

PROCESSO - A. I. Nº 279116.1164/00-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CARLOS HUMBERTO BORGES DE QUEIROZ (MADEIREIRA SÃO MIGUEL)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF nº 0269-12/09
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0286-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Representação proposta de acordo com o artigo 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo a declaração, pelo CONSEF, da nulidade do Acórdão CJF nº 0269-12/09 e que seja mantida a Decisão de primeira instância, pois O Decisório da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal promoveu alteração da multa aplicada na infração, sem que o sujeito passivo fosse cientificado da alteração realizada pelo órgão de julgamento administrativo. Inconfigurado o cerceamento do direito de defesa. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, face o Controle da Legalidade exercido pelo Órgão, propondo a declaração, pelo CONSEF, da nulidade do Acórdão CJF nº 0269-12/09, através do qual a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, mantida a Decisão de primeira instância, a qual julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2007, imputando ao contribuinte as seguintes infrações:

1. Deixar de recolher o ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização (2004 a 2006) - R\$25.783,30;
2. Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA (2004 a 2006) - R\$7.328,37.

Intimado, o autuado apresentou impugnação, julgada pela 4ª JJF, que decidiu pela Procedência Parcial da autuação através do Acórdão nº 0240-04/08.

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, tendo a 2ª CJF, mediante o Acórdão nº 0269-12/09 (fls. 433/441), negado provimento, mas retificado o enquadramento da multa indicada na infração 01, substituindo a alínea “d” do art. 42, II, da Lei nº 7.014/96 pela “f” dos mesmos inciso, artigo e norma legal.

Processados os trâmites, o autuado, através da petição de fls. 452/461, ingressou com o Pedido de Controle da Legalidade do lançamento tributário em questão, requerendo que a Procuradoria representasse ao CONSEF para proceder à devida correção do valor real do débito fiscal reclamado, no que tange a concessão de 8% do crédito fiscal, por se encontrar enquadrada como microempresa, bem como em relação à aplicação da multa da infração 1.

Em seguida, foi o processo encaminhado à procuradora Drª. Leila Von Söhsten Ramalho, a qual, em Parecer de fls. 465 a 468, inicialmente, se reportou, de forma sintética, sobre o pedido relativo à concessão do crédito de 8%, manifestando a impossibilidade de ser acolhido o pleito, por

tratar-se de questão já devidamente apreciada pelo CONSEF, não tendo o contribuinte apresentado qualquer argumento novo capaz de elidir o entendimento já exarado pelo órgão de julgamento administrativo fiscal.

Asseverou que, no caso concreto, a exigência de antecipação parcial era devida pelo contribuinte na condição de microempresa, por força de aquisições interestaduais, e os créditos aos quais fazia jus eram aqueles destacados nos respectivos documentos fiscais, tudo rigorosamente observado pelo autuante.

Prosseguindo, entendeu a ilustre procuradora que, *“no que diz respeito, porém, ao questionamento formulado pelo contribuinte quanto à multa que restou aplicada à Infração 01, parece-me, efetivamente, ser caso de representação ao CONSEF.”*

Assim, aduziu que, analisado o acórdão de fls. 433/441, constatava terem os julgadores; ao acolherem o entendimento exarado no Parecer da PGE/PROFIS (fls. 427/431), alterado a capitulação legal da multa, substituindo art. 42, II, “d”, pelo art. 42, II, “f”, ambos da Lei nº 7.014/96.

Ressaltou, também, que, em relação à correção da alteração realizada, não havia qualquer reparo a opor à aludida Decisão, uma vez que, consoante entendimento já assentado no Núcleo de Consultoria da PROFIS, o artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 não era o apropriado para capitular à multa decorrente da falta de recolhimento de antecipação parcial anteriormente a novembro de 2007 – quando passou a vigor a alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07 – devendo, em tais casos, ser utilizado, em lugar do mencionado dispositivo, aquele do art. 42, II, “f” do mesmo diploma.

De outra parte, para reforçar seu entendimento, recorreu ao Parecer do procurador assistente da PROFIS, à época, Dr. José Augusto Martins Júnior, exarado no PAF nº 207470312068, transcrevendo parte dele, reiterando que a alteração realizada pela Câmara de Julgamento Fiscal foi correta e fundamentada, não sendo, no seu mérito, passível de reforma.

A par disso, entendeu a douta procuradora merecer exame uma importante questão preliminar, posto que a alteração mencionada se concretizou à revelia do contribuinte e sem que a ele fosse aberta qualquer oportunidade de manifestação a respeito. Tal fato feria de morte o procedimento administrativo, marcando-o de nulidade, portanto, a necessitar corrigida.

Invocou como fundamento os arts. 19 e 111, § 1º, do RPAF, reproduzindo-os, para, ao final, concluir que *“o processo administrativo fiscal baiano, como não poderia deixar de ser, abraça-se, inexoravelmente, aos primados do contraditório e da ampla defesa, em nome dos quais, antes de ser introduzida qualquer alteração na capitulação da multa, deveria ter sido facultado ao contribuinte manifestar-se sobre a questão, alegando e requerendo o que entendesse de direito.”*

Encerrou seu opinativo, citando o art. 119, inciso II e § 1º, do COTEB, para embasar a Representação ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, visando fosse declarado Nulo o Acórdão de fls. 433/441, e deferido prazo para manifestação do autuado em torno da alteração do enquadramento do dispositivo legal da multa relativa na infração 1, consoante proposto no Parecer PGE/PROFIS, colacionado às fls. 427/431 dos autos.

O procurador José Augusto Martins Júnior, nos termos do art. 20, I, da Lei Complementar nº 34/09, manifestou-se acerca do Pedido de Controle de Legalidade de fls. 452/461 dos autos, posicionando-se no sentido de acolhimento do direito de petição formulado pelo autuado e, comungando com o opinativo de fls. 465/468, entendeu ser necessária à interposição de Representação ao CONSEF, devendo antes a presente manifestação ser encaminhada à apreciação da procuradora assistente da PGE/PROFIS.

A procuradora assistente da PGE/PROFIS, Dra. Aline Solano Souza Casalli Bahia, às fl. 470, proferiu despacho na linha de acolher todos os termos dos Pareceres de fl. 469 (Procurador Dr. José Augusto Martins Junior) e de fls. 465/468 (procuradora Dra. Leila Von Söhsten Ramalho), entendendo que deveria ser anulado o julgamento a que se refere o Acórdão de fls. 433/441 e

deferido prazo para manifestação do autuado, em torno da alteração do dispositivo legal da multa relativa à infração 1.

Nesse passo, foi encaminhada a presente Representação ao CONSEF, objetivando a apreciação pela sua 1ª CJF.

VOTO

Cinge-se a Representação à apreciação, pelo CONSEF, da viabilidade de anular a Decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a qual não proveu o Recurso voluntário, mantendo a Decisão de piso pela procedência do lançamento tributário, decorrente do Auto de Infração em epígrafe, tendo, entretanto, alterado a capitulação da multa aplicada para a infração 1, em face do atendimento ao Pedido de Controle de Legalidade apresentado pelo sujeito passivo, amparado nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em obediência à determinação dos artigos 113, do RPAF e 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), os quais fixam a competência da Procuradoria Geral do Estado, através da Procuradoria Fiscal, para efetuar o controle de legalidade em momento que antecede a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa, representou a PGE a este CONSEF, a fim de que fosse declarada a nulidade da Decisão de segunda instância.

Sucedendo que, ao examinar a Representação e documentos que a instruem, constato não se encontrar a mesma adstrita aos aspectos legais que regem o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, o que, lamentavelmente, conduz ao Não Acolhimento do pleito por este Conselho.

Efetivamente, compulsando os autos, verifico ter a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao proceder o julgamento, decidido corretamente pela alteração da multa indicada pelo autuante para a aludida infração, pois, como é cediço, a pena cabível para a citada infração, à época da ocorrência dos fatos, era aquela prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e não a do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, haja vista que tal penalidade se aplicava apenas às hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita e não para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”.

Remanesceria, apenas, a questão suscitada pela Representação da Procuradoria acerca do cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, o qual acarretaria a nulidade da Decisão proferida pela segunda instância.

Com a devida *venia*, discordo do entendimento manifestado pela Representação, a uma porque, com amparo nos termos do artigo 142 do CTN, caberia à autoridade administrativa que efetuou o lançamento “*propor a aplicação da penalidade cabível*” e ao órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa originalmente proposta pela autoridade lançadora, não sendo necessária a lavratura de outro Auto de Infração.

Ressalte-se que a legislação Estadual estabelece ser a aplicação da multa por descumprimento de obrigação principal uma indicação do autuante, sendo a sua confirmação ou não atribuição deste CONSEF/BA.

A duas, porquanto a retificação de multa no mesmo Auto de Infração não ensejaria cerceamento do direito de defesa, visto que o sujeito passivo se defendeu da acusação que lhe fora imputada, à luz dos fatos descritos, e não da tipificação legal da multa, ou seja, a retificação da multa não acarretaria qualquer inovação, posto que respeitados os limites traçados pela acusação e valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Por último, conforme explicitado no acórdão de fls. 433/441, ao contribuinte foi garantido o direito de se eximir da multa em questão, requerendo à Câmara Superior do CONSEF a sua dispensa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, sob o fundamento de ter sido

induzido a erro por orientação de funcionário fiscal, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99, observados os requisitos previstos no mesmo texto legal.

Ante o exposto, o meu voto é no sentido de NÃO ACOLHER a Representação proposta pela PGE/PROFIS e, conseqüentemente, manter o julgamento proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0269-12/09.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279116.1164/00-4**, lavrado contra **CARLOS HUMBERTO BORGES DE QUEIROZ (MADEIREIRA SÃO MIGUEL)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.039,19**, acrescido das multa 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS