

PROCESSO - A. I. Nº 210728.0031/11-9  
RECORRENTE - VGA REFRIGERAÇÃO LTDA.  
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão JJF nº 0044-04/13  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 26.12.2013

### 3<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0526-13/13

**EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. As ocorrências detectadas por meio da listagem do SINTEGRA foram retiradas, por não terem sido obtidas outras provas relativas às aquisições das mercadorias, o que reduziu o valor exigido no exercício de 2009. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto diante da Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exige ICMS no valor de R\$114.523,60, através da seguinte infração: “*Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado*” - Multa de 50%;

Falta de recolhimento da Antecipação Parcial no período de 01/01/2008 a 31/12/2009. O autuante informa que também solicitou a lavratura de Termo de Exclusão do contribuinte do Simples Nacional ao Inspetor Fazendário do Varejo a partir de 01/01/2010.

Em primeira instância, a preliminar de nulidade foi rejeitada em razão do seguinte:

*O sujeito passivo por meio de seus patronos tece uma série de considerações acerca da suposta ilegalidade da autuação, momento em que clama pela nulidade da autuação.*

*Contudo verifico que suas alegações não possuem o condão de fulminar a legitimidade do Auto de Infração, nem justificam a aplicação do art. 18 do RPAF/99, como segue:*

*Rejeito o pedido de nulidade argüido pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não enseja qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, inclusive com o recebimento de todos os demonstrativos, e a participação efetiva em todos os atos processuais, por meio dos seus advogados.*

*Outrossim constato que o demonstrativo de débito encontra-se fundamentado nas Planilhas “Imposto a Recolher”, fls. 10 a 15, posteriormente retificado o exercício de 2008, consoante planilha de fls. 408 a 414.*

*Ressalto que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, a teor do art. 167, I do RPAF/99.*

A multa aplicada foi mantida em razão do seguinte:

*Quanto a multa sugerida pela fiscalização, está tipificada na Lei nº 7.014/96, sendo que o contribuinte solvendo a exigência fiscal nos prazos fixados pelo COTEB, tem direito à sua redução. A alegação de que se trata de*

*multa confiscatória escapa à apreciação deste órgão julgador, haja vista que se trata de penalidade legal, em consonância com o art. 167, I do RPAF/99.*

No mérito, conclui-se pela procedência parcial em razão do seguinte:

*No mérito, o instituto da antecipação parcial deriva da Lei nº 8.967/2003, efeitos a partir de 01/03/04, que alterou a Lei Estadual do ICMS nº 7.014/96, quando acrescentou o art. 12-A, repetido no art. 352-A do RICMS/Ba. Decorre da diferença entre alíquota interna e a interestadual, e não encerra a fase de tributação.*

*O fato gerador da antecipação parcial ocorre na entrada da mercadoria no Estado, e permitido o crédito do imposto referente à antecipação parcial, apenas para as empresas com apuração do regime normal do imposto. O valor pago a título de antecipação parcial deve ser lançado no quadro “Crédito do Imposto – Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS.*

*Portanto, o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta corrente fiscal, cabe a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto – Outros créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento; constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher.*

*Todos os contribuintes, independentemente do regime de apuração do imposto devem efetuar o pagamento da antecipação, quando da entrada das mercadorias no Estado da Bahia, o que não afasta a obrigatoriedade do cumprimento desta obrigação inclusive por aqueles inscritos no Simples Nacional.*

*No caso concreto, verifico que o autuante, corretamente aplicou as alíquotas devidas, como se pode constatar nas planilhas de fls. 10/15, sendo que no demonstrativo de débito os valores do ICMS exigidos são exatamente iguais aos contidos naquelas planilhas e a alíquota de 17%, é meramente informativa, para se chegar à base de cálculo do ICMS exigido, em cada parcela mensal.*

*Ademais, as mercadorias objeto das notas fiscais em lide sob a Classificação Fiscal tais como: Unidade Evaporadora, Condicionador de Ar, Módulo Condensador Módulo Ventilador, kit Controle Remoto,... (NCM-84151019, 84158210, 84186999, 84189900, 84145990, 84186940, 90321090...), não estão descritas no art. 353 do inciso II e seus itens, portanto, não estão sujeitas a Substituição Tributária.*

