

A. I. N° - 210577.0026/11-5
AUTUADO - O IMPERADOR DA CAMA MESA E BANHO LTDA.
AUTUANTE - JOSE AGNALDO DOS SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 01/03/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0013-03/12

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar o recolhimento da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal. Revisão procedida pelo autuante, por meio da informação fiscal reduz o montante do débito. Infração elidida parcialmente. Retificado o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, alíneas “d” e “f” da Lei n° 7.014/96). Decisão não unânime quanto o reenquadramento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/07/2011, para exigência de ICMS no valor de R\$ 57.887,05, em razão do recolhimento a menos do ICMS, por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho/2007 a dezembro/2009 acrescido da multa de 50%.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fl. 90, arguindo que, após conferência das planilhas elaboradas pelo fiscal autuante constatou duplicidade de notas fiscais, datas, emissão, fornecedores e valores, assim como cobrança indevida em razão da não apresentação do documento fiscal e inclusão de notas fiscais com código 2.910(brindes). Indicou os números dos documentos fiscais e respectivas irregularidades, assim como cópias do livro Registro de Entradas. Por fim solicitou a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.160 a 163 o autuante diz reconhecer, em grande parte, as alegações do contribuinte. Esclarece que algumas notas fiscais foram efetivamente consideradas em duplicidade e outras incluídas equivocadamente na apuração do montante reclamado.

Elaborou novas planilhas excluindo os valores relativos às notas fiscais.

- a) consideradas em duplicidade;
 - b) que acobertavam aquisições de mercadorias não tributadas;
 - c) coletadas via CFAMT e SINTEGRA sem a apresentação do correspondente documento fiscal;
 - d) sem diferença a recolher em virtude da apresentação do comprovante de recolhimento;
- Finalizou requerendo a Procedência Parcial do Auto de Infração.

O contribuinte foi cientificado conforme documento anexado à fl.167, porém, não se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS antecipação parcial efetuado a menos, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, conforme demonstrativos às fls 09/24.

O autuado alega que na elaboração do demonstrativo houve equívoco, por parte da fiscalização ao considerar diversos valores em duplicidade, notas fiscais de aquisições de mercadorias não tributadas, assim como inclusão de operações, por ele desconhecido, cujos documentos fiscais não foram anexados pelo fiscal autuante.

Da análise do demonstrativo que serviu de base para a exigência fiscal, fls.09/24, observo a existência de valores lançados em duplicidade, a exemplo das notas fiscais nº 137.750, fl. 21 e 29.257, fl. 22. Também verifico que não foram anexados os documentos fiscais objeto da acusação fiscal. O fiscal autuante ao prestar a informação fiscal reconheceu todos os argumentos defensivos, e elaborou novo demonstrativo às fls. 145/159, excluindo os valores oriundos de notas fiscais coletadas via CFAMT/SINTEGRA, cujas cópias não foram anexadas ao PAF, os exigidos em duplicidade e os oriundos de aquisições de mercadorias não tributadas. O valor do ICMS exigido foi reduzido para R\$ 12.513,48, com o qual concordo, conforme demonstrativo de débito abaixo:

| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base Cálculo | Aliquota % | Multa (%) | Valor Histórico |
|-----------------|-----------------|--------------|------------|-----------|-----------------|
| 30/09/2007 | 09/10/2007 | 1.233,29 | 17 | 60 | 209,66 |
| 31/10/2007 | 09/11/2007 | 3.730,41 | 17 | 60 | 634,17 |
| 30/11/2007 | 09/12/2011 | 19.588,00 | 17 | 60 | 3.329,96 |
| 31/12/2007 | 09/01/2007 | 316,59 | 17 | 60 | 53,82 |
| 31/01/2008 | 09/02/2008 | 1.571,94 | 17 | 60 | 267,23 |
| 28/02/2008 | 09/03/2008 | 1.258,18 | 17 | 60 | 213,89 |
| 31/03/2008 | 09/04/2008 | 4.719,59 | 17 | 60 | 802,33 |
| 30/04/2008 | 09/05/2008 | 13.933,18 | 17 | 60 | 2.368,64 |
| 31/05/2008 | 09/06/2008 | 6.467,41 | 17 | 60 | 1.099,46 |
| 31/07/2008 | 09/08/2008 | 7.457,65 | 17 | 60 | 1.267,80 |
| 31/08/2008 | 09/09/2008 | 13.332,47 | 17 | 60 | 2.266,52 |
| Total | | | | | 12.513,48 |

Discordo, entretanto, com a multa sugerida, no percentual de 50%, baseada no inciso I, alínea “b”, item 1 do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, pois no período de julho de 2007 a outubro de 2007, a multa a ser aplicada deve corresponder àquela vigente à época dos fatos, que se encontra indicada na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo da citada Lei, que prevê a penalidade de 60% quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei, que importe em descumprimento de obrigação tributária principal. No que concerne aos fatos geradores ocorridos a partir de novembro de 2007, também tem de ser aplicada à multa de 60%, entretanto com lastro na alínea “d” do inciso II do mesmo artigo e Lei, com a redação dada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. Cabe registrar que esse é o entendimento já consolidado neste Conselho de Fazenda.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$12.513,48.

VOTO DIVERGENTE QTO A MULTA

Na sessão de julgamento foi levantada uma questão quanto ao percentual da multa. Isso, contudo, não foi objeto de discussão nos autos. O contribuinte defendeu-se daquilo do que foi acusado, com a multa indicada pela autoridade que fez o lançamento. Pelo que consta, a fiscalização vem aplicando nesses casos a multa de 50%, e alguns julgadores consideram que essa é a multa aplicável, ao passo que outros consideram que deva ser de 60%. Ora, se existe dúvida

quanto à multa, e se *essa dúvida não foi objeto do contraditório*, considero que o contribuinte não pode ser surpreendido, no julgamento, com uma alteração substancial sobre *aspecto do qual não lhe foi dada oportunidade para defender-se*.

Uma mudança como a proposta pela nobre Relatora implica ofensa ao *princípio da isonomia*, uma vez que em todos os Autos lavrados nessas circunstâncias com a multa de 50%, quando o contribuinte não se defende e paga o débito, tal enquadramento se torna definitivo. Ou seja, só vem sendo majorada a multa de 50% para 60% quando o contribuinte se defende. Somente admito a revisão da multa aplicada neste caso se for feita representação para que sejam revistos *todos os casos em que, nas mesmas circunstâncias*, houve indicação da multa em percentual supostamente inadequado, de modo que *todos os contribuintes tenham tratamento isonômico*.

Fundamento minha conclusão em dois postulados. Primeiro, o art. 112 do CTN. Com efeito, se os técnicos que lidam com a tributação têm dúvida quanto à multa nestes casos, tanto assim que nem a fiscalização sabe qual a multa aplicável, haja vista que ao lavrar os Autos sobre fatos dessa natureza vêm aplicando a multa de 50%, e no próprio órgão julgador existem divergências de entendimento, é o caso de seguir-se a orientação do art. 112 do CTN, segundo o qual a lei tributária que define infrações ou lhe comina penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato (inciso I), ou quanto à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação (inciso IV).

O segundo postulado é tomado por analogia o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

O art. 2º do RPAF enuncia princípios que norteiam o processo administrativo, sem prejuízo de outros princípios de direito.

A proibição da *reformatio in pejus* é um princípio de direito processual penal (CPP, art. 617). A discussão aqui diz respeito a multa (pena). Aplica-se, sem dúvida, o princípio assinalado, que constitui uma garantia posta à disposição dos acusados para preservação de seus direitos constitucionais de ampla defesa e de contraditório.

Digo que tomo tal princípio por analogia tendo em vista que, a rigor, no sentido estritamente técnico, a vedação da *reformatio in pejus* constitui uma diretriz endereçada às câmaras ou turmas dos tribunais, no sentido de que não pode haver “reforma” da decisão para pior, se houver apenas “recurso” da defesa.

Aqui não se trata de recurso. Tudo bem. No entanto, se a lei proíbe o juízo *ad quem* de agravar a situação do acusado quando apenas ele recorreu, não vejo como o juízo *a quo* (juízo de primeiro grau) possa agravar a situação do acusado em relação a algo que não consta na imputação.

Mesmo que se considere, sem maiores reflexões, que no processo administrativo fiscal não se aplica o princípio da *non reformatio in pejus*, é evidente que, para agravação do débito, teriam de ser respeitados os princípios do *contraditório* e da *ampla defesa*.

Eu acompanharia o voto da nobre Relatora, desde que mantendo-se a multa estipulada no Auto de Infração. Porém, em face do erro quanto à multa estipulada pelo fiscal autuante – se é que o fiscal errou –, tendo em vista que se trata de *aspecto substancial, sobre o qual o autuado não teve oportunidade de defender-se*, proponho que seja determinada a remessa dos autos em diligência, a fim de que o autuado seja inteirado dessa novidade. Não sendo aceita essa proposta, voto pela NULIDADE do lançamento, para que a fiscalização proceda a nova autuação de forma correta, em atenção aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, exceto quanto à multa, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210577.0026/11-5, lavrado contra **O IMPERADOR DA CAMA MESA E BANHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.513,48**, acrescido da

multa de 60%, previstas no art. 42, incisos I, alínea “b”, item 3 e II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE QTO À MULTA