

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0045/09-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BAHIA ALUMÍNIO COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PERFIS E LAMINADOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 28/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0454-12/17

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. INFRAÇÃO 2. Representação proposta pela PGE/PROFIS, com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no art. 113, § 5º, I, do RPAF/99, para efeito de exclusão da exigência de imposto devido a título de antecipação parcial e conversão do débito em multa. Penalidade aplicada sobre o valor residual da infração em razão das reduções de processadas nas etapas anteriores de julgamento. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no art. 113, § 5º, I, do RPAF/99, exercido por este órgão, que através do Parecer subscrito pela ilustre Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior, às fls. 2206/2207v dos autos, com anuência da Procuradora Assistente Dr.^a Rosana Maciel Bittencourt Passos.

No caso em exame o contribuinte ingressou com o Pedido de Controle da Legalidade, às fls. 2155/22166 dos autos. O inconformismo da requerente restringe-se à decisão proferida para a infração 02 que trata da *“Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.”* O lançamento fiscal abarcou a exigência de pagamento do imposto, acrescido de 60%, em relação a fatos geradores ocorridos em alguns meses dos exercícios de 2005 e 2006, totalizando a cifra de R\$ 406.901,60.

A peticionante alegou que considerando a redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, a infração apontada pelo preposto fiscal não estava contemplada dentre as previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, visto que a alínea “d” do inc. II, do art. 42, da citada norma legal, apresentava a seguinte redação: *“d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares”*. Posteriormente, por força da alteração processada pela Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/2007, a redação do mencionado dispositivo passou a ter o seguinte conteúdo: *“quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares”*.

Ponderou a requerente que a nova redação acrescentou a hipótese de falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, onde antes não havia previsão legal, de forma que no período alcançado pela autuação o fato deve ser considerado atípico, para fins de aplicação da penalidade. Fez considerações em torno do princípio da anterioridade da lei penal, positivada no art. 1º do Código Penal, afirmando que este princípio tem origem no texto constitucional. Acrescentou que no caso concreto restou demonstrado que o ICMS antecipação parcial não foi recolhido na etapa de entrada das mercadorias, porém o imposto foi devidamente apurado e pago por ocasião das vendas subsequentes das mercadorias, no prazo determinado na legislação.

Afirmou que a obrigação de pagamento do ICMS - antecipação parcial - mesmo que não tendo sido cumprida no prazo regulamentar e sendo, em relação à aplicação da penalidade, fato atípico à época da ocorrência das operações, não teria o erário sofrido qualquer prejuízo. Ponderou que mesmo que fosse devida a aplicação da penalidade, a infração teria como valor máximo o percentual de 60% sobre o valor do ICMS que deixou de ser recolhido no prazo regulamentar. Acrescentou ainda que a empresa autuada não se apropriou do valor do crédito fiscal relacionado ao imposto devido a título de antecipação parcial e que o ICMS devido nas etapas de aquisição foi

integralmente pago por ocasião das saídas das mercadorias. Disse que o procedimento adotado está em conformidade com as disposições do § 1º, do art. 42, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Declarou que o referido dispositivo é taxativo ao afirmar que deve ser dispensada a exigência de tributo que deveria ter sido pago por antecipação no caso de recolhimento do imposto na operação ou operações de saídas posteriores. Consignou que esse fato não foi considerado pelo auditor fiscal responsável pelo lançamento de ofício, culminando na exigência fiscal de imposto acrescido do percentual de 60% de multa sobre o valor lançado.

Em seguida fez considerações em torno da decisão de 1ª instância contida no acórdão nº 0131-03/13 (págs. 1.959 a 1.969), argumentando que perante a Junta de Julgamento já havia desenvolvido o argumento de que a Lei nº 7.014/96 não tipificou penalidades nas hipóteses de falta de pagamento da antecipação parcial. Todavia, a 3ª JJF procedeu à modificação do enquadramento da infração para o art. 42, inc. II, letra “f”, tendo o relator da 1ª instância apresentado a seguinte fundamentação:

Observe que até o mês 27/11/2007, apesar de não haver multa específica para a falta de recolhimento da antecipação parcial, a alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 previa a multa de 60% para todo e qualquer caso em que se configurasse infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importasse descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. Assim, de acordo com o mencionado dispositivo legal, está correta a multa indicada na autuação, no percentual de 60%, alterando-se apenas o seu enquadramento legal, salientando-se que este tem sido o entendimento no âmbito do CONSEF, conforme ACORDÃO CJF 0235-11/10.

Nessa decisão parte dos argumentos de mérito da defesa foram acolhidos no tocante à redução do valor autuado, considerando que o contribuinte logrou êxito em comprovar que parcelas dos valores lançados já se encontravam recolhidos, fato confirmado através da diligência juntada às fls. 1.841 a 1.844. Em decorrência o valor da infração 2 foi reduzida de R\$406.901,60 para R\$92.108,67. Entretanto, para a requerente, a não aplicação do disposto no § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, configurou grave o equívoco da decisão da JJF visto que o autuante somente poderia exigir imposto caso provasse que o ICMS deixou de ser recolhido nas operações de saídas subsequentes.

Interposto o Recurso Voluntário e levada a questão para a 2ª instância do CONSEF, houve divergência de entendimento entre os integrantes da 2ª Câmara de Julgamento, conforme se encontra registrado no Acórdão 0050-12/14 (págs. 2.082 a 2.094). Prevaleceu a tese do re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, sendo consignado voto divergente, pelos conselheiros representantes do segmento empresarial, no sentido do afastamento da multa de 60% em razão da impossibilidade de aplicação retroativa das disposições do art. 42, inc. II, letra “d”, com a redação conferida pela Lei nº 10.847/2007.

Inconformado com a Decisão da 2ª Câmara deste CONSEF o contribuinte ingressou com Pedido de Reconsideração, que não foi conhecido pela instância recursal em razão da inexistência dos pressupostos de admissibilidade, sendo fundamentada a decisão no art. 173, inc. V, do RPAF/99.

Em decorrência o contribuinte ingressou junto à Procuradoria do Estado com pedido de Controle da Legalidade, peça que se encontra juntada às fls. 2155 a 2166. Na petição que ensejou o processamento do Pedido de Controle da Legalidade a requerente declarou que a mudança de tipificação da infração pelas ordinárias instâncias de julgamento é motivo de nulidade do lançamento, com fundamento nas disposições do art. 18 do RPAF/99. Ademais sustenta que no tocante à infração 02 a ausência ou não juntada dos documentos fiscais que serviram de base para autuação invalidaria as decisões proferidas pelos órgãos de julgamento deste CONSEF.

Diante desse cenário a requerente pede que os fatos descritos em sua petição sejam reexaminados pela Representação da PGE neste CONSEF, requerendo que:

- 1) Seja declarada nula a infração 2 por cerceamento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão da alteração na capitulação legal da infração e pela falta de cópias dos documentos fiscais a que corresponde a exigência do imposto no lançamento de ofício;
- 2) Não sendo acatada a nulidade, que seja reformada a decisão para decretar a procedência parcial da infração com aplicação unicamente da multa pelo recolhimento intempestivo, haja

vista a imperiosa dispênda da exigência do imposto devido por antecipação em razão dos pagamentos terem sido efetuados por ocasião das saídas, incidindo no caso as disposições do § 1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96;

- 3) Seja dispensada a multa imposta na infração 02, considerando que o errôneo enquadramento da infração pelo autuante impossibilitou o contribuinte de exercer o direito de pagar o tributo com redução de 100% da multa, conforme autorizava o art. 45-A, da Lei nº 7.014/96.

Encaminhados os autos para a PGE, o feito foi convertido em diligência ao autuante, conforme despacho exarado à fl. 2.175 deste PAF. Designado auditor fiscal estranho ao feito, em decorrência do autuante se encontrar em disponibilidade sindical, foi exarado Parecer Técnico nos autos, com a elaboração de novo Demonstrativo de Débito, ocasião em que foi processada a exclusão do imposto apurado na última revisão efetuada pelo autuante, no importe R\$92.108,67 (Demonstrativo de fl. 1.895), valor este que havia sido confirmado nas decisões subsequentes da 3ª JF e da 2ª CJF. Remanesceu após essa última revisão tão somente a multa 60%, no valor de R\$55.265,20 (Demonstrativos fls. 2180/20182), visto ter sido comprovado que o contribuinte tributou as mercadorias submetidas ao pagamento do ICMS - antecipação parcial nas etapas de subsequentes de saídas.

Na Representação da PGE submetida a este órgão de julgamento, datada de 13/03/2017 (fls. 2.206/2.207v), o ilustre Procurador. Dr. José Augusto Martins Junior, após fazer uma síntese das alegações articuladas no pedido de controle de legalidade protocolada pelo contribuinte, passou a abordar todos os pedidos formulados no petitório empresarial.

No tocante à nulidade suscitada, após transcrever o inteiro teor da norma contida no art. 42 do CTN, afirmou que o ato de proposição da penalidade no momento do lançamento é um ato sujeito a ajustes e acertos porventura necessários. Essa seria a razão do legislador ter utilizado o termo “PROPOR”, na redação da norma. Salientou que a proposição é um termo usado em lógica para descrever o conteúdo de asserções que podem ser tomadas como verdadeiras ou falsas. Nesse sentido o erro na capitulação legal é perfeitamente passível e legal de correção, desde que existente a capitulação legal vinculada ao ato infracional, cujo deslocamento normativo se faz necessário. Declarou que tal situação se assemelha à figura do “*emendatio libeli*” na seara processual penal, que possibilita ao julgador, desde que existente uma tipificação equivocada por parte do acusador, adequar (corrigir) esse enquadramento legal, consoante o disposto no art. 384, do CPP (Código de Processo Penal), com a seguinte redação: “*O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência tenha que aplicar pena mais grave*”.

No mesmo sentido, inexistindo qualquer modificação na descrição do fato infracional inserto no lançamento, resta possível, existente a capitulação legal, a adequação da penalidade à conduta infracional tributária, uma vez que o acusado deve se insurgir contra os fatos.

No que se refere aos pedidos sucessivos de aplicação tão somente da multa de 60% em razão do imposto devido a título de antecipação parcial ter sido recolhido integralmente nas operações de saídas subsequentes das mercadorias e a postulação seguinte de dispensa dessa mesma multa, o representante da PGE se posicionou no sentido de ACOLHIMENTO PARCIAL do Pedido de Controle da Legalidade, comungando integralmente com os valores apontados na diligência acostada às fls. 2.177/2.179, tendo em vista que restou comprovado nos autos que o sujeito passivo recolheu parcialmente parte da antecipação parcial exigida no lançamento de ofício nas saídas subsequentes, dispensando-se o pagamento do tributo, com incidência apenas da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Posiciono-me no sentido de acolher a Representação sob apreciação, considerando que no caso concreto restou comprovado nos autos que o sujeito passivo recolheu os valores que remanesceram na autuação, no importe de R\$92.108,67, relativamente ao ICMS exigido no item 02 do Auto de Infração a título de antecipação parcial. Os recolhimentos foram efetuados por ocasião das saídas subsequentes das mercadorias adquiridas para fins de comercialização,

estando esse fato devidamente comprovado no procedimento de diligência solicitado pela própria PGE, e relatado no Parecer Técnico acostado às fls. 2.177/2.179. Nesta situação incide tão somente a multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

No tocante aos pedidos de nulidade de todo o feito e de exclusão da multa, articulados na petição do contribuinte de processamento de controle da legalidade, comungo integralmente com o entendimento esposado pelo representante da PGE. A norma contida no art. 42 do CTN (Código Tributário Nacional), que trata do lançamento tributário, declara expressamente que a penalidade é proposta pela autoridade administrativa. Este ato de proposição da penalidade no momento do lançamento é, portanto, um ato sujeito a ajustes e acertos que podem ser efetuados pelas instâncias de julgamento administrativo. Essa seria a uma das razões do legislador ter utilizado o termo “PROPOR”, na redação da norma do art. 142 do CTN. Nesse sentido o erro na capitulação legal é perfeitamente passível de correção, desde que existente a capitulação legal vinculada ao ato infracional, cujo deslocamento normativo se faz necessário. Conforme foi consignado na peça elaborada pela PGE a situação em exame se assemelha à figura do “*emendatio libeli*” na seara processual penal, que possibilita ao julgador, desde que existente uma tipificação equivocada por parte do acusador, adequar (corrigir) esse enquadramento legal, consoante o disposto no art. 384, do CPP (Código de Processo Penal), com a seguinte redação: “*O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência tenha que aplicar pena mais grave*”.

No mesmo sentido, inexistindo qualquer modificação na descrição do fato infracional inserto no lançamento, resta possível, existente a capitulação legal, a adequação da penalidade à conduta infracional tributária, uma vez que o acusado deve se insurgir contra os fatos.

Frente ao acima exposto nosso voto é pelo ACOLHIMENTO da Representação na forma com foi proposta, para modificar a Decisão da 2ª Câmara, proferida através do Acórdão nº 0050-12/14 e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo o valor remanescente da Infração 02, no importe de R\$92.108,67, a ser convertido em multa, no valor do imposto que deixou de ser recolhido a título de antecipação parcial, aplicando-se as disposições do art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, c/c o § 1º do mesmo dispositivo legal. Em decorrência a infração 2 fica reduzida para a cifra de R\$55.265,20.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206825.0045/09-5**, lavrado contra **BAHIA ALUMÍNIO COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PERFIS E LAMINADOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.458,48**, acrescido das multas de 50% sobre R\$5.185,88 e 60% sobre R\$8.272,60, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$55.265,20**, prevista no inciso II, “d”, §1º, dos mesmos artigos e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados pelo órgão Competente desta Secretaria de Fazenda Estadual os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS