

PROCESSO - A. I. Nº 206851.0042/09-0
RECORRENTE - CASAS BAIANA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0338-01/10
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 06/12/2011

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-12/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. O autuado apenas alegou a existência de recolhimentos do imposto efetuados nas operações de saídas, contudo, sem apresentar qualquer elemento de prova. As informações existentes no sistema de controle da arrecadação da SEFAZ/BA indicam a ausência dos alegados recolhimentos. Infrações mantidas. 2. PASSIVO FICTÍCIO. MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Em face da constatação da existência, no Passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, a legislação autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas e, por conseguinte, sem pagamento do imposto, a menos que seja feita prova da insubstância da presunção. No presente caso, o impugnante apenas alegou que estaria juntando os elementos comprobatórios da improcedência da presunção, contudo, nada apresentou. Infração subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão não unânime quanto à multa de parte do período da infração 1 referente às ocorrências de abril/2004 até março/2005. Vencido o voto do relator em relação à manutenção da multa de 60% indicada para as datas de ocorrência de abril/2005 até maio/2007 da infração 1 e de todo o período da infração 2. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no qual impugnou a Decisão da Junta que julgou como procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2009, o qual exige ICMS no valor de R\$ 239.170,02, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de abril a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a

dezembro de 2006, janeiro, março e maio de 2007, sendo exigido ICMS, no valor de R\$ 111.421,81, acrescido da multa de 60%. Consta que foi apurado, conforme anexos I(2004), II(2005),III(2006) e IV(2007);

INFRAÇÃO 2. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de fevereiro, julho a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS, no valor de R\$ 6.481,22, acrescido da multa de 60%. Consta que foi apurado, conforme demonstrativos anexos IV(2007) e V(recolhimentos);

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 121.266,99, acrescido da multa de 70%. Consta que foi apurado, conforme valores registrados na contabilidade do contribuinte, em conformidade com seu livro Diário às fls. 19 a 26(cópias anexas), quando aponta um passivo com fornecedores em 31/12/2006 no valor de R\$ 713.335,29. Como esses valores demonstravam uma incompatibilidade com as operações da empresa observadas nos períodos de 2004 a 2006, o contribuinte foi intimado em 08/12/2010, para comprovar a existência do passivo acima referido, contudo, não atendeu a solicitação. A omissão de saídas correspondente ao passivo inexistente no valor de R\$ 713.335,29.

A 1^a JJF exarou a seguinte Decisão:

"Inicialmente, cabe-me apreciar a argüição de nulidade do lançamento referente à infração 02, por não haver o autuante respeitado os preceitos procedimentais inerentes à sua atividade, não preenchendo as formalidades necessárias à validade da autuação, o que autoriza a decretação de nulidade da infração 02 nos termos do art. 18, II e IV do RPAF, uma vez que acarretou o cerceamento ao direito de ampla defesa, em virtude de não identificar, com precisão, a infração cometida."

Alega o impugnante que o demonstrativo elaborado pelo autuante não aponta o valor do ICMS recolhido antecipadamente a menos, extremamente necessário já que o autuante busca a exigência da diferença entre o valor que entende devido e aquele que teria sido recolhido a menos. Assevera que, para se atribuir validade à infração 02, relevante é saber se a autuação foi pelo não recolhimento do ICMS antecipado parcialmente, ou se este foi recolhido a menos, apontando-se, no demonstrativo de débito o valor devido, abatendo-se o valor supostamente recolhido a menos, o que não fez o autuante. Acrescenta que, em sendo assim, facilmente se constata que o demonstrativo de débito não discrimina separadamente cada fato, ou seja, valor devido – valor recolhido a menos – diferença exigida.

A análise dos demonstrativos referentes à infração 02, no caso, Anexos IV(2007) e V (recolhimentos) permite concluir que não assiste razão ao impugnante, haja vista que a exigência diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial. Ou seja, o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, conforme exige o RICMS/BA, contudo, tal recolhimento foi feito em valor inferior ao efetivamente devido.

Observo que, claramente, o demonstrativo da infração 02 (Anexo IV, fls. 30/31 dos autos), identifica o ICMS devido por antecipação parcial; o ICMS recolhido; e a parcela do imposto que deixou de ser recolhida.

Noto, também, que o demonstrativo (Anexo V, fl. 32 dos autos), identifica os recolhimentos efetuados pelo contribuinte referente ao ICMS devido por antecipação parcial, cujos valores se encontram também identificados no Anexo IV, afastando qualquer possibilidade de dúvida sobre o ICMS recolhido e o ICMS efetivamente devido.

Verifico, ainda, que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificada a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Noto que o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante. Inexistem vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, portanto, inocorrendo qualquer possibilidade de hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

No respeitante ao pedido de realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, formulado na impugnação da infração 03, não acolho o pedido, tendo em vista que o impugnante nada apresentou que pudesse suscitar dúvidas capazes de exigir a realização da diligência requerida.

Na realidade, limitou-se o impugnante a rechaçar a autuação de forma genérica, ou seja, não apontou ou identificou através de levantamentos, demonstrativos ou documentos, os equívocos porventura incorridos pelo autuante, apenas afirmando que a documentação anexada comprovaria a existência correta do passivo.

Ocorre que, apesar de ter três oportunidades para apresentar a documentação que, segundo afirma, comprovaria a inexistência do passivo fictício, o autuado nada apresentou. Primeiro, quando foi intimado pelo autuante ainda no transcorrer da ação fiscal, conforme “Intimação Fiscal” à fl. 09 dos autos. Segundo, quando da apresentação da defesa inicial. Por último, quando da manifestação sobre a informação fiscal.

Certamente, não observou o impugnante a determinação contida no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, precisamente no seu art. 123, abaixo reproduzido:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.”

Diante do exposto, indefiro o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, II, “b” do RPAF/99.

No mérito, no que concerne às infrações 01 e 02, constato que a exigência fiscal se apresenta correta, haja vista que, realizada em conformidade com os artigos 352-A, 61, IX, 125, II, §§ 7º e 8º, todos do RICMS/BA.

Observo que, incorre em equívoco o impugnante quando alega que deve ser aplicada à base de cálculo a alíquota de 5%, que corresponde à diferença entre a alíquota interna e interestadual, na apuração do valor do ICMS devido a título de antecipação parcial, sendo que, quando da realização da operação de saída subsequente, aplica-se a alíquota de 17%, deduzindo-se os valores recolhidos na operação anterior de entrada, bem como do valor já antecipado parcialmente.

Isto porque, nos termos do art. 352-A, abaixo reproduzido, cabe a aplicação da alíquota interna - prevista para a operação, no presente caso, 17% - sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, conforme procedido pelo autuante, sendo deduzido o imposto destacado no documento fiscal de origem:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS 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.”

Já o art. 61, inciso IX do mesmo Diploma regulamentar estabelece:

“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

(...)

IX - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 352-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, observado o disposto no § 8º.”

Portanto, descabe o argumento defensivo quanto à aplicação da multa de 5%.

Quanto à alegação defensiva de que inexiste imposto devido na operação, haja vista que o ICMS total devido já fora devidamente recolhido, quando da realização da operação de saída subsequente, apesar de a legislação do ICMS prever apenas a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, desde que comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação parcial, no presente caso, o impugnante apenas alegou o pagamento, nada trazendo aos autos que confirmasse as suas alegações.

Em verdade, conforme registrado pelo autuante, os registros no sistema da SEFAZ/BA apontam a inexistência dos alegados recolhimentos do ICMS “normal” referentes às operações de saídas, havendo apenas o registro de recolhimento relativo à antecipação parcial, conforme anexo V e GNR referente ao exercício de 2007, cujos valores foram considerados no levantamento fiscal.

Vale aqui reiterar o que foi dito linhas acima, ou seja, o impugnante rechaçou ambas as infrações de forma genérica, ou seja, não apontou ou identificou através de levantamentos, demonstrativos ou documentos, os equívocos incorridos pelo autuante na autuação, conforme determina o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Diante disto, considero integralmente subsistente as infrações 01 e 02.

No que diz respeito à argüição de que as multas são confiscatórias, observo que estas foram corretamente aplicadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96, não tendo este órgão julgador competência para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do art. 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei nº 3.956/81, motivo pelo qual a alegação defensiva não pode ser apreciada.

Quanto à dispensa ou redução, requerida pelo autuado, cabe-me consignar que a competência para sua apreciação ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Cabe-me, entretanto, observar que, relativamente à infração 01, assiste razão ao impugnante quando alega que a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº.7014/96, indicada no Auto de Infração, não pode retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência, haja vista que a sua inserção na referida lei se deu através da Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, sendo que, a exigência fiscal alcança os meses de abril a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro, março e maio de 2007.

Ocorre que, o entendimento deste CONSEF já manifestado em diversas decisões é de que nesses casos, cabe a aplicação da multa de 60%, contudo, prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a esse tipo de irregularidade, à época de ocorrência dos fatos.

O mesmo registro acima é aplicável à infração 02, nos meses de fevereiro, julho a outubro de 2007, cabendo a aplicação da multa de 60%, contudo, prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a esse tipo de irregularidade, à época de ocorrência dos fatos.

Contudo, no que tange aos meses de novembro e dezembro de 2007, a tipificação no Auto de Infração se encontra correta, haja vista que a multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, cuja redação atual, contemplando a multa na hipótese de antecipação parcial do ICMS não recolhida, foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07.

A título de registro, reproduzo parcialmente abaixo a Decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, no Acórdão CJF N. 0045-12/10, que trata de matéria semelhante à discutida no Auto de Infração em exame:

“VOTO

(...)

Não há, portanto, retificação a fazer no enquadramento do recorrente no regime do SIMBAHIA como empresa de pequeno porte e nem correção a efetuar na apuração do imposto que está sendo cobrado no Auto de Infração em lide. Todavia, de ofício, observo que a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 50%, prevista no inciso I, alínea “b”, item “I”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, deve ser retificada, conforme passo a demonstrar.

Acompanhando a tese que vem sendo defendida pelos ilustres representantes da PGE/PROFIS – a exemplo dos opinativos exarados nos Acórdãos CJF N° 0209-12/09, 0222-12/09 e 0274-12/09 –, entendo que para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei nº 10.847/07 a aplicação da multa prevista no art. 42, I, “b”, “I” da Lei nº 7.014/96, está equivocada, haja vista que essa penalidade era cabível apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Não vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por parte deste colegiado, já que, nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo, a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pela acusação e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Em face do exposto, retifico a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 50%, para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Ressalto que o recorrente poderá requerer à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, retificando, de ofício, a multa indicada na autuação para a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%.”

Dianete do exposto, retifico a multa indicada no Auto de Infração referente às infrações 01 e 02, no percentual de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 do mesmo Diploma legal, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a

esse tipo de irregularidade, à época de ocorrência dos fatos anteriores à vigência da Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07.

Com relação à infração 03, observo que a omissão de saídas de mercadorias apontada nesta infração, decorre da presunção de que ocorreram saídas anteriores sem pagamento do imposto, em função da constatação de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, estando prevista no artigo 2º, §3º, V do RICMS/97, regra emanada do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe:

“Art.4º. (...)

(...)

§4º 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 de uma presunção relativa, portanto, cabendo ao sujeito passivo da relação tributária, querendo, apresentar todos os elementos de provas hábeis, no intuito de elidir a presunção.

Verifico que o autuante realizou o levantamento com base nas demonstrações contábeis do contribuinte, sendo possível constatar, especialmente no seu livro Diário, a existência de um passivo com fornecedores em 31/12/2006 no valor de R\$ 713.335,29.

Ocorre que, conforme bem observado pelo autuante, esses valores demonstram uma incompatibilidade com as operações de aquisição realizadas pela empresa observadas nos períodos de 2004 a 2006. Constatou que, efetivamente, os valores registrados pelo contribuinte em seus registros contábeis, assim como, em sua escrita fiscal, confirmam a assertiva do autuante, a exemplo dos livros Registros de Entradas do período fiscalizado, cujas cópias se encontram acostadas aos autos, onde se verifica que as compras junto aos seus fornecedores nos exercícios de 2005 e 2006 são incompatíveis com a manutenção do valor de R\$ 713.335,29, mantido no passivo circulante.

Conforme consignado linhas acima, por se tratar a acusação fiscal de uma presunção relativa, cabe ao sujeito passivo provar a improcedência da presunção, certamente, apresentando todos os elementos de provas que disponha e não simplesmente alegar que estaria juntando os elementos comprobatórios da improcedência da presunção, contudo, sem nada apresentar.

Diante do exposto, considero a infração 03 integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário no qual, repisando a sua defesa inicial, alega preliminar de nulidade da infração 2, sob a afirmação de que teve o seu direito a defesa cerceado, uma vez que foi inobservado o inciso IV, do art. 39 do RPAF, pois para que se atribua validade à infração 2, importa saber se a autuação foi pelo não recolhimento do ICMS antecipado parcialmente, ou se este foi recolhido a menos, apontando-se, no demonstrativo de débito o valor devido, abatendo-se o valor, supostamente, recolhido a menos, o que não fez o autuante.

No mérito alega que o diferencial de alíquota corresponde a 5%, sendo que essa alíquota deve ser aplicada à base de cálculo para se apurar o valor do ICMS devido, a título de antecipação parcial. Quando da realização da operação subsequente de saída, aplica-se a alíquota de 17%, deduzindo-se os valores recolhidos na operação anterior de entrada, bem como do valor já antecipado parcialmente.

No presente caso, o ICMS decorrente da operação subsequente de saída (interna) foi recolhido corretamente, portanto, não existe imposto devido na operação.

Salientou que não há que se falar em cobrança do ICMS, já que este foi, devidamente, recolhido quando da realização da operação subsequente de saída (interna).

Observa que a multa aplicada somente foi instituída com a Lei nº 10.847 de 27 de novembro de 2007, com efeitos a partir da publicação que ocorreu no DOE do dia 28/11/2007. Portanto, inaplicável aos fatos geradores pretéritos a esta data.

Salienta que as infrações 1 e 2 imputadas se referem em tão-somente, descumprimento de técnica/procedimento de arrecadação, o que ocasionou em procrastinação do recolhimento do

imposto, não acarretando, destarte, qualquer prejuízo para o fisco. Logo, a multa imposta lhe onera em absurdo e estratosférico valor de quase cem mil reais.

No que concerne à infração 3 salienta que a documentação anexa comprova a existência do aludido passivo, o que afasta a presunção utilizada pelo autuante.

Requeru diligência por fiscal estranho ao feito.

Concluiu requerendo que seja acolhida a preliminar de nulidade, ou então que seja reformada a Decisão no mérito, “*julgando improcedente/insubstancial em parte o Auto de Infração*”.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu o seu Parecer opinativo no qual diz que o recorrente repisa os argumentos da sua defesa inicial. Assinala que o Recurso Voluntário interposto não observou que a 1ª Instância já modificou o enquadramento da multa aplicada para os fatos ocorridos antes de dezembro de 2007, aplicando a multa consoante o previsto na alínea “f”, do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Segundo a PGE/PROFIS, a infração 2 está, devidamente, comprovada nos demonstrativos de fls. 30/32, que identifica os valores que deveriam ter sido recolhidos, os pagos e a diferença imputada.

Em relação à infração 3, salienta que não há qualquer prova trazida aos autos pela empresa.

Por fim, quanto ao pedido de dispensa de multa, considerando que se trata de obrigação principal, o contribuinte deve ser orientado a requerer ao CONSEF, na forma prevista no RPAF vigente.

Concluiu opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencedor quanto à exclusão das multas da infração 1 referente ao período de abril/04 a março/05 e vencido em relação à manutenção da multa de 60% indicada para as datas de ocorrência de abril/2005 até maio/2007 da infração 1 e de todo o período da infração 2)

Neste Recurso Voluntário o recorrente repisa os argumentos trazidos na sua peça de defesa inicial. Preliminarmente, o recorrente insurge-se contra a subsistência da infração 2, por entender que a mesma é nula, por inobservância do inciso IV do art. 39 do RPAF/99, combinado com os incisos II e IV do art. 18 do RPAF/99, ou seja, houve, ao seu ver, cerceamento do direito de defesa por imprecisão da infração imputada. Segundo alega na peça recursal o demonstrativo elaborado pelo autuante não aponta o valor do ICMS recolhido antecipadamente a menos. No seu entendimento, para que a infração 2 tenha validade é fundamental saber se a autuação foi pelo não recolhimento do ICMS antecipado parcialmente, ou se este foi recolhido a menos, apontando-se, no demonstrativo de débito o valor devido, abatendo-se o valor supostamente recolhido a menos, o que, segundo o recorrente, não foi feito pelo autuante.

Acerca desta arguição preliminar, verifico que não assiste razão ao recorrente, haja vista que a infração em tela está colocada de forma clara e precisa, contendo todos os elementos para o seu entendimento. Constatou que os *Anexos IV(2007) e V (recolhimentos)* deixam patente que a exigência diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS, relativo à antecipação parcial. O Anexo IV, constante às fls. 30/31 dos autos, permite aferir com meridiana clareza os valores do ICMS devidos a antecipação parcial; os valores do ICMS recolhido; bem como a parcela do ICMS que deixou de ser recolhida. Assinalo, ainda, que no demonstrativo contido no Anexo V (fl. 32), tem-se uma identificação dos recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo, referente ao ICMS devido por antecipação parcial, cujos valores se encontram, também, consignados no Anexo IV. Tudo isto afasta qualquer incerteza ou imprecisão acerca do que está sendo cobrado e a que título, ou seja, está identificado, com clareza, o que se refere ao ICMS, efetivamente, devido pelo recorrente. Verifico assim que todo o procedimento fiscal adotado está revestido das formalidades legais, com clareza da infração, do infrator, do montante da base de cálculo, permitindo o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do recorrente ao longo

de todo o processo. Portanto, entendo que o presente processo administrativo fiscal está em plena conformidade com os preceitos estipulados nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, afastando a preliminar de nulidade requerida pelo recorrente na sua peça recursal.

Quanto ao mérito, no que tange às infrações 1 e 2, cuja acusação é falta de recolhimento e recolhimento a menos de ICMS devidos por antecipação parcial, a arguição do recorrente, **em relação ao valor principal cobrado**, não encontra amparo fático ou de direito, haja vista que o lançamento de ofício foi efetuado em conformidade com os artigos 352-A, 61, IX, 125, II, §§ 7º e 8º, todos do RICMS/BA.

Entendo equivocado o entendimento do recorrente de que deve ser aplicada à base de cálculo do ICMS a alíquota de 5%, correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual, na apuração do valor do ICMS devido a título de antecipação parcial. Nos termos postos no art. 352-A, quando da realização da operação de saída subsequente, deve-se aplicar a alíquota interna, que para o caso em foco é de 17%, incidente sobre a base de cálculo estabelecida no inciso IX do art. 61 do RICMS/BA, devendo-se deduzir os valores recolhidos na operação anterior de entrada (art. 12-A da Lei nº 7.014/96), bem como do valor já antecipado parcialmente, tal como procedido pelo autuante. No que concerne à alegação do recorrente de *que* o ICMS total devido já fora devidamente recolhido quando da realização da operação de saída subsequente, o sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse tal alegação. Existe apenas o que consta no registro de recolhimento relativo à antecipação parcial, conforme anexo V e GNR referente ao exercício de 2007, cujos valores foram considerados no levantamento fiscal, como bem pontuou a 1ª JJF na sua Decisão.

No que tange à multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal relativa a ICMS Antecipação Parcial das **infrações 1 e 2**, é meu entendimento, já exarado em votos anteriores sobre a mesma matéria que, para todos os fatos geradores pretéritos a Lei nº 10.847, com vigência a partir de 28 de novembro de 2007, não cabe aplicação de qualquer multa, nos termos que passo a discorrer:

A cobrança da multa de 60% não tem aplicabilidade quando o ano do fato gerador do imposto for anterior a **28/11/2007**, quando foi acrescentada a expressão “inclusive por antecipação parcial” no art.42, inciso II, “d” da Lei 7014/96 por força da Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir da data supracitada em grifo, ou seja, apenas a partir desta data se instituiu a figura chamada “antecipação parcial” na norma tributária do estado da Bahia. A Lei nº 7014/96 não tinha esta figura fiscal especificada, inicialmente, no seu capítulo concernente às penalidades aplicáveis às infrações tributárias.

A figura da “antecipação parcial” é distinta da chamada antecipação propriamente dita e da substituição tributária, sendo que essas duas últimas já vigoravam antes de **28/11/2007**, ressalvando que a antecipação parcial, instituída na data susomencionada, não encerra a fase da tributação e por tal razão não deve e não pode ser aplicada às mercadorias enquadradas no regime da antecipação ou substituição tributária. Tal distinção jurídica e seus efeitos é matéria já pacificada por força de inúmeras decisões judiciais que vão ao encontro desse entendimento e da própria Decisão do Supremo Tribunal Federal – STF na ADIN nº 33203-8/2004.

Por conseguinte, as multas inerentes às infrações, ocorridas no regime de antecipação parcial do ICMS, por aquisição de mercadorias de outros estados, para fins de comercialização, não podem atingir lançamentos cujos fatos geradores são anteriores à data de **28/11/2007**. Assim, adoto como fulcro o princípio legal de que a lei não pode retroagir para prejudicar e, em se tratando de multa, somente se admite a retroatividade para beneficiar, ou seja, a doutrina apregoa apenas a “retroatividade benigna”. É recorrente asseverar que a aplicação da multa de 60% contida nas infrações 1 e 2 do presente PAF, referente aos meses de abril de 2004 a maio de 2005 (infração 1) e fevereiro, julho, agosto, setembro e outubro de 2007 (infração 2) vão de encontro ao princípio da irretroatividade que, a meu ver, representa um direito basilar do contribuinte. Portanto, a Decisão

de 1^a instância de aplicar multa incidente sobre este período foi equivocada e não encontra o necessário amparo legal.

Nesta esteira, voto pelo acolhimento do Recurso Voluntário interposto, para afastar a multa aplicada pela 1^a JJF às infrações 1 e 2. No que se refere à multa incidente sob os fatos geradores que ocorreram em períodos posteriores à vigência da referida lei, estas ficam mantidas.

No que tange à infração 3, que reclama ICMS por conta da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de presunção em face da manutenção em seu balanço encerrado em 31/12/96 de obrigações inexistentes ou já pagas, constato que a exigência fiscal, neste caso em tela, tem como base legal, o artigo 2º, § 3º, V do RICMS/97, regra emanada do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, nos termos transcritos, *in verbis*, abaixo:

"Art.4º. (...)

(...)

§4º 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."

Da análise dos autos, constatei que foi realizado, pela fiscalização, o levantamento com base nas demonstrações contábeis do recorrente, permitindo verificar no seu livro Diário, um passivo com fornecedores em 31/12/2006 no valor de R\$ 713.335,29.

Todavia, o recorrente não trouxe aos autos qualquer documento capaz de elidir tal exigência fiscal. Como se trata, de fato, de "uma presunção legal", caberia ao sujeito passivo da relação tributária apresentar todos os elementos de provas hábeis, no intuito de elidir a presunção legal.

Por conta disto, não acolho os argumentos do recorrente, mantendo a Decisão recorrida atinente à infração 3, rejeitando, ainda, o pedido de diligência formulado pelo recorrente, visto que, os elementos carreados aos autos são suficientes formação do meu convencimento.

Por tudo quanto exposto, à luz dos documentos analisados e da legislação aplicável, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para acolher a alegação de improcedência da multa das infrações 1 e 2 até o início da vigência da Lei nº 10.847/07 e, manter a Decisão recorrida nos demais termos julgados, relativos às infrações 1, 2 e 3.

VOTO VENCEDOR (Em relação à manutenção da multa de 60% indicada para as datas de ocorrência de abril/2005 até maio/2007 da infração 1 e de todo o período da infração 2)

Concordo com o voto proferido pelo nobre Conselheiro quanto às questões de fundo, suscitadas no presente Recurso Voluntário. Entretanto, discordo daquela a respeito do afastamento da multa aplicada incidente sobre o débito das infrações (infrações 1 e 2) que dizem respeito à antecipação parcial, quando os fatos geradores ocorreram antes de 28/11/2007.

Quando da instituição da chamada "antecipação parcial" na norma tributária deste Estado em 2004, a Lei nº 7.014/97 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 acombarcava 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”, da referida lei, pois ela trata de infrações concernentes a 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, ressalto, para o específico caso não se pode aventar ofensa ao princípio da irretroatividade das normas de conteúdo sancionatório, já que os fatos são regidos pelas normas vigentes à época da sua ocorrência. Assim, seguindo esta linha de entendimento, mostra-se juridicamente possível o re-enquadramento da infração originalmente imputada, conforme autoriza o art. 142 c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN) ao disciplinar o ato de lançamento tributário. No caso presente, houve equivocado enquadramento do fato infracional apurado pela fiscalização quando aplicou a multa de 60% enquadrada no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Por seu turno, a JJF observando a situação, acertadamente, a re-enquadrou, aplicando a multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, toda Lei nº 7.014/96. Ressalto que tal re-enquadramento não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Pelo exposto, o re-enquadramento na forma realizada pela JJF encontra-se correto, devendo ser ele mantido em sua totalidade. Todavia fica ressalvada a possibilidade do contribuinte requerer a dispensa da multa a ele imposta, se valendo do meio processual previsto no art. 158 do RPAF, com pedido dirigido à Câmara Superior, considerando que o errôneo enquadramento do fato infracional pelo autuante induziu o contribuinte a erro, impossibilitando que o mesmo exercesse o direito de pagamento do tributo com redução de 100% da multa, conforme autoriza o comando normativo, contido no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido o CONSEF tem reiteradamente se manifestado.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Em relação à multa de parte do período da infração 1, referente às ocorrências de abril/2004 até março/2005)

As infrações 1 e 2 tratam de exigência de valores relativos, respectivamente, à falta de recolhimento, e a recolhimento a menos, de ICMS devido por antecipação parcial por contribuinte enquadrado, apenas em parte do período objeto da imputação 1, ou seja, até 30/03/2005, no regime simplificado de apuração de tributos identificado como SimBahia, instituído pela Lei Estadual nº 7.357, de 04/12/1998, revogada em 01/07/2007 pela Lei Estadual nº 10.646.

Durante todo o período objeto da imputação 2, meses de fevereiro a dezembro/2007, o contribuinte encontrava-se enquadrado na condição de contribuinte do regime normal de apuração do imposto.

Com a devida *vênia*, discordo do ilustre Relator quanto ao provimento parcial do Recurso Voluntário apresentado para modificar a decisão de Primeira Instância no que tange à exclusão da multa aplicada para as infrações 1 e 2, ao argumento da inexistência de previsão legal para a aplicação da multa indicada no Auto de Infração para esta imputação, porque compreendo que o percentual aplicável para os fatos à época em que o contribuinte ainda estava enquadrado no regime simplificado de apuração do imposto, ou seja até o mês de março do exercício de 2005, é o de 50% do montante de ICMS devido, sendo indevida tanto a aplicação do percentual de 60%, tal como incorretamente realizado no Auto de Infração, quanto a exclusão da multa, esta proposta pelo Conselheiro Relator.

E, para o período em que o sujeito passivo encontrava-se no regime normal de apuração de imposto, a multa por estas infrações 1 e 2 é a de 60%. Ou seja, 60% do valor do ICMS exigido pelo Fisco é o percentual de multa previsto para as datas de ocorrência compreendidas entre março/2005 a dezembro/2007, correta e devidamente indicado no Auto de Infração, para as duas imputações naquele intervalo.

No Auto de Infração encontra-se indicada à multa no percentual de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e o nobre Conselheiro Relator, em seu voto, aduz que deve ser excluído o referido percentual de 60%, pelos argumentos que expõe.

Assinalo, por oportuno, que o título da Subseção IV da Lei nº 7.014/96, que institui a antecipação parcial em seu artigo 12-A, em redação vigente até 30/03/2010, era “Da Substituição Tributária por Antecipação e das Demais Hipóteses de Pagamento por Antecipação”. Nesta Subseção, posteriormente à promulgação da Lei nº 7.014/96, já em 30/12/2003, foi incluído o mencionado artigo 12-A.

O título atual desta Subseção IV da Lei nº 7.014/96 é “*Da Substituição Tributária por Antecipação e das Demais Hipóteses de Antecipação Tributária*”.

Entendo, por conseguinte, que a antecipação parcial, sempre incluída na Subseção que trata das antecipações tributárias, é espécie deste gênero de modalidade de tributação, ou seja, é uma forma de antecipação do momento do pagamento do imposto, diferindo do instituto da substituição tributária. Assim, friso, inclusive dentro da técnica legislativa adotada neste Estado, a antecipação parcial é uma forma de pagamento por antecipação, motivo pelo qual este instituto está e sempre esteve inserido na mencionada Subseção IV, e não em outra parte da Lei nº 7.014/96.

No caso da antecipação parcial, espécie da antecipação tributária, trata-se de situação em que ocorre apenas, e tão-somente, o deslocamento do elemento temporal do fato gerador e, consequentemente, a antecipação do momento do pagamento do imposto, sem o encerramento da fase de tributação naquele instante e sem a substituição do sujeito passivo originário por outro.

Assim, a antecipação do momento do recolhimento do tributo, prevista à época dos fatos objeto da imputação no inciso I, alínea “b”, item “1, e no inciso II, alínea “d”, ambos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, é dado atinente ao elemento temporal do fato gerador da obrigação tributária, ou seja, antecipar o momento do pagamento do imposto significa, na situação em foco, apenas que, ao invés da submissão à regra de dever pagar o tributo quando da operação de saída, o imposto deverá ser pago quando da entrada da mercadoria, ou em data posterior prevista pela legislação aplicável à situação, ainda que as mercadorias não tenham saído do estabelecimento adquirente.

A antecipação parcial é uma antecipação tributária. Trata-se de tributo.

Por conseguinte, quando a redação originária da Lei nº 7.014/96 previu multa para a falta de recolhimento, e de recolhimento a menos, de imposto devido por antecipação, sem excluir este ou aquele modo de antecipar o pagamento do tributo, tratou de antecipação tributária em todas as modalidades existentes e atinge os fatos supervenientes, desde que naquela hipótese de incidência, sempre preexistente, o fato da vida viesse a se enquadrar.

Não vislumbro a base jurídica para se excluir, da antecipação tributária, a antecipação dita parcial, em que não ocorre o encerramento da fase de tributação.

Ressalto que embora a partir de 31/03/2010 – portanto posteriormente tanto à lavratura deste Auto de Infração, quanto aos fatos que o baseiam - o inciso I do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 tenha sido modificado, revogando-se a sua alínea “b”, que tratava de imposição de multas, nas hipóteses que previa, em se tratando de empresas dispensadas de escrituração fiscal, constato que a empresa autuada era, em parte do período objeto da autuação, momento dos fatos geradores da obrigação tributária principal, enquadrada no regime simplificado de apuração denominado SimBahia, pelo que no momento da ocorrência dos fatos objeto de parte da imputação 1, objeto do presente Auto de Infração, o autuado não estava submetido às regras comuns, relativamente à escrituração de livros fiscais, impostas às empresas sob regime normal de apuração, e os atos que praticava estavam regidos pela legislação vigente para as empresas do regime simplificado de apuração.

Em nosso Estado, a Lei que regia o regime SimBahia, Lei nº 7.357/1998, foi revogada em 01/07/2007 pelo artigo 10 da Lei nº 10.646/07, que dispõe sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte de que trata a Lei Complementar nº 123/2006.

Por outro lado, uma vez que, à época de parte dos fatos objeto da infração 1, o percentual de multa a ser aplicado era o de 50% do valor do imposto, em se tratando de falta de recolhimento do ICMS, devido por antecipação, por empresas sob regime simplificado de apuração, vale dizer, dispensadas da escrituração fiscal exigível para as empresas sob regime normal de apuração, à situação em lide não se poderia aplicar o percentual de 60% do valor de imposto, também já previsto à época no inciso II, alínea “d”, do mencionado artigo 42, para as empresas sob regime normal de apuração, porque a aplicação de tal percentual maior, 60% ao invés de 50%, seria um agravamento de penalidade sem base legal que o justificasse.

Assinalo, inclusive, que interpretar a legislação no sentido da aplicação do percentual maior de multa, portanto impondo maior ônus financeiro a ser suportado pelo sujeito passivo desta lide em razão de parte das imputações, seria procedimento contrário ao quanto previsto nos artigos 146, inciso III, alínea “d”; 170, inciso IX, e 179, todos da Constituição da República, acerca do tratamento diferenciado a ser aplicado às microempresas e às empresas de pequeno porte:

Constituição da República:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela EC nº 42, de 2003)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Nova redação dada pela EC nº 6, de 1995)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

E, ainda que o artigo 125, incisos I e III, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, exclua, da competência deste Conselho de Fazenda, a declaração de constitucionalidade, a interpretação sistemática da legislação, em atendimento aos preceitos constitucionais, é dado a ser considerado também no julgamento da presente lide visando-se à economia processual, ao bem estar social e ao controle de legalidade que o ente público deve fazer sobre seus próprios atos.

Considero, outrossim, que ainda que houvesse dúvida quanto ao percentual de multa a ser aplicado no julgamento desta lide, alegando-se a ausência de multa específica para a situação em lide, ter-se-ia como imperativo o teor do artigo 112 do Código Tributário Nacional – CTN, que transcrevo:

CTN:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

- I – à capitulação legal do fato;*
 - II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;*
 - III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;*
 - IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*
- (grifos nossos)

Assim, uma vez que a antecipação parcial é espécie de antecipação tributária, sempre existiu a previsão de multa para o descumprimento desta obrigação tributária principal tanto para as empresas do regime simplificado de apuração quanto para as empresas do regime normal de apuração, e a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico pauta-se, quanto à legislação tributária, pelo transcrito artigo 112 do Código Tributário Nacional. No caso específico, pelo previsto no inciso IV do mencionado artigo, sendo vedada a analogia *in malam partem* e, situação ainda menos concebível, quando se trata de aplicação de multa por descumprimento de obrigação tributária, como é a situação em análise.

Assinalo que desde o nascimento do instituto da antecipação parcial, vale dizer, durante o período compreendido entre março/2004 até meados de 2009, este Conselho de Fazenda aplicou, e manteve, nas duas instâncias de julgamento, a multa no percentual de 50% em todos os Autos de Infração lavrados contra os contribuintes do regime simplificado de apuração, nas ocorrências de falta de recolhimento, e de recolhimento a menos, de ICMS devido por antecipação parcial.

Apenas a partir do segundo semestre de 2009 passou a vigorar neste Colegiado o entendimento, por maioria, de que não seria devida a multa de 50% prevista no inciso I, alínea “b”, item “1”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para as microempresas e empresas de pequeno porte, em tais situações relativas à antecipação parcial, com a nova interpretação no sentido de que dever-se-ia aplicar indistintamente, para contribuinte sob regime normal, ou simplificado, de apuração do imposto, para fatos geradores ocorridos até 27/11/2007, o previsto na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e, a partir de 28/11/2007, o previsto na alínea “d” do inciso II do mesmo artigo 42.

Por tudo quanto exposto, em relação à Infração 1 voto no sentido da redução do percentual de multa de 60% para 50% no período relativo a abril/2004 a março/2005, percentual de 50% este previsto na legislação vigente à época dos fatos apurados, no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96.

Ainda em relação 1, voto pela manutenção do percentual de multa de 60% para as datas de ocorrência de abril/2005 a maio/2007.

Em relação à Infração 2 voto pela manutenção do percentual de multa de 60% indicado no Auto de Infração para todas as datas de ocorrência originalmente lançadas de ofício.

Por oportuno indico como base legal para a aplicação do percentual de 60%, no período já citado neste voto, o quanto previsto na alínea “d” do inciso II do mencionado artigo 42 da Lei nº 7.014/96, em suas sucessivas redações, posto que a elucidação de que na antecipação tributária inclui-se a antecipação tributária parcial, sem encerramento da fase de tributação, em nada inovou, e sim apenas explicitou, interpretou, norma já vigente anteriormente.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, mas apenas no sentido de que seja reduzido de 60% para 50% o percentual de multa indicado para o período de abril/2004 a março/2005 na Infração 1 no Auto de Infração, e mantido pela decisão de base.

Quanto aos demais períodos de apuração objeto da Infração 1, e a todo o período objeto da Infração 2, voto pelo não acolhimento do pedido inserto no Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, quanto à multa aplicada à infração 1, referente às ocorrências de abril/2004 até março/2005, e, em decisão por maioria, em relação à manutenção da multa de 60%, indicada para as datas de ocorrência de abril/2005 até maio/2007 da infração 1 e de todo o período da infração 2, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206851.0042/09-0**, lavrado contra **CASAS BAIANA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$239.170,02**, sendo que, a aplicação das multas contém a seguinte configuração: infração 1, datas de ocorrência a partir de 30/04/2004 até 31/03/2005, com ICMS no valor de R\$44.878,97, sem incidência de multa; a partir de 30/04/2005 até 31/12/2007 (infrações 1 e 2) no total de R\$73.024,06 com incidência de multa de 60% e de 70% sobre R\$121.266,99, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Em relação à manutenção da multa de 60% indicada para as datas de ocorrência de abril/2005 até maio/2007 da infração 1 e de todo o período da infração 2) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCEDOR (Exclusão das multas – infração 1 – período de abril/04 até 31/03/2005) – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

VOTO VENCIDO (Em relação à manutenção da multa de 60% indicada para as datas de ocorrência de abril/2005 até maio/2007 da infração 1 e de todo o período da infração 2) – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

VOTO DIVERGENTE (Em relação à multa de parte do período da infração 1 referente às ocorrências de abril/2004 até março/2005) – Conselheira: Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO (Vencedor quanto à exclusão das multas da infração 1 - abril/04 a março/05 e vencido na manutenção da multa de 60% para as datas - abril/2005 até maio/2007 - infração 1 e de todo o período da infração 2)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR (Em relação à manutenção da multa de 60% indicada para as datas - abril/2005 até maio/2007 - infração 1 e de todo o período da infração 2)

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO DIVERGENTE (Em relação à multa de parte do período da infração 1, referente às ocorrências de abril/2004 até março/2005)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS