

PROCESSO	- A. I. N° 274068.0010/11-9
RECORENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO)
RECORRIDOS	- STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO e RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0208-02/11
ORIGEM	- IFEP SERVIÇOS
INTERNET	- 12/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0238-12/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. AQUISIÇÕES EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI. MULTA. Falta de previsão legal, à época, para a aplicação da penalidade. Modificada a Decisão recorrida para, de ofício, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração. Recursos PREJUDICADOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão n° 0208-02/11 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 27/04/2011, exige multa de 60% sobre a parcela do ICMS – antecipação parcial que deixou de ser recolhida, nos prazos regulamentares, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de fevereiro, março, maio a agosto de 2006, no valor de R\$98.810,06.

Após rejeitar a arguição de nulidade levantada pelo autuado, de afastar a preliminar de mérito relativa à decadência dos fatos geradores, a JJF prolatara Decisão pela procedência parcial da autuação, excluindo dela as operações de Simples Remessa ante a comprovação através das notas fiscais anexadas como prova. Observam que os próprios autuantes ajustaram os valores reclamados, excluindo o item relativo ao mês de fevereiro/2006, conforme demonstrativo da antecipação parcial (Anexo 02 - fl. 90).

Indicando de que a empresa havia reconhecido parcialmente a irregularidade a ela imputada, recolhendo o seu valor, conforme relatório do SIGAT de fls.99/100, decide pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$39.316,97.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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 n° 7.629/99, alterado pelo Decreto n° 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Inconformado com a Decisão prolatada, a Claro S/A, sucessora da empresa autuado, interpõe Recurso Voluntário (fls. 126/137).

Inicialmente, abordando resumidamente os fatos que geraram o presente PAF, as razões do autuante para justificar a presente exigência fiscal, diz que, embora a JJF tenha decidido pela procedência da autuação, desconsiderou os valores que foram recolhidos ao Erário.

Diz que, como anteriormente sustentado, demonstrou que algumas notas fiscais, elencadas no “Demonstrativo da antecipação Parcial – Anexo 1” (Notas Fiscais de n°s 20590, 20596, 20598, e 20853) não se referiram à operação de vendas, mas de simples remessas de mercadorias por ele

adquiridas, em operações de compra a ordem e que o ICMS por antecipação foi recolhido por ocasião das aquisições dos aparelhos celulares, por meio das Notas Fiscais nºs 7307, 7309, 7346 e 7373, das quais duas (nº 7346 e 7373) foram relacionadas no referido anexo que relaciona a operação de simples remessa e estão sendo objeto da autuação.

Informa que adquiriu aparelhos celulares de diversas empresas, dentre elas, a Sony Ericsson Mobile Communications do Brasil Ltda.. Em algumas destas operações, no momento da aquisição, a empresa determinou que eles fossem remetidos à empresa Flextronics International Tecnologia Ltda. para que se concluíssem as suas montagens antes de enviá-los ao recorrente. Em assim sendo, tais operações estão claramente comprovadas como de mera remessa de mercadorias, não estando sujeita à incidência do imposto, o que desaguava no imperioso cancelamento da penalidade aplicada.

E, no que tange aos demais débitos, houve por bem recolher os valores autuados, que diz, seria, posteriormente comprovado.

Salienta, em seguida, que tais débitos por força das disposições do art. 156, I, do CTN deveriam já ter sido extintos.

Afirma que, como já aventado em sua impugnação inicial, a multa não pode ser imputada à CLARO S.A., empresa sucessora por incorporação. Observa que a autuação foi contra a Stemar Telecomunicações Ltda., quando ainda desempenhava suas atividades e antes de ser sucedida pela BCP S/A, antiga denominação da Claro S/A. Ocorre que o Auto de Infração foi lavrado em momento posterior à incorporação, que ocorreu em 31/12/2005.

Nesta linha de argumentação, transcrevendo o art. 132 do CTN, que dispõe sobre a responsabilidade tributária nas hipóteses de sucessão, ressalta que a sucessão ocorre, apenas, em relação aos tributos e que não se confunde com multas, característica de um ilícito, que, por disposição do art. 3º (transcrito) do referido CTN não admite a exigência de tributo como sanção de ato ilícito. Sobre o assunto transcreve entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª, bem como, da 4ª Região, exarados em Recurso de Apelação e decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Com tais colocações, afirma que a exigência fiscal encontra-se flagrantemente inquinada pelo vício da ilegalidade, além de contrariar a jurisprudência consolidada dos e. Tribunais Regionais Federais.

Assevera ser inaplicável a penalidade estampada no Auto de Infração em razão de seu caráter confiscatório. Diz que a letra “f”, Inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, refere-se à falta de recolhimento de imposto, o que não ocorreu considerando que não houve descumprimento de obrigação tributária principal, visto que esta foi adimplida, ainda que em atraso.

Argui que as multas, em geral, são utilizadas não apenas com finalidade punitiva, mas servem também como reparação do Estado pelo descumprimento de obrigação tributária por parte do contribuinte. Entretanto, a penalidade que lhe foi imposta no presente caso, além de indevida, é tão elevada, a ponto de implicar verdadeiro confisco. Reforça seu entendimento com transcrição do art. 150, VI da Constituição Federal, e Decisão do STF ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 551-1 RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, para asseverar que ela deve ser fixada no patamar máximo de 2% .

Em seguida, apresenta, sucintamente, os fatos anteriormente alegados e requer que seja julgado procedente o Recurso interposto, ou, subsidiariamente, requer a redução da multa aplicada.

Protesta pela produção de todas as provas em Direito admitidas, bem como a sua sustentação oral e que todas as intimações relativas ao presente processo, sob pena de nulidade, sejam dirigidas ao patrono da empresa, nominado, com escritório nesta cidade do Salvador/BA.

A PGE/PROFIS em seu Parecer opinativo (fl. 143), após sumarizar as razões recursais, assim se manifesta:

“Da análise dos autos, entendo que o caso em tela exige reconhecimento, de ofício, da improcedência da autuação, senão vejamos.

A infração exige multa de 60% pelo recolhimento intempestivo do ICMS por antecipação parcial. Os fatos geradores são do exercício de 2006, enquanto ainda não vigia a Lei nº 10.847/07 que introduziu a expressão “inclusiva por antecipação parcial”, ao tipo infracional previsto no art. 42, II, d da Lei nº 7.014/96.

Dessa forma, não é possível manter-se a exigência fiscal, conforme entendimento consolidado no CONSEF, a exemplo do Acórdão, cuja ementa transcrevo: e

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N°0109-11/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA PERCENTUAL. Penalidade aplicada relativamente a fatos geradores ocorridos antes da previsão legal para tal sanção. De ofício, decretada a IMPROCEDEI”4CIA da infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso NAO PROVIDO. Decisão unânime.

Diante disso, opino pela decretação de ofício da improcedência da autuação, reformando-se a Decisão recorrida”.

Em Despacho (fl. 146), a Procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA ratifica o Parecer exarado e encaminha os autos a este CONSEF para julgamento.

Em 30/05/2012, o escritório de advocacia do recorrente comunica que o seu novo representante neste Capital baiana é o Sr. Maurício Pedreira Xavier e que as intimações a respeito do presente feito devem a ele ser dirigidas.

VOTO

Diante da situação peculiar que se reveste o presente processo, antes de adentrar na matéria concernente ao presente lançamento fiscal, me pronuncio a respeito do pedido do recorrente de que todas as intimações sejam encaminhadas, exclusivamente, ao seu patrono neste Estado da Bahia. Ressalto que, presentemente, a matéria em discussão se encontra em nível administrativo. E, em assim sendo, no foro administrativo não é obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide. O autuado tem endereço, seus sócios, igualmente. Portanto, as comunicações desta SEFAZ, conforme determinações do art. 108, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) poderão ser dirigidas a qualquer um. Entretanto, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente deste CONSEF poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem nulidade do processo.

Informo, ainda, de que as intimações para que o representante legal da empresa compareça ao CONSEF para acompanhar as sessões de julgamento deste Colegiado e nela se manifestar, conforme determinações legais, são publicadas no Diário Oficial do Estado e no site da Secretaria da Fazenda deste Estado.

Após tais colocações, saliento de que a hipótese de incidência tributária representa o momento, previsto em lei, que deflagra a incidência da relação jurídico-tributária. Assim, o fato gerador do tributo é a sua materialização, constituindo-se da obrigação tributária que pode ser “principal” ou “obrigação acessória”, como previsto no art. 113, do CTN.

E, como claramente pontuado pelo Prof. Eduardo Sabag, no seu livro “Manual de Direito Tributário”, 2^a Ed. 2^a Triagem, fl. 668):

A causa da obrigação tributária é o vínculo jurídico motivador do liame jurídico obrigacional entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Pode residir na “lei tributária” ou na expressão designativa mais lata que a primeira, a saber, legislação tributária. O vínculo jurídico em apreço pode ser apreendido na leitura dos arts. 114 e 115 do CTN. Observe-os:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei, necessária e suficiente à sua ocorrência;

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação, que na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configue obrigação principal.

Por estas sucintas considerações, tem-se que a hipótese de incidência do tributo somente nasce através de lei.

Isto posto, a infração motivadora do Recurso Voluntário trata da aplicação de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

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 no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que esta se pronunciasse acerca da penalidade a ser aplicada.

E a motivação desta controvérsia residia na interpretação a ser dada ao instituto da antecipação parcial, que alguns a entendiam como espécie do gênero antecipação, outros, a entendiam como instituto distinto. Após discussões, bem como decisões judiciais, com a intervenção do Supremo Tribunal Federal – STF na ADIN nº 33203-8/2004, a matéria foi pacificada, ou seja, hoje se distingue as figuras da antecipação parcial da chamada antecipação propriamente dita e da antecipação por substituição tributária, tendo em vista que a primeira não encerra a fase de tributação e, por tal situação, não pode ser aplicada às mercadorias enquadradas no regime da antecipação ou substituição tributária (§ 1º, III, do art. 352-A, do RICMS/BA).

Diante deste quadro, a multa de 60%, com arrimo no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 não pode ser aplicada aos lançamentos cujos fatos geradores ocorreram antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, já que o dispositivo normativo não açambarcava a figura da antecipação parcial, dizendo respeito ao instituto da substituição/antecipação tributária. E esta situação torna-se mais expressa ao se constatar que o legislador acrescentou à referida alínea “d”, a expressão “*inclusive por antecipação parcial*”, evidenciando que com o vocábulo “inclusive” houve uma “inclusão”, na norma, sendo criado direito novo. E, em se falando de multa (matéria de direito tributário-penal), somente se admite a retroatividade em se tratando do que a doutrina denomina de retroatividade benigna.

Após esta breve síntese, me volto para as determinações do § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/96 vigente á época dos fatos geradores ora em debate, que assim se expressava.

“§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Com a alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07, a sua redação passou a ser a seguinte:

“§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Dessa forma, toda a argumentação exposta anteriormente em relação à vedação da aplicação das determinações do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 para a exigência do imposto por antecipação tributária parcial através de Auto de Infração, aqui, de igual forma, deve se aplicada.

E, como o citado parágrafo é expressamente específico em citar o art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, se conclui que até 28/11/2007 não existia previsão legal para aplicação da multa na forma realizada, ou seja, quando a fiscalização constatasse o pagamento da antecipação parcial em desconformidade com as determinações da legislação tributária.

Ressalto neste momento que o próprio autuante, convededor da situação, sugeriu, quando da lavratura do Auto de Infração que a multa aplicada fosse aquela inserta no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 que, em qualquer momento, é referida no § 1º do art. 42 da nominada lei.

Em assim sendo, acompanho a fundamentação apresentada pela d. PGE/Profis, uma vez que à época da ocorrência dos fatos geradores ela, ainda, não existia no mundo jurídico, o que nos leva a entendê-la improcedente.

Assim, de ofício, julgo improcedente o Auto de Infração por falta de norma específica, à época dos fatos geradores, para a cobrança da multa em discussão.

Por tudo exposto, considero prejudicada a análise dos Recursos de Ofício e Voluntário e, de ofício, julgo IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADOS** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e declarar, de ofício, **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0010/11-9**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS