

PROCESSO	- A. I. Nº 275290.0101/12-0
RECORRENTE	- PERNOD RICARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA – Acórdão 2ª CJF nº 0414-12/13
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 09/07/2015

CÂMARA SUPERIOR DO CONSEF

ACÓRDÃO CS Nº 0005/21/15

EMENTA: ICMS. ART. 159 RPAF. PEDIDO DE DISPENSA DE MULTA. APELO A EQUIDADE. Situação fática apresentada pelo sujeito passivo não se encarta nas hipóteses previstas no artigo 159 do RPAF. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Dispensa de Multa ao apelo da equidade, apresentado em 21/05/2012 – data da impugnação – e ratificado em 04/09/2013 e 19/02/2104 – datas de apresentação dos Recursos Voluntário e Pedido de Reconsideração – com fulcro no artigo 159 do RPAF, relativamente ao lançamento capitulado no item 02 do Auto de Infração em epígrafe, cuja conduta é assim descrita para melhor análise:

02 – Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no mês de junho de 2009, no valor de R\$ 45.525,03, acrescido da multa de 150%.

Aduz o contribuinte que o crédito tributário exigido corresponde ao imposto devido por substituição em relação às operações acobertadas pelas Notas Fiscais de nºs 5.906 e 5.907, emitidas em 03/06/2009 e 06/06/2009, respectivamente. Concorda ser procedente a exigência do valor principal e acréscimos moratórios, mas requer que esta Câmara Superior dispense a multa que lhe foi cominada, no percentual de 150%, haja vista que a conduta infracional que lhe está sendo imputada não foi praticada com dolo, má fé ou mesmo com o intuito de fraudar os cofres públicos estaduais.

Explica que, em verdade, os valores exigidos através do auto de infração originário do presente PAF foram efetivamente recolhidos à época da ocorrência dos fatos geradores através de GNRE (doc. 07 à sua impugnação) e que, por mero equivoco quanto ao preenchimento da guia, tal montante foi destinado aos cofres do Estado de Pernambuco e não ao erário baiano como deveria.

Ao ser surpreendido com a lavratura do auto de infração e ciente de que o sujeito ativo da relação jurídica tributária em análise é de fato o Estado da Bahia, procedeu ao recolhimento integral do quanto exigido, inclusive do valor correspondente multa de 150% que fora cominada. Todavia, em que pese o recolhimento efetuado, requer seja a penalidade dispensada de modo a lhe garantir o direito à respectiva restituição.

Sustenta que a multa qualificada exige a comprovação do evidente intuito de fraude ou sonegação, mediante a identificação de ação deliberada e específica por parte do sujeito passivo com o propósito de esconder ou retardar o conhecimento por parte do fisco da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Neste contexto, para que reste evidenciada a sonegação há de se caracterizar a presença de dolo, elemento sem o qual não se pode cogitar da aplicação de penalidade em sua forma agravada.

Argumenta que no caso dos autos em nenhum momento a autoridade fiscal e órgão julgador apresentam provas da ocorrência de fraude, até mesmo porque a sua conduta não se subsumi ao

conceito de conduta fraudulenta, já que efetivamente procedeu ao recolhimento das quantias que reteve na qualidade de contribuinte substituto, tendo se verificado, na espécie, um equívoco escusável de preenchimento de guia de recolhimento.

Instada a se manifestar a PGE/PROFIS opinou pelo não acolhimento do pedido. No entender da Nobre representante, a lide restou encerrada quando do recolhimento integral da exigência por parte do sujeito passivo.

VOTO

Trata-se de pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade a que se refere o § 8º do artigo 42 da Lei 7.014/96 e artigo 159 do RPAF.

Como sabido, referidos dispositivos legais foram revogados pela Lei nº 12.605 de 14/12/12 e pelo Decreto nº 16.032 de 10/04/15, respectivamente. Todavia, o pedido ora em análise foi apresentado pelo contribuinte em 21/05/2012 na mesma oportunidade em que impugnou o lançamento e ratificado em todas as demais petições subsequentes.

Assim, considerando que à data do pedido as normas legais autorizativas de que aqui se trata estavam em vigor, conferindo, por conseguinte, tal prerrogativa ao sujeito passivo, entendo que este deve ser objeto de apreciação por parte desta Câmara Superior, sob pena de afronta ao direito adquirido. Isto posto, passo a analisar se o pedido preenche os requisitos legais para que possa ser conhecido.

Conforme relatado, o pedido de dispensa de multa diz respeito ao item 02 do auto de infração, através do qual a fiscalização exigiu do contribuinte o ICMS devido por substituição retido e não recolhido relativamente às Notas Fiscais de nºs 5.906 e 5.907, emitidas em 03/06/2009 e 06/06/2009,

Em decorrência da suposta apropriação indébita verificada, a fiscalização propôs a aplicação da multa de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista na alínea “a” do inciso V do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Através de documentos carreados aos autos (fls. 251 a 262) o sujeito passivo comprova que não deixou de recolher o imposto que reteve em relação às mercadorias que deu saída. O que houve, de fato, foi um equívoco quando do preenchimento da GNRE que ocasionou o direcionamento do valor recolhido para o erário do Estado de Pernambuco.

Baseado nesta realidade fática, que denota a inexistência de dolo, má fé ou intuito de fraude, requer a dispensa da penalidade cominada.

Inicialmente, peço vênia para refutar o fundamento apresentado pela PGE/PROFIS no sentido da impossibilidade de acolhimento do pedido em face do recolhimento integral do valor exigido.

De fato, nos termos do artigo do que dispõe o §1º do artigo 121 do RPAF, o processo administrativo não será instaurado quando a defesa ou a impugnação for apresentada dentro do prazo, mas o crédito já houver sido extinto pelo pagamento.

Ocorre, todavia, que a disposição legal em comento foi inserida na legislação através do Decreto nº 14.033, cujas disposições passaram a produzir a partir de 16/06/12, data posterior, portanto, à apresentação da defesa e ao pagamento integral do crédito.

Tratando-se como se trata de norma desprovida de caráter interpretativo não pode ela retroagir para atingir fatos geradores pretéritos a teor do que dispõe o artigo 106 do CTN. Admitir tal possibilidade implica em afronta ao princípio da segurança jurídica, o que não se deve conceber sob qualquer hipótese.

Por outro lado, assim dispunha o se refere o § 8º do artigo 42 da Lei nº .014/96:

Art. 42.....

§ 8º Poderá ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) a dispensa ou redução de multa

concernente a infração de obrigação principal, por equidade, conforme o disposto em regulamento.”

A função de regulamentar a prerrogativa constante do dispositivo legal acima transcrita coube ao Decreto n.º 7.629/99 – RPAF, que estabeleceu em seu artigo 159 as condições que, uma vez atendidas, autorizavam este órgão julgador a dispensar a penalidade cominada em decorrência do descumprimento de obrigação principal, *in verbis*:

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

§ 1º O pedido de aplicação de equidade deverá fundamentar-se em qualquer das seguintes circunstâncias e ser acompanhado, se for o caso, das devidas provas, sob pena de não ser conhecido:

I - ter o sujeito passivo sido induzido a erro por orientação ou comportamento de funcionário fiscal;

II - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação;

III - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração;

IV - ter o sujeito passivo agido por força maior ou caso fortuito.

§ 2º O pedido a que se refere este artigo será formulado no prazo de 30 (trinta) dias após a intimação do Auto de Infração, da Notificação Fiscal ou da decisão do órgão julgador, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos.

Como se constata, a situação fática apresentada pelo sujeito passivo para justificar o cometimento da infração – mero equívoco quanto ao preenchimento da GNRE – apesar de que visivelmente desprovida de má-fé, não se encarta em nenhuma das hipóteses autorizativas de dispensa de penalidade prevista na norma inserta no artigo 159 ora em análise.

Isto porque, ao que consta dos autos, a falha cometida não decorreu de orientação de funcionário fiscal nem mesmo de ignorância ou justificada dúvida de interpretação da legislação tributária que é suficientemente clara quanto à definição do sujeito ativo nas operações objeto do lançamento. Também não há o que se cogitar de ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Diante de tais circunstâncias, não vislumbro possibilidade de conhecer do pedido de dispensa de multa apresentado pelo sujeito passivo.

Por outro lado, se é certo que o pedido ora em apreciação não preenche os requisitos necessários ao seu conhecimento, inegável é que o imposto retido pelo sujeito passivo foi efetivamente recolhido ao erário público. Diante disto, intuitivo concluir que na hipótese dos autos não haveria de ser cominada a multa agrava de 150% prevista na alínea “a” do inciso II do artigo 42 da Lei n.º 7.014/96, já que não restou configurada a apropriação indébita que o legislador ordinário visou punir com maior severidade.

No meu sentir, a penalidade adequada à espécie seria aquela prevista na alínea “f” do mesmo dispositivo, vale dizer: *60% (sessenta por cento) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal.*

Registre-se, neste sentido, que, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, abaixo transcrita para melhor análise, a autoridade lançadora ao constituir o crédito tributário apenas propõe a aplicação da penalidade cabível, sendo atribuição da autoridade julgadora ou da procuradoria fazendária, esta última no controle da legalidade, a adequação da multa legalmente prevista ao fato infracional cometido pelo sujeito passivo.

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Nestes termos, considerando a conclusão pelo não conhecimento do presente pedido em face de a situação fática aduzida pelo contribuinte não se encartar em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 159, com fulcro no quanto previsto no artigo 142 do CTN e artigos 113 do RPAF, entendo

imprescindível que a Procuradoria Geral do Estado proceda à correção do enquadramento da penalidade antes da inscrição do crédito em Dívida Ativa de modo que seja levado a efeito o controle da legalidade dos atos da administração, bem como seja feita a justiça fiscal.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Dispensa de Multa apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 275290.0101/12-0, lavrado contra **PERNOD RICARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$178.846,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$133.321,60 e 150% sobre R\$45.525,03, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS