

A. I. N° - 281317.0002/08-3
AUTUADO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.
AUTUANTE - JONEY CESAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09.07.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0195-02/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Correta a glosa dos créditos fiscais por se tratar de mercadorias com fase de tributação encerrada **b)** IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração caracterizada. **c)** FRETE A PREÇO CIF. Fato não contestado. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Item não impugnado. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. (DMA) DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Fato não contestado. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL E ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA DAS MERCADORIAS RELACIONADAS NO ANEXO 88 DO RICMS/97. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado o recolhimento de parte do débito, subsistindo em parte as infrações. Não foram apreciadas as arguições de inconstitucionalidade da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal e não acatado o pedido de sua redução. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2008, reclama ICMS e MULTA no valor total de R\$56.648,21, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$382,64, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a junho, setembro e dezembro de janeiro, abril a dezembro de 2005, através de lançamento de documento fiscal referente a mercadoria com pagamento de imposto por antecipação tributária, conforme demonstrativos e documentos às fls.13 a 15, 56 a 94, e 152 a 723.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$17.635,06, nos meses de maio, junho, setembro e outubro de 2004, junho e outubro de 2005, referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, conforme demonstrativo e documentos às fls.17 a 18, 46 a 54, e 96 a 142.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$356,29, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro de 2004 e dezembro de 2005, conforme demonstrativo e documentos às fls.20 a 21, 46 a 54, e 96 a 142.
4. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 17.692,97, referente às

aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de março, maio a dezembro de 2004, janeiro a novembro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls.36 a 44, e 46 a 54.

5. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA - Declaração de Apuração Mensal do ICMS, no mês de junho de 2008, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00, conforme documentos às fls.96 a 142, e 144 a 149.
6. Utilização indevida, na condição de destinatário de mercadorias, de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$5,45, no mês de janeiro de 2005, referente a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente, conforme demonstrativo e documentos às fls.13 a 15, 56 a 94, e 152 a 723.
7. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 20.435,80, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2004, janeiro, abril a dezembro de 2005, conforme demonstrativo e documentos às fls.28 a 34, 36 a 44, e 152 a 723.

O autuado através de advogado legalmente constituído, em sua defesa as fls.726 a 736, após descrever todas as infrações e o enquadramento legal, impugnou parcialmente o auto de infração com base nas seguintes razões de defesa.

Inicialmente reconheceu o cometimento das infrações 01, 03, 05 e 06 do auto de infração em objeto, tendo informado que procedeu o parcelamento do valor do débito apurado inerente aos citados itens.

Em seguida, aduz que a multa aplicada de 60%, não obstante o amparo legal, evidencia-se confiscatória consoante o entendimento dos diversos tribunais pátrios. Citou jurisprudência, a doutrina e lições de renomados professores de direito tributário sobre esta questão. Pede a redução da multa o percentual de 30% (trinta por cento), consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, quanto a infração 02, alega que em relação aos meses de maio e junho de 2004 inexistiu a infração apontada, pois procedeu amparado pelo Decreto n. 9.118 de 18 de junho de 2004 que, em seu artigo 1º, autorizou efetuar o parcelamento do ICMS nas operações com antecipação parcial, como ocorreu no presente caso, o qual poderá ser conferido pela cópia, na íntegra, do citado decreto.

Quanto as ocorrências relativas a setembro e outubro de 2004 e junho e outubro de 2005, diz que o autuante incorreu em erro, pois recolheu o ICMS devido, não tendo utilizado crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, consoante documentos em anexo.

Sobre a infração 04, aduz que reconheceu as infrações nele apontadas pelo fiscal autuante, procedendo ao parcelamento do débito, conforme demonstram os documentos em anexo, exceto a infração referente a 31.10.2005, com vencimento em 09.11.2005, uma vez que parte do valor foi recolhido aos cofres da Fazenda Estadual, mais precisamente o valor de R\$ 15.642,98. Reconhece a diferença de R\$ 154,79 para a referida data de ocorrência, e informa que este valor já foi recolhido através de parcelamento juntamente com os demais que compõem este item da autuação e que não foram impugnados.

No tocante à infração 07, alega que os valores apurados pela fiscalização não corresponde com a realidade fática, tendo juntado documentos para comprovar sua alegação. Esclarece que foi

lançado na competência 31/10/2005 imposto no valor de R\$1.581,11, porém, efetuou parcelamento, em novembro de 2005, em relação a este período na quantia de R\$ 1.519,39.

O imposto relativo aos demais meses, diz que efetuou o parcelamento do débito, conforme documentos anexados à sua peça defensiva.

Aduz e reconhece que no mês novembro de 2005, é devida apenas a quantia de R\$ 61,72, que agora já compõe o parcelamento feito em 10/09/2008.

Ao final, requer sejam que os itens 02, 04 e 07 do auto de infração sejam julgados totalmente improcedentes, tudo consoante os argumentos colocados em sua peça de defesa. Pede, ainda, caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, que seja reduzido o percentual da multa para 30%.

O autuante em sua informação fiscal às fls.785 a 788, rebateu as razões defensivas na forma que segue.

Infração 02 – Esclareceu que o crédito fiscal foi considerado indevido em virtude do autuado quando da apuração mensal do valor do ICMS a recolher, ter utilizado crédito fiscal de ICMS antecipado, mediante lançamento no RAICMS, sem, contudo, ter efetuado o recolhimento do total do valor utilizado.

Justifica que de parte do crédito fiscal lançado, refere-se a parte do valor do ICMS não antecipado. Invocou o artigo 93, I-A, do RICMS/97, para argumentar que no texto do citado artigo não se refere ao valor do imposto calculado, mas sim, a valor do imposto antecipado recolhido.

Diz que o Decreto nº 9.118, invocado pelo autuado na sua defesa, de fato autoriza o parcelamento do valor devido de ICMS relativo a antecipação parcial, porém, não autoriza o uso do crédito fiscal sem que o recolhimento do imposto tenha efetivamente ocorrido.

Quanto a não aplicação da multa como pretende o autuado, o preposto fiscal diz que o valor recolhido foi extemporâneo, o que não elide a infração imputada.

Infração 04 – Observa que o autuado reconheceu parte do débito referente a recolhimento a menor da antecipação parcial, e pediu parcelamento do débito. Quanto ao débito com data de ocorrência 31/10/2005, que foi impugnado, o autuante concordou que do valor de R\$ 15.797,77 que foi lançado no auto de infração, o valor de R\$ 15.642,98 restou comprovado que o mesmo já havia sido objeto de parcelamento de débito, restando, assim, a diferença reconhecida pelo autuado no valor de R\$ 154,79.

Infração 07 – Explica que o débito se refere a recolhimento a menor do imposto por substituição tributária, por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, chamando a atenção de que o autuado reconheceu parte do débito, procedendo ao parcelamento de parte do débito. Quanto a parte impugnada, com data de ocorrência 31/10/2005, o autuante concordou que do valor de R\$ 1.581,11 que foi lançado no auto de infração, o valor de R\$ 1.519,39, restou comprovado que o mesmo já havia sido objeto de parcelamento de débito, restando, assim, a diferença reconhecida pelo autuado no valor de R\$ 61,72.

Concluindo, manteve seus argumentos acima, pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, “a”, “b” e “d”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/95, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei. ou em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de dispensa ou para a redução da multa no percentual de 30% (trinta por cento), não pode ser acolhido, pois a multa prevista para a infração cometida é inequivocamente a prevista no citado dispositivo legal, não competindo a esse órgão julgador nesta instância de julgamento, a prerrogativa para redução da multa por descumprimento de obrigação principal, a teor do que dispõe no art. 42, § 8º da Lei 7014/96, regulamentado pelo art. 159 do RPAF/BA, sendo que tal pedido poderá ser requerido à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

No mérito, na análise das peças processuais, constato que das sete infrações contempladas no Auto de Infração, não existe lide em relação às infrações 01, 03, 05 e 06, pois o sujeito passivo reconheceu o débito a elas inerentes nos valores de R\$382,64; R\$ 356,29, R\$140,00 e R\$5,45, respectivamente, inclusive informou que tais valores foram objeto de processo de parcelamento de débito. Desta forma, subsistem integralmente as citadas infrações, porquanto não impugnadas.

Quanto às infrações 02, 04 e 07, impugnadas, concluo o seguinte.

Infração 02 – A acusação fiscal diz respeito a utilização de crédito fiscal em desacordo com a legislação, referente a lançamento no RAICMS de imposto não recolhido a título de antecipação parcial.

O autuado afirma que as ocorrências relativas a setembro e outubro de 2004 e junho e outubro de 2005, foram devidamente recolhidas através de parcelamento do débito, enquanto que o autuante sustenta que não houve recolhimento de tais valores.

Examinado os documentos apresentados na defesa, mais precisamente o demonstrativo às fls