*Em decorrência de constarem dados obtidos por meio do SINTEGRA, sem a correspondente comprovação das suas aquisições, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou que as notas fiscais a elas relativas fossem excluídas do levantamento original, fato que modificou e diminuiu o valor do ICMS exigido em 2008. Desse modo, foram elaboradas novas planilhas, das quais o sujeito passivo recebeu cópia, que se encontram nas fls. 408 a 411 (2008) e 412 a 414 (2009), sendo que somente no exercício de 2008 houve alterações dos valores exigidos.*

*Dessa forma, como não foram apresentados na defesa, comprovantes de pagamento dos valores autuados, referentes à antecipação parcial, fica o auto de infração procedente em parte, com a manutenção dos valores originariamente exigidos em 2008 de R\$ 66.939,93 e com a redução dos valores relativos ao exercício de 2009 no importe de R\$ 36.019,43.*

*O demonstrativo de débito relativo a 2008 fica mantido e o referente a 2009 assume a seguinte forma:*

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíquota	ICMS
31.01.2009	09.02.2009	50.054,94	17	8.509,34
28.02.2009	09.03.2009	30.810,52	17	5.237,79
31.03.2009	09.04.2009	3.136,94	17	533,28
30.04.2009	09.05.2009	28.210,35	17	4.795,76
31.05.2009	09.06.2009	21.694,35	17	3.688,04
30.06.2009	09.07.2009	6.325,17	17	1.075,25
30.07.2009	09.08.2009	16.780,35	17	2.852,66
31.08.2009	09.09.2009	3.299,82	17	560,97
30.09.2009	09.10.2009	23.228,12	17	3.948,78
31.10.2009	09.11.2009	3.816,88	17	648,87
30.11.2009	09.12.2009	893,76	17	151,94
30.12.2009	09.01.2010	23.627,94	17	4.016,75
<b>TOTAL</b>		<b>211.879,14</b>		<b>36.019,43</b>

Inconformado, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário.

Alega que não há prova de ocorrência dos fatos geradores referentes à infração 01, pois não resta comprovado o ingresso de mercadorias que não tenham sido submetidas à tributação.

Registra que está submetido ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL — regulado pela Lei Complementar (LC) nº 123/2006, por se dedicar à atividade de comércio, sujeita-se ao pagamento da antecipação parcial do ICMS em função de mercadorias adquiridas fora do Estado da Bahia, com base no art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas “g” e “h”, da LC nº 123/2006 (dispositivo de constitucionalidade duvidosa).

Esclarece que a autuação foi pela suposta falta/insuficiência de recolhimento deste tributo e que fora efetuado o lançamento de ofício (art. 149 do CTN) ora impugnado. Explica que a Constituição determina tratamento tributário favorecido à micro e pequena empresa (art. 146, inciso III, alínea “d”, c/c art. 170, inciso IX, ambos da CF/88), e foi editado mais recentemente, a mencionada lei complementar a fim de congregar em um sistema tributário único, graduado segundo alíquotas progressivas, variáveis de acordo com a receita bruta da micro ou pequena empresa optante, diversos tributos federais (IR, CSLL, COFINS, contribuição ao PIS, contribuição social previdenciária patronal, IPI), o ICMS e o ISSQN, de competência dos Estados e dos Municípios, respectivamente.

Afirma que o lançamento do tributo se subordina à efetiva ocorrência do respectivo fato gerador do tributo: “*o ingresso jurídico em território do Estado da Bahia de mercadoria proveniente de outro Estado, tendo por destinatário estabelecimento aqui sediado*”, sendo que, sem essa prova inequívoca, não se pode exigir a antecipação do ICMS. Entende que, no caso concreto, conforme se infere do Auto de Infração e dos documentos que o acompanharam, não há prova robusta de ingresso de mercadorias que não tenham sido submetidas à tributação. Assim, todos os valores eventualmente cobrados pelo Fisco Estadual, quando do ingresso da mercadoria, foram efetivamente recolhidos aos cofres estaduais. Percebe, de logo, que a matéria a ser tratada nesta demanda perpassa, necessariamente, pela análise do valor jurídico-probatório dos indícios e das presunções no campo do direito tributário.

Argumenta que não se pode deixar de lado dois elementos: a segurança jurídica e, tratando-se do direito tributário, a tipicidade cerrada, pois a segurança jurídica põe o contribuinte a salvo, tanto de surpresas provocadas pelo legislador, como de condutas inesperadas e irrazoáveis dos órgãos de fiscalização. Disserta que a tipicidade tributária cerrada, por sua vez, garante não apenas a prévia exigência de lei que delimita e descreva o fato tributário (legalidade), como também a necessidade de sua efetiva ocorrência no plano fenomênico, com todos os seus elementos, para que a incidência ocorra e a exigência do tributo se legitime.

Acrescenta que nenhum outro valor posto em ponderação com esses dois princípios, pode afastá-los e justificar a tributação com base em meras presunções de ocorrência do fato gerador.

Aborda, ainda, que indícios, ficções e presunções não se confundem. Que indício é prova de um determinado fato certo, a partir do qual se chega a um juízo de probabilidade acerca da ocorrência de outro fato. Entende que presunção é a atividade intelectual que, partindo da prova indiciária, se reputa a existência do outro fato. Observa que a presunção pode ser imposta pela lei ou pode ser feita pelo julgador, e que esta pode ser absoluta ou relativa, admitindo prova em contrário. Já a ficção, defende o Recorrente, que não se confunde com a presunção, pois, a ficção, partindo de um fato conhecido cuja existência é certa, impõe a certeza jurídica da existência de um fato que se sabe inexistente ou de existência assaz improvável. Diz que na presunção, o fato presumido pode existir e na ficção o fato ficto não existe ou é bastante provável que ele não exista.

Argumenta que estas razões de segurança jurídica, aliadas com a tipicidade cerrada do direito tributário, não autorizam que os órgãos fazendários, com base em meros indícios, presunções e ficções, levem a cabo a imposição tributária.

Chama a atenção que a segurança jurídica é princípio que assegura ao contribuinte só sofrer imposição tributária pelos fatos geradores efetivamente ocorridos. O princípio da tipicidade cerrada, em direito tributário, tem duplo reflexo: impõe ao legislador a necessidade de descrever

minuciosamente o fato tributário, sem conceitos discricionários e cláusulas abertas, e, de outra parte, exige que o órgão fazendário só aplique a norma tributária à vista da efetiva ocorrência do fato gerador tal como descrito no tipo legal.

Ademais, entende que a prova de que dispõe o agente fazendário deve abranger todos os aspectos do tipo tributário; cumpre ao fisco, apontar todos os elementos de prova efetiva da ocorrência do fato gerador. Se o ato administrativo-tributário de lançamento não se encontra escorado nesses elementos, ele há de ser anulado por ausência de motivo ou falsidade de motivação. Colaciona trechos de doutrina referente ao tema.

Assevera que, uma vez impugnado o lançamento, a Administração Pública Fazendária com competência para julgar (jurisdicional) deve conduzir-se com vistas a obter elementos que a aproximem da realidade efetivamente ocorrida. Com isso, a possibilidade de produção de provas e a pesquisa a respeito das produzidas hão de ser amplas. Disserta sobre o princípio da verdade material.

Entende que o Auto de Infração não aponta qual foi o elemento de prova que utilizou para considerar a existência de mercadorias adquiridas pelo contribuinte autuado fora do Estado da Bahia e em razão das quais seria devedora do ICMS sob o regime de antecipação parcial, porque nenhuma das mercadorias que deram ensejo à cobrança de ICMS sob o regime de antecipação efetivamente ingressou no estabelecimento da Recorrente, de sorte que nada é por ela devido a esse título.

Diz que as notas fiscais trazidas aos autos após a primeira diligência fiscal se referem a apenas uma parte dos supostos fatos geradores apontados na autuação, e que não são prova suficiente da ocorrência do fato gerador.

Frisa que a diligência expedida em 23/08/2012, foi determinada para obtenção dos seguintes documentos: a) pedidos das mercadorias caso existentes; b) canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias; c) comprovantes de recebimento por parte do fornecedor os valores referentes às vendas realizadas por meio das notas fiscais objeto do auto de infração (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc.); d) cópias dos conhecimentos de transportes; e) quaisquer outros elementos que demonstram a compra das mercadorias.

Ressalta que, ao atender a diligência, a auditora trouxe aos autos apenas os documentos de fls. 369/407, que não atendem, sequer parcialmente, às exigências de prova robusta de existência do fato gerador.

Sustenta a inexistência da obrigação de recolher a antecipação parcial, pois as mercadorias estão sujeitas à substituição tributária (art. 12-A, §1º, inciso III da Lei nº 7.014/96). Entende que este dispositivo legal e o art. 352-A, § 1.º, do RICMS/97 excluem as mercadorias sujeitas à substituição tributária da exigência da antecipação parcial. Observa que se dedica ao comércio e à manutenção de aparelhos de refrigeração (ar-condicionados), mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Diz que o art. 353, II, do RICMS/97, citado no acórdão recorrido, não deve ser aplicado ao caso, pois, alude às operações de saída feitas por contribuintes sediados no Estado da Bahia. Observa que o argumento defensivo foi o de que essas mercadorias eram recebidas com substituição tributária.

Alega que foi utilizada a alíquota interna sem a dedução do valor pago anteriormente (art. 352-A, do RICMS/BA), suscita vício que macula o lançamento ora impugnado, haja vista que o agente autuante aplicou uma alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre a base apurada; i.e., sobre o valor das mercadorias supostamente adquiridas em outro Estado sem efetuar qualquer outra dedução, isto para garantir o princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 155, § 2.º, inciso I, da CF/88).

Aduz que a planilha de cálculo que acompanhou o Auto de Infração demonstra que o agente autuante não tratou de proceder à dedução, no valor do tributo a recolher, do montante recolhido quando da operação de aquisição do produto de fora do Estado. Afirma que utilizou os valores das supostas aquisições realizadas fora do Estado da Bahia, aplicou-se-lhe a alíquota interna de 17% e, sobre o resultado (montante de ICMS supostamente devido), fez incidir a multa de 50% (cinquenta por cento).

Alega que a multa sugerida é confiscatória, de 50% (art. 42, I, “b”-1, da Lei nº 7.014/96), com valor nitidamente excessivo, confiscatório e desarrazoado. Colaciona julgados de Tribunais, acorde esse pensamento.

Registra que, para o caso concreto, a multa cobrada tem a natureza de sanção decorrente única e exclusivamente da utilização indevida de crédito fiscal, sendo manifesta a desproporcionalidade da cobrança.

Em parecer de fls. 486/489, a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Junior, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Observa que consta sedimentado neste CONSEF que as operações descortinadas no âmbito das notas fiscais eletrônicas e CFAMT, em que consta o autuado num dos polos da relação comercial e, igualmente, referem-se a operações congruentes com a atividade da empresa, devem ser consideradas para efeito de cobrança de imposto, salvo prova em contrário de que as mesmas não se realizaram.

Frisa que o presente lançamento foi devidamente depurado, com a exclusão das operações verificadas no SINTEGRA, sem a devida colação do respectivo documento fiscal, tendo sido mantida somente as operações derivadas do CFAMT e nota fiscal eletrônica.

Nota que não há no Recurso Voluntário qualquer indicação pontual das operações sujeitas à substituição tributária que foram compreendidas no lançamento, sendo uma refutação absolutamente inespecífica.

Diz que os supostos créditos deverão ser escriturados e utilizados conforme previsto nas normas estaduais, não cabendo a compensação propugnada no apelo.

Quanto à confiscatoriedade da multa, explica que a multa é aplicada pelo Executivo, em cumprimento de lei emanada do Legislativo, tendo como norte e chancelada pela ótica de dinamização do princípio basilar, no que se refere a atos sancionatórios, da prevenção especial e geral, não cabendo qualquer discussão sobre uma possível vestimenta de ilegalidade. Frisa que a CF/88, ao dispor sobre o confisco, refere-se a aplicação de tributos com caráter de confiscatório, não se falando em multa confiscatória.

É o relatório.

## VOTO

Inicialmente, observo que a alíquota indicada no corpo auto de infração está equivocada, pois foi indicada a alíquota de 17%, enquanto que a antecipação parcial é devida em razão da diferença entre a alíquota interna (17%) e a alíquota interestadual (7% ou 12%), a depender do Estado de Origem. A base de cálculo indicada também resta equivocada. Contudo o resultado da aplicação da base de cálculo e da alíquota constantes no corpo auto de infração é o mesmo que é indicado no demonstrativo de fls. 10/15, anexado ao auto de infração, onde foram aplicadas a alíquota e a base de cálculo corretas.

Conforme entendimento já explicitado quando do julgamento do A. I. nº 278997.0005/11-0, o posicionamento desde Relator, que restou vencido por cinco votos contrários, é o de que tal equívoco representa nulidade em razão do cerceamento ao direito de defesa, pois dificulta a compreensão da infração imputada.

No julgamento do referido caso, prevaleceu nesta 3<sup>a</sup> CJF o entendimento que já resta pacificado neste E. CONSEF há anos no sentido de que o demonstrativo anexado ao auto de infração faz parte deste e, como também é entregue ao contribuinte, sana qualquer eventual nulidade referente à indicação equivocada de alíquota ou base de cálculo no corpo do auto de infração.

Destarte, entendo que a suposta nulidade resta ultrapassada, em razão do entendimento já explicitado por esta 3<sup>a</sup> CJF no julgamento do AI nº 278997.0005/11-0, que manteve a jurisprudência prevalecente neste E. CONSEF.

Quanto à comprovação do ingresso das mercadorias no estabelecimento da Recorrente, observo que o entendimento predominante no CONSEF, e também na PGE/PROFIS, é de que as notas fiscais do CFAMT e as notas fiscais eletrônicas, que indiquem mercadorias compatíveis com o ramo de atividade do contribuinte, fazem prova da circulação da mercadoria em território baiano, e consequentemente da aquisição pelo destinatário indicado.

Trata-se, portanto, de provas inequívocas que consubstanciam fortes indícios de que a mercadoria adentrou no estabelecimento da Recorrente. Note-se que as notas fiscais obtidas no CFAMT contêm o carimbo do ingresso das mercadorias no território baiano, logo, se as mercadorias entraram na Bahia com destino ao endereço do contribuinte, isso já representa prova suficiente de que elas foram adquiridas pelo contribuinte.

Ademais, as notas fiscais eletrônicas emitidas contra o contribuinte são do seu conhecimento mediante o portal da nota fiscal eletrônica, assim, acaso elas não sejam destinadas a ele, este deveria ter se manifestado no sentido de que estaria sendo vítima de alguma fraude de natureza comercial. Poderia ter formalizado denúncia junto aos órgãos competentes, inclusive de natureza criminal, para que fossem adotadas as providências necessárias.

Ressalte-se que, conforme diligência de fl. 336 foi reaberto o prazo de defesa para que o Recorrente pudesse se manifestar sobre os documentos de fls. 204/327 (listagem do CFAMT e notas fiscais de aquisições de mercadorias).

No caso em análise, as notas fiscais obtidas mediante CFAMT e as notas fiscais eletrônicas indicam que as mercadorias realmente foram adquiridas pelo Recorrente. Frise-se, ainda, que, na Informação Fiscal (fls. 328-331), o autuante informou que a empresa foi indicada pelo Grupo de Fiscalização porque apresentava valores de aquisições de mercadorias nos arquivos do SINTEGRA, CFAMT e Nota Fiscal Eletrônica muito superiores aos limites do Simples Nacional, tendo a fiscalização ora analisada se concentrado nas notas fiscais de aquisições interestaduais de mercadorias para revenda. Informa, ainda, que os documentos solicitados somente foram entregues após várias tentativas frustradas e que o livro Registro de Entrada do exercício de 2008 confirma o recebimento das mercadorias objeto da autuação fiscal. Já no Livro de Entrada do exercício de 2009, consta apenas as operações oferecidas à tributação. Ou seja, para o exercício de 2008 (fls. 167-203), além das notas fiscais eletrônicas e obtidas no CFAMT, há ainda um documento do próprio contribuinte que comprova a entrada das mercadorias.

Quanto à diligência realizada pela primeira instância às fls. 364-365, há de se notar que ela exigiu demais documentos para comprovar o ingresso das mercadorias referentes às notas fiscais obtidas por meio do SINTEGRA, pois estas sozinhas, diferentemente das notas fiscais eletrônicas e obtidas no CFAMT, não fazem prova suficiente do ingresso das mercadorias.

Em resposta a tal diligência, o autuante frisou que para o exercício de 2008 o Livro de Entrada (fls. 167-203) já seria suficiente para comprovar o ingresso das mercadorias e que para o exercício 2009, elaborou um novo demonstrativo retirando as operações referentes às notas fiscais do SINTEGRA. Nessa oportunidade, o autuante anexou notas fiscais eletrônicas de fls. 369-407, referentes ao exercício 2009.

Destarte, resta comprovado o ingresso das mercadorias, salvo aquelas cujas informações se limitaram às notas fiscais obtidas no SINTEGRA.

Quanto à suposta sujeição das mercadorias ao regime de substituição tributária, observo que tanto o autuante, na Informação Fiscal (fl. 330) como a primeira instância, observaram que as mercadorias constantes nas notas fiscais não estão sujeitas à substituição tributária.

Note-se que, de acordo com o Protocolo ICMS 41/2008, estão sujeitas à substituição as mercadorias “*máquinas e aparelhos de ar condicionado*” de NCM 8415.20. Contudo, as mercadorias objeto das notas fiscais em lide não se enquadram nesta norma, pois se referem a: “*Unidade Evaporadora, Condicionador de Ar, Módulo Condensador Módulo Ventilador, kit Controle Remoto*”. As NCMS de tais mercadorias são: 84151019, 84158210, 84186999, 84189900, 84145990, 84186940, 90321090, entre outras. Logo, as mercadorias objeto da autuação não estão sujeitas à substituição tributária.

Diante deste contexto, não vejo razões para reformar a decisão recorrida que manteve a autuação com exceção das operações cujas informações foram obtidas exclusivamente pelas notas fiscais do SINTEGRA.

Por fim, quanto às alegações de confiscatoriedade ou desproporcionalidade da multa, noto que o percentual de multa está previsto na legislação estadual e não pode ser afastado em razão de tais argumentos por conta da previsão legal constante no art. 125, I, do COTEB.

Entendo que os princípios constitucionais e as decisões judiciais servem de fundamento para as decisões a serem proferidas em âmbito administrativo, mas, em regra, não se pode afastar a aplicação da norma prevista na legislação estadual sob alegação de inconstitucionalidade, ainda mais quando nem mesmo os Tribunais Superiores têm jurisprudência pacífica sobre qual o limite do percentual de multa para o descumprimento de obrigação principal.

Assim, deixo de apreciar o argumento recursal referente ao percentual da multa em virtude da delimitação da competência deste E. CONSEF.

VOTO pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

#### **VOTO DIVERGENTE (Quanto à multa)**

Acompanho o voto do ilustre Conselheiro Relator, porém, respeitosamente, divirjo do seu posicionamento quanto à multa indicada na autuação, conforme passo a me pronunciar.

Para a irregularidade apurada – falta de recolhimento de antecipação parcial – a autuante indicou a multa prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, equivalente a 50% do valor do imposto não recolhido.

Considerando que os fatos geradores abarcados pela autuação são referentes ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, o entendimento prevalecente neste Conselho de Fazenda Estadual é que a multa a ser aplicada na hipótese de falta de recolhimento de antecipação parcial é de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, com vigência a partir de 28/11/07, cujo teor transcreve a seguir:

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*[...]*

*d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;*

Ressalto que a autoridade administrativa encarregada de constituir o crédito tributário mediante o lançamento apenas propõe a aplicação da penalidade cabível em decorrência do ilícito apurado (art. 142 do CTN), restando aos órgãos julgadores administrativos ratificar ou ajustar a pena indicada caso seja necessário. Dessa forma, considero que a multa indicada na autuação deve ser retificada, passando de 50% para 60%.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, ajustando, porém a multa indicada na autuação.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para homologar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210728.0031/11-9, lavrado contra **VGA REFRIGERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$102.959,36**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à multa): Conselheiros – Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Leonardo Baruch Miranda de Souza e Oswaldo Ignácio Amador.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à multa): Conselheiros – Álvaro Barreto Vieira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO DIVERGENTE  
(Quanto à multa)

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS