamento dado às micro e pequenas empresas, em comparação com as demais, inclusive os atacadistas, aduzindo que tais empresas encontram-se amparadas por proteção constitucional, entendendo que “*as modificações pretendidas pelo Estado da Bahia no sistema do SIMBAHIA configuraram um verdadeiro atentado contra a Carta Magna de 1988*”.

Conclui seu longo arrazoado, solicitando que “*diante do exposto, o Autuado confiando na alta sensibilidade e no espírito elevado dos Senhores Julgadores, espera seja conhecido e provido o presente Recurso, que acolha a preliminar de nulidade e seja declarada NULA A AÇÃO FISCAL no item indicado, caso seja ultrapassada, o que só admite em face do princípio da eventualidade, no mérito, confia que a ação fiscal em tela seja julgada IMPROCEDENTE, pelas razões anteriormente aduzidas*”.

Distribuído para uma das procuradoras lotadas na PGE/PROFIS, em opinativo de fls. 973 a 975, após breve histórico do processo, observa que a Junta de Julgamento Fiscal teve o cuidado de determinar a realização de diligência para apuração de mais elementos que se juntassem às notas fiscais já coletadas, para comprovação de efetiva aquisição de mercadorias, o que foi alcançado, diante dos documentos acostados às fls. 24 a 499 do processo, com reabertura do prazo de defesa em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Apesar de tais providências, o recorrente não trouxe qualquer argumento objetivo sobre os elementos fornecidos pelas empresas remetentes, limitando-se a afirmar que desconhece as notas fiscais incluídas na conta caixa.

Quanto ao argumento de que o saldo inicial do exercício de 2005 deveria ter sido acrescentado da suposta omissão encontrada em 2004, não pode ser acolhida, vez que a presunção legal se reporta a fatos anteriores, ou seja, o saldo credor encontrado em 2004 se refere às omissões anteriores, sem repercussão no exercício seguinte.

Quanto à utilização da taxa SELIC, a matéria já se encontra pacificada, tanto do ponto de vista legislativo, quanto jurisprudencial, transcrevendo, inclusive, o artigo 102, § 2º, do COTEB, além de julgado do STJ relativo à matéria, e sua legalidade.

Finaliza, quanto à antecipação parcial e total do ICMS, que a leitura da legislação pertinente é capaz de afastar o entendimento do recorrente, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Lei nº. 7.357/98, cujo teor transcreve, para finalmente, concluir que opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Sorteado para a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o feito foi convertido em diligência, com o fito de que as aquisições realizadas a prazo deveriam ser alocadas nos respectivos exercícios, segundo as datas de pagamento, razão para que fosse feita a apuração do imposto, aplicando-se a proporcionalidade, sendo dada a ciência ao contribuinte, e concedendo-lhe prazo para manifestação.

A ASTEC/CONSEF, em Parecer de fls. 980 e 981, informa que a empresa não mais se encontra em funcionamento, razão pela qual não foi possível a realização da intimação do sócio, nem mesmo através de contacto com o responsável pela contabilidade da empresa, logrou sucesso, tendo o

advogado da empresa, após cientificado do teor da intimação, ter declarado “*que os termos solicitados na diligência deveriam ser cumpridos pela contabilidade do autuado*”. Informa, ainda, encontrar-se a empresa na condição cadastral de “*baixada*”. Apesar disso, verificando o processo, constatou que algumas notas fiscais que repercutiriam na infração 01 foram excluídas, na forma do demonstrativo de fl. 989, com redução dos valores de ICMS reclamados pela Fazenda Pública.

Cientificado via postal o recorrente não se manifesta.

Em novo Parecer (fl. 1.001), a PGE/PROFIS opina que os autos foram remetidos àquele órgão, para análise, que resultou na emissão do Parecer de fls. 973 e 974 no sentido de não dar provimento ao Recurso Voluntário interposto.

Que, conforme Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o processo foi convertido em diligência, para que fossem consideradas as datas de efetivo pagamento das notas fiscais, refazendo a conta caixa, o que foi feito através do Parecer nº. 175/2010, no qual a ASTEC refez o demonstrativo da conta caixa, reduzindo o valor do débito, conforme planilha de fls. 989 e 990.

Assim, reitera os termos do Parecer anterior, opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para redução do montante devido, nos termos da diligência realizada.

A dnota procuradora assistente, em despacho de fl. 1.002, nos termos da Lei Complementar nº 34/2009, artigo 41, inciso II, acompanha o entendimento firmado no despacho opinativo da PGE/PROFIS.

VOTO

Analizando o Recurso Voluntário, inicialmente aprecio as preliminares de nulidade levantadas pelo recorrente. Primeiramente, quanto às notas que afirma desconhecer a origem, percebo que as mesmas encontram-se no processo, bem como os documentos complementares, compondo os volumosos fólios, tendo o levantamento sido realizado de acordo com as técnicas de contabilidade, que incluem, dentre outras, a chamada “circularização de informações”, não se podendo falar, como pretende o recorrente, em “*em elementos estranhos à contabilidade e escrita fiscal do autuado*”, pelo fato de que em qualquer procedimento de auditoria, devem ser buscados elementos não somente internamente, dentre os elementos disponibilizados pela empresa, como, igualmente, externamente, como feito pelo autuante, não se podendo, pois, aventar-se, ainda que remotamente, qualquer violação aos princípios constitucionais do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa, não tendo o processo qualquer vício que o possa contaminar pela nulidade.

Percebe-se de forma bastante clara, que o recorrente tomou conhecimento de todos os atos processuais, inclusive manifestou-se em diversas oportunidades, embora repetisse de forma exaustiva a mesma argumentação, ou mesmo, quando não se manifestou o fez por conveniência, como, por exemplo, em relação ao demonstrativo de fl. 989, que apresentou redução dos valores de ICMS reclamados, fruto de realização de diligência. Dessa forma, a argumentação preliminar se apresenta, muito mais como mera formalidade, do que propriamente como argumento de força, lastreado em fatos ou elementos, diante da constatação de que a defesa do recorrente parece muito mais preocupada em demonstrar conhecimento jurídico ou capacidade de consulta à doutrina, diante dos diversos trechos citados em suas intervenções, não trazendo de forma direta ou objetiva qualquer fato ou apontamento relativo às suas alegações, razão pela qual não a acolho.

Quanto ao mérito, verifico que a infração 1, diz respeito à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, pela constatação de saldo credor de caixa.

Trata-se de acusação embasada em presunção, dentre aquelas contidas no § 4º, do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, a qual é o resultado de um processo mental, fruto da associação que se forma entre

determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Dessa forma, temos a presunção legal, que só pode ser estabelecida pela lei, sendo classificada em presunção absoluta (*Juris et de Jure*) ou relativa (*Juris Tantum*), onde a primeira não admite prova que possa contrariar o fato presumido e a segunda pode ser desmentida mediante prova que a desmonte.

A legislação do ICMS do Estado da Bahia estabelece dentre outras hipóteses, na Lei nº. 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº. 8.542/02, a ocorrência do fato gerador do imposto quando o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Trata-se, pois, de uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, bastando para isso, serem trazidos ao feito os elementos que o sujeito passivo tivesse para elidir a acusação fiscal, o que não o fez.

Quanto à alegação recursal, de inconsistência do levantamento realizado, vez que despesas apontadas pelo autuante, decorrentes de aquisições de mercadorias que não são reconhecidas pelo sujeito passivo em sua procedência, entendo que o contencioso deve ser plenamente exercido, e isso foi feito ao longo do processo, inclusive, com a realização de duas diligências, com o objetivo de busca da verdade material. Na primeira delas, o autuante textualmente informa (fl. 904) que *“em atendimento à diligência solicitada a esta INFATZ, o contribuinte foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais, bem como, demonstração da proporcionalidade de suas operações de saídas tributadas, cf. fls. 664 a 666, para que se pudesse elaborar novo demonstrativo de débito, caso necessário. No entanto, nossa solicitação não foi atendida, impossibilitando, dessa forma, cumprir o que determina a Instrução Normativa nº. 56/07. Informamos, ainda que ao contribuinte fora entregue cópias do novo ‘Demonstrativo da Substituição Tributária’ e de notas fiscais cf. fls. 667 a 855, não havendo manifestação de sua parte acerca desses novos documentos. Todavia, anexou às fls. 857 a 895, contestação praticamente com igual teor das já apresentadas anteriormente às fls. 559 a 573 e 645 a 658, ou seja, mantendo a arguição de nulidade do lançamento fiscal demasiadamente discutidas e, devidamente combatidas na informação fiscal”*. Já na segunda diligência, sequer compareceu ao processo para cumprir o solicitado.

Além do mais, importa ressaltar que, contrariamente à argumentação do recorrente, neste caso específico da acusação fiscal, como se trata de presunção, cabe a ressalva de aceitação de prova contrária, o que, não aconteceu, apesar das afirmativas constantes do Recurso apresentado, não tendo trazido qualquer prova que comprovasse as suas alegações, e que fosse de encontro à acusação fiscal, apesar do lapso de tempo entre a apresentação do Recurso e o momento deste julgamento, vez que sabidamente, tal hipótese é uma das poucas em que há a inversão do ônus da prova, cabendo, neste caso, a chamada prova negativa, ou seja, aquela que contradita a acusação fiscal.

Assim, verifica-se a possibilidade de aplicação do artigo 142 do RPAF/99, o qual preceitua que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

A mera afirmação de desconhecer as notas fiscais, arguida pelo recorrente não pode prosperar, à vista dos documentos acostados pelo autuante, como bem pontuou o opinativo da PGE/PROFIS. Caso as aquisições não correspondessem aos fatos, ou não se realizaram efetivamente, há de se perguntar: quais foram as providências adotadas pelo recorrente quanto a este fato? Formalizou

queixa policial? Dirigiu-se a alguns dos fornecedores, contestando as aquisições e exigindo a devida retratação ou reparação? O seu silêncio em relação a tais questões é altamente significativo.

Reafirme-se que estamos tratando de presunção de omissão de saídas de mercadorias decorrente da constatação de saldo credor na Conta Caixa, cabendo esclarecer que o lançamento tributário não “inova” em relação a normas ou nova cobrança de imposto sobre mercadorias tributadas, uma vez que não se está cobrando, contrariamente ao alegado, imposto sobre fato já tributado, e sim, em função do fato de que o saldo credor apurado decorre da realização de operações que no momento devido não foram oferecidas à tributação em função da omissão verificada. Por isso descabe tal arguição, a qual não encontra respaldo legal ou fático, não havendo, igualmente, de se argumentar na existência de bitributação, inclusive quanto à antecipação parcial, mero mecanismo de antecipação de arrecadação.

Assim, diante da total ausência de elementos de prova para desconstituir a alegação fiscal, entendo que em relação ao item 1, em função da redução verificada pela diligência, apesar das dificuldades impostas pelo próprio recorrente e seus prepostos, o Recurso Voluntário há de ser PARCIALMENTE PROVIDO, com a adoção dos valores informados na planilha de fl. 990.

De relação aos itens 2 e 3 da autuação, conforme pontuado pela PGE/PROFIS, o recorrente apenas apegia-se à discussão doutrinária a respeito do tema, levantando questões de natureza constitucional, cujo foro não é o presente, e sim o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal. A legislação estadual, especialmente o RPAF/99, prevê em seu artigo 167, § 1º, que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade;

Dessa forma, não cabe a este órgão tecer qualquer consideração acerca das alegadas inconstitucionalidades da legislação do ICMS em relação ao tratamento tributário concedido às pequenas e médias empresas, por impedimento legal.

O que pode ser colocado frente aos questionamentos do sujeito passivo é que a opção pela adoção do regime simplificado de apuração do imposto, ou seja, o tratamento tributário dispensado às pequenas e microempresas é, antes de mais nada, Decisão que compete apenas e tão-somente ao contribuinte, o qual, exerce o direito de optar ou não por este ou aquele regime de apuração do imposto, dentro de sua liberdade e conveniência. Adotado o regime, submete-se à legislação vigente, que na presente situação, é aquela aplicada ao caso, e que implicou na acusação fiscal relativa aos itens 2 e 3 do lançamento.

Com relação à infração 2, verifico que a ocorrência foi constatada em 2004 e 2005, e diz respeito à falta de recolhimento de ICMS por antecipação ou substituição tributária, relativo a aquisições de mercadorias para comercialização em operações interestaduais.

Como bem posto na Decisão de primeiro grau, “a antecipação parcial está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, e a Lei nº 7.357/98, em vigor à época dos fatos objeto desta lide, em seu artigo 5º, inciso II, determina que o tratamento simplificado a que se refere não se aplica ao pagamento de ICMS nas operações sujeitas a antecipação”, possuindo, pois, a necessária base legal para a sua cobrança..

Observo que, quando da instituição da chamada “antecipação parcial” na norma tributária deste Estado através da Lei nº 8.967 de 30/12/2003, efeitos a partir de 01/03/04, não a especificou, inicialmente, no seu capítulo que se refere às penalidades aplicáveis às infrações tributárias. Isso somente ocorreu, através de alteração introduzida no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 10.847/07, produzindo seus efeitos apenas a partir de 28 de novembro de 2007, quando foi acrescentada a expressão “inclusive por antecipação parcial”, contrariamente à redação anterior que apenas se referia a “quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares”. Esta alteração gerou inúmeras controvérsias (interpretação a ser dada ao instituto da antecipação parcial), no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, provocou a Procuradoria Estadual para que ela se pronunciasse acerca de qual penalidade ser aplicada em

tais casos. Com a intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADIN nº 33203-8/2004, a matéria foi pacificada, ou seja, hoje se distingue a figura da antecipação parcial, daquela outra 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, conforme disposto no artigo 352-A, § 1º, inciso III, do RICMS/BA.

Dessa forma, a multa aplicada com base no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei 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 acombarcava 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 inserida no artigo 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 artigo 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 reenquadramento da infração originalmente imputada, conforme autoriza o artigo 142 combinado com o artigo 149 do Código Tributário Nacional (CTN) ao disciplinar o ato de lançamento tributário. No caso em exame, houve equivocado enquadramento do fato infracional apurado na infração 2 (CÓDIGO 01.02.15), no art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, quando o correto seria o artigo 42, inciso II, letra “f”, conforme já explicitado acima.

Entretanto, esse equívoco, não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial, ainda que o autuante tenha erroneamente capitulado a infração aplicada no artigo 42, Inciso I, letra “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, conforme acima afirmado, o que representaria o percentual de 50%, o qual deve ser modificado, segundo o entendimento já pacificado neste órgão julgador.

Por tais argumentos, entendo que a infração deva ser mantida, com adequação da multa aplicada pelo autuante para o percentual de 60% (CÓDIGO 01.02.15), alterando-se também o enquadramento legal da mesma.

Em que pese tal agravamento da multa ora proposto, o sujeito passivo, ao amparo do artigo do RPAF/99 pode, atendidos os requisitos do artigo 159 deste diploma legal, recorrer à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda, visando à dispensa ou redução da multa aplicada, ao apelo da equidade.

No que se refere à infração 3, não procedem as alegações recursais, vez que o crédito fiscal da operação anteriormente tributada é abatido do valor apurado a título de antecipação total ou substituição tributária, modalidade que encerra a fase de tributação das mercadorias. Dessa forma, as alegações não podem ser acatadas, vez que, reitero, em momento algum do recurso, o sujeito passivo de forma objetiva, aponta inconsistência ou apresenta justificativa para o não recolhimento do tributo.

Quanto à tese arguida pelo recorrente de que as multas possuíram caráter confiscatório, diante dos percentuais aplicados observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou *“jus imperium”*.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “*nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei*”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “*O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei*”.

Por outro lado, juristas como Celso Bastos e Ives Gandra Martins advogam que o Princípio da Legalidade se apresenta muito mais com característica de garantia constitucional do que de direito individual, pelo fato de não resguardar um bem da vida específico, e sim garantir ao particular a prerrogativa de rechaçar injunções impostas por outra via que não a da lei.

E, por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos, independentemente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar nº 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Assim, a argumentação do sujeito passivo não pode ser acolhida, diante dos argumentos expostos, não sendo possível o afastamento da aplicação dos percentuais de multa indicados no lançamento, pois, os mesmos possuem estrita base legal.

Saliente-se, por oportuno, que o artigo 46, parágrafo 5º da Lei nº. 3.956/81 (COTEB) possibilita a propositura ao Secretário da Fazenda de pedido para dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal, por equidade, conforme disposição regulamentar, não cabendo a esta Corte, neste instante, a eventual redução desejada pelo sujeito passivo.

Caso pretenda a simples dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal ao apelo de equidade, nos termos do artigo 159 do RPAF/99 (ter sido induzido a erro por orientação ou comportamento de funcionário fiscal, ter agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração, ou agido por força maior ou caso

fortuito), deve submeter seu pleito à Câmara Superior deste órgão, a quem cabe tal julgamento, em instância única, nos termos do § 1º do artigo 169 do mencionado dispositivo regulamentar.

Quanto à tese defendida pelo recorrente de que a taxa SELIC não se apresenta como índice para acréscimo de débitos, ver se apresentar como “manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF)”, entendo que pode prosperar, tendo em vista primeiramente a base legal da mesma, constante na mesma.

A propósito, julgamento acerca da matéria, tem entendimento pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à vista de várias decisões no sentido de que a taxa SELIC pode ser aplicada para atualização de débitos tributários. Como exemplo, cito Decisão da ministra Carmem Lúcia, a qual transcrevo:

RE 602749 AgR / SC - SANTA CATARINA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA - Julgamento: 01/02/2011 **Órgão Julgador: Primeira Turma**

5. Ademais, o Supremo Tribunal firmou o entendimento de que a controvérsia sobre a incidência da taxa SELIC sobre débitos tributários demanda a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Assim, a pretensa afronta à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do Recurso extraordinário.

Neste sentido, o seguinte julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAODINÁRIO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356). IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE 570.820 Ag.R, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 19.12.2008).

Já o ministro Marco Aurélio Melo adentra ainda mais nesta discussão, ao decidir:

AI 760894 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 02/12/2010 **Órgão Julgador: Primeira Turma**

No que tange à taxa SELIC, dispõe o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 161, do CTN: O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês (...)" (grifei).

A taxa SELIC compreende correção monetária e taxa de juros reais, não tendo qualquer natureza remuneratória, mas representa apenas o custo que a Fazenda tem para captar Recursos no mercado.

Ademais é pacífica orientação do STJ no sentido de que o artigo 161, §1º, do CTN, autoriza a previsão por lei diversa dos juros moratórios, o que permite a adoção da taxa SELIC, não havendo falar em ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal.

Dessa forma, demonstrado que a Corte Maior da justiça pátria aceita a aplicação da taxa SELIC, nos débitos tributários, esquivando-se de apreciar a sua constitucionalidade, por entender que a matéria é de natureza infraconstitucional, não havendo ofensa a princípio constitucional, conforme explicitado no voto do Ministro Marco Aurélio Melo, nada mais nos cabe argumentar ou acrescentar à discussão, senão concluir pela coerência e base legal do procedimento da Fazenda Pública Estadual.

Ademais, a Decisão trazida pelo recorrente, de autoria do Ministro Franciulli Netto, na apreciação no RE 215.881/PR, que acolheu a arguição de inconstitucionalidade, não pode ser

levada em conta, não somente pela falta de competência legal do mesmo para apreciar constitucionalidade da norma, vez que não se constitui em membro do Supremo Tribunal Federal, a quem, por disposição na mesma Constituição Federal citada à exaustão pelo recorrente, cabe a apreciação de matéria constitucional.

Por todas estas razões, entendo que o Recurso Voluntário deva ser parcialmente provido, com a redução do débito apurado para a infração 1, conforme apontado em diligência realizada, na forma do demonstrativo de fls. 989 e 990, conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Vlr. Histórico	Vlr. Julgado-JJF	Vlr. Julgado-CJF	Multa (%)
1	1	31/12/2004	09/01/2005	17	62.865,87	60.679,35	58.264,43	70
2	1	31/12/2005	09/01/2006	17	411.254,69	411.254,69	410.325,54	70
3	2	31/03/2004	09/04/2004	17	141,60	141,60	141,60	60
4	2	30/04/2004	09/05/2004	17	218,94	218,94	218,94	60
5	2	31/05/2004	09/06/2004	17	222,23	222,23	222,23	60
6	2	30/06/2004	09/07/2004	17	232,34	232,34	232,34	60
7	2	31/07/2004	09/08/2004	17	166,40	166,40	166,40	60
8	2	31/08/2004	09/09/2004	17	354,69	354,69	354,69	60
9	2	30/09/2004	09/10/2004	17	974,76	974,76	974,76	60
10	2	31/10/2004	09/11/2004	17	278,94	278,94	278,94	60
11	2	30/11/2004	09/12/2004	17	1.660,01	1.660,01	1.660,01	60
12	2	31/12/2004	09/01/2005	17	1.959,16	1.959,16	1.959,16	60
13	2	31/01/2005	09/02/2005	17	4.097,65	4.097,65	4.097,65	60
14	2	28/02/2005	09/03/2005	17	204,45	204,45	204,45	60
15	2	31/03/2005	09/04/2005	17	207,81	207,81	207,81	60
16	2	30/04/2005	09/05/2005	17	535,73	535,73	535,73	60
17	2	31/05/2005	09/06/2005	17	355,55	355,55	355,55	60
18	2	31/10/2005	09/11/2005	17	4.137,52	4.137,52	4.137,52	60
19	2	30/11/2005	09/12/2005	17	4.382,70	4.382,70	4.382,70	60
20	2	31/12/2005	09/01/2006	17	1.777,80	1.777,80	1.777,80	60
21	5	31/01/2004	09/02/2004	17	927,53	927,53	927,53	50
22	5	28/02/2004	09/03/2004	17	1.197,30	1.197,30	1.197,30	50
23	5	31/03/2004	09/04/2004	17	2.770,38	2.770,38	2.770,38	50
24	5	30/04/2004	09/05/2004	17	650,83	650,83	650,83	50
25	5	31/05/2004	09/06/2004	17	672,28	672,28	672,28	50
26	5	30/06/2004	09/07/2004	17	1.151,02	1.151,02	1.152,02	50
27	5	31/07/2004	09/08/2004	17	2.870,87	2.563,64	2.563,64	50
28	5	31/08/2004	09/09/2004	17	10.912,11	1.756,06	1.756,06	50
29	5	30/09/2004	09/10/2004	17	17.037,32	631,04	631,04	50
30	5	31/10/2004	09/11/2004	17	11.817,96	1.655,99	1.655,99	50
31	5	30/11/2004	09/12/2004	17	10.242,97	3.022,47	3.022,47	50
32	5	31/12/2004	09/01/2005	17	33.004,70	1.997,10	1.997,10	50
33	5	31/01/2005	09/02/2005	17	62.537,45	43.701,30	43.701,30	50
34	5	28/02/2005	09/03/2005	17	34.079,53	25.415,71	25.415,71	50
35	5	31/03/2005	09/04/2005	17	108.962,62	84.461,88	84.461,88	50
36	5	30/04/2005	09/05/2005	17	41.877,43	29.704,52	29.704,52	50
37	5	31/05/2005	09/06/2005	17	38.053,09	28.818,28	28.818,28	50
38	5	30/06/2005	09/07/2005	17	93.911,13	79.344,53	79.344,53	50
39	5	31/07/2005	09/08/2005	17	70.782,67	74.740,73	74.740,73	50
40	5	31/08/2005	09/09/2005	17	40.305,36	30.675,43	30.675,43	50
41	5	30/09/2005	09/10/2005	17	51.516,58	38.906,10	38.906,10	50
42	5	31/10/2005	09/11/2005	17	141,93	141,93	141,93	50
43	5	30/11/2005	09/12/2005	17	3.361,63	77,30	77,30	50
TOTAL					1.134.813,53	948.825,67	945.482,60	

Obs.: A infração 2 mudar o percentual da multa de 50% para 60% (Código 07.15.01)

Quanto ao Recurso de Ofício, vemos que duas infrações apontadas no lançamento são submetidas à convalidação da instância superior, a saber, a infração 1 e a 3.

No que concerne à infração 1, que trata de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada através de saldo credor de caixa nos exercícios de 2004 e 2005, apurado na forma do demonstrativo do levantamento fiscal pelo próprio autuante, além da realização de diligência, implicou em redução dos valores iniciais do lançamento, sem qualquer contestação objetiva por

parte do recorrente, o que implica em reconhecimento tácito dos valores apontados no novo demonstrativo elaborado.

Quanto à infração 3, igualmente, alegações defensivas do recorrente foram acatadas pelo auutante, com elaboração de novo demonstrativo, reduzindo os valores da acusação inicialmente postos. Mais uma vez, o recorrente não os contestou de maneira direta, apegando-se apenas a figuras de retórica, para tentar contestar o lançamento.

Assim, o julgador de primeiro grau procurou buscar a verdade material do processo, discutindo-o à exaustão, como provam as diversas manifestações das partes e a realização de diligência, o que culminou na Decisão prolatada, a qual se apresenta correta, não merecendo qualquer reparo.

Por tais razões, o Recurso de Ofício NÃO DEVE SER PROVIDO, tornando-se definitivos os valores julgados.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à adequação da multa aplicada – Infração 2)

Em face do voto proferido pelo ilustre relator que quanto ao Recurso Voluntário, manifestou-se pela procedência da Infração 2, entretanto, procedendo à adequação da multa inicialmente aplicada, peço vênia para proferir voto divergente, pelo total afastamento da multa aplicada pelo cometimento da infração em comento, que trata de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SimBahia.

Esta divergência se dá em razão do entendimento, de que não havia, à época, previsão legal para aplicação da referida multa quando se tratasse de antecipação parcial. Nesse sentido, para fundamentar a divergência que se pronuncia, faço minhas as palavras do Ilustre Relator Nelson Daiha Filho, em voto proferido derredor de idêntica matéria, como segue:

“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.

Daí 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 brocado 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 60%, aplicada nos meses de março a dezembro de 2004, janeiro a maio e outubro a dezembro de 2005 na Infração 2 (CÓDIGO 01.02.15), do presente Auto de Infração estivesse inquinada de flagrante improcedência.

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. Traz-se à colação logo abaixo o teor da Ementa, bem como trechos do referido Voto:

“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 brocado 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.

Naquela oportunidade, o ilustre Presidente da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Conselheiro Tolstoi 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:

“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.”

Destaco, ainda nesse envolver, mais um detalhe, de primacial importância para a formação, naquela oportunidade, da minha convicção como julgador: a Douta PGE/PROFIS, como ressaltado nos trechos dos votos supra transcritos, **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 os meses de março a dezembro de 2004, janeiro a maio e outubro a dezembro de 2005, objeto da infração 2.

Noutro giro, ainda que fosse possível o enquadramento da multa no quanto disposto no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, como sugere a PGE/PROFIS através de novo entendimento vigorante - com o qual, repito, não concordo - entendo, *permissa venia*, que o referido enquadramento jamais

poderia ser feito no curso do processo administrativo fiscal, mas tão-somente através de nova ação fiscal.

O lançamento de ofício que exige obrigação tributária principal é composto a) da infração propriamente dita e b) de sua multa correspondente (se houver).

Ora, a precisa indicação dos elementos que instruem a acusação, na forma acima referida, é primacial para que possa o acusado (contribuinte) se defender **plenamente** daquilo que lhe está sendo imputado. Isso é fundamental!

In casu, o sujeito passivo foi acusado de ter deixado de recolher o imposto a título de antecipação parcial, razão pela qual lhe fora aplicada à multa inserta no **art. 42, II, “d”**, da Lei nº 7.014/96.

Logo, o recorrente, além da infração propriamente dita, teve a oportunidade de se defender justamente da multa que lhe fora indicada no Auto de Infração, do que decorreu apresentação de informação fiscal, julgamento do processo em primeira instância administrativa, interposição de Recurso de Ofício e, finalmente, o presente julgamento em segunda instância administrativa.

Durante todo o processo administrativo fiscal o contribuinte se defendeu da multa indicada *ab initio* no Auto de Infração, esta sim parte do lançamento de ofício ora objurgado.

Pretender “adequar” a multa somente agora, em segunda instância administrativa, significa, no meu entendimento, fazer sangrar os princípios da ampla defesa e do contraditório, albergados em sede constitucional – art. 5º, LV, da Constituição Federal - e **fundamentais ao desenvolvimento regular de qualquer processo**.

Isso porque a suposta “revisão” do lançamento ocorreria apenas quando da prolação do julgamento em segunda instância, sem que, ao menos, fosse possível ao contribuinte se defender, o mais amplamente possível, acerca da “**novel multa**” que lhe fora aplicada.

Essa, inclusive, é a exegese lógica do quanto disposto no art. 149, do Código Tributário Nacional, ao consignar, no seu **parágrafo único**, que a revisão do lançamento “**só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública**”.

Salta aos olhos, pois, que não se pode cogitar de “revisão do lançamento”, mais uma vez *peço venia*, enquanto o processo administrativo fiscal sequer se encerrou!

Além disso, mesmo que fosse possível a revisão, não consigo inserir a presente hipótese **em qualquer dos permissivos** elencados nos incisos I a IX, do referido artigo de lei, o que por si só também impediria a revisão fiscal sugerida.

Quadra apontar, nessa diretiva e mais uma vez, entendimento externado pela própria PGE/PROFIS, como ressaltou o insigne Procurador Assistente, Dr. José Augusto Martins Júnior, em seu parecer exarado às fls. 250/253, do Auto de Infração nº 1407790002/07-6:

“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 forá 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 epígrafa 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, dês 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. (destaques e grifos nossos)

Note-se que, como observado alhures, conquanto não concorde com a possibilidade de “enquadramento” ou “reenquadramento”, a depender da leitura que venha a ser procedida, o fato é que **eventual revisão do lançamento** somente poderia ocorrer, como corretamente assinalado no opinativo acima transcrito, ao cabo de **novo lançamento**, respeitado o **exercício pleno do direito de defesa** por parte do autuado, jamais no curso do processo administrativo fiscal!

Por fim, tecidas as considerações acerca da impossibilidade de revisão do lançamento no curso do processo administrativo fiscal, entendo que, também por outro aspecto, não poderia vingar a “nova” sugestão exarada pela PGE/PROFIS. Explico: o dispositivo legal para o qual se pretende “enquadrar” ou “reenquadrar” a multa, qual seja, o art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, circunscreve a sua aplicação somente às hipóteses **em que não tenha havido dolo**.

Pari passu, questiono: **houve dolo** do contribuinte, no caso em comento, ao praticar a suposta infração que lhe está sendo imputada? Respondo: **não sei!** E não sei porque no curso do presente processo o **elemento dolo** não foi cogitado nem pela acusação (fisco estadual), nem pela defesa (recorrente), a despeito de ser, salvo melhor juízo, **imprescindível** a sua discussão para aqueles casos em que a multa aplicada venha a ser “enquadrada” ou “reenquadrada” – como pretende a PGE/PROFIS – no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96!

Volto a repisar: o contribuinte deveria ter sido, desde o início, acusado da multa inserta no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, a fim de que, também por este aspecto, pudesse se defender acerca da existência, ou não, do elemento dolo.

E aqui reside a minha maior dúvida: e se o contribuinte, acusado da multa acima referida, viesse aos autos e afirmasse categoricamente: eu agi **com dolo!** Sim, “*eu confesso que agi com dolo!*”! Por certo, a multa acima referida não poderia ser aplicada, visto que restrita, como visto, às hipóteses em que o contribuinte **não** tenha agido com dolo.

Pretender aplicar a multa mencionada no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96 também não me parece correto. Deflui-se da simples leitura do referido dispositivo legal que a sua aplicação também está limitada aos casos em que haja “*ação ou omissão fraudulenta*”. Ora, **dolo** e **fraude** são institutos absolutamente distintos e que não podem – e não devem – ser confundidos.

Tomemos um exemplo prático: a **sonegação**, nos artigos 71 a 73, da Lei nº 4.502, de 1964, é definida como a “*ação ou omissão dolosa, tendente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador do tributo*”. A **fraude**, por sua vez, é definida como a “*ação ou omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo*”. E o que seria dolo? Para mim, assemelhando-se ao conceito do direito penal, é a vontade ou a intenção do agente de praticar o ato definido como crime. É a plena consciência de que o ato praticado irá ocasionar o ato delituoso. Evidente, pois, que pode haver dolo sem fraude. Mas, por outro lado, jamais poderá haver fraude sem dolo!

A própria Lei nº 7.014/96, no seu art. 45-A, distingue, de forma separada, as figuras do dolo e da fraude. Logo, se o fez no referido artigo de lei, por que se quedou silente quando fixou a multa inserta no art. 42, IV, “j”? A resposta é de simplicidade franciscana: porque somente quis majorar a multa nos casos em que tenha havido **fraude**.

Hermenêutica em sentido diverso seria, *venia concessa*, mais uma vez ferir de morte o princípio da **tipicidade das normas** que rege o direito tributário.

Assim é que, entendo que deve ser mantida a Decisão recorrida em relação à infração 2, contudo, deve ser afastada, de ofício, a multa de 60% aplicada em relação aos fatos geradores dos meses de março a dezembro de 2004, janeiro a maio e outubro a dezembro de 2005 na infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à multa indicada na segunda infração em relação aos fatos geradores dos meses de março a dezembro de 2004, janeiro a maio e outubro a dezembro de 2005 e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298938.0001/08-0, lavrado contra **EVILÉZIO FERREIRA DIAS DE MONTE SANTO (MERCADINHO HIPER REAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$945.481,60**, acrescido da multa de 50% sobre R\$454.984,35, 60% sobre R\$21.908,28 e 70% sobre R\$468.589,97, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1, II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à adequação da multa aplicada – Infração 2) – Conselheiros(as): Valtércio Serpa Júnior, Carlos Henrique Jorge Gantois, Ivo Moraes Soares, Mônica Maria Roters e Cabral Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à adequação da multa aplicada – Infração 2) – Conselheiro: José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à adequação da multa aplicada – Infração 2)

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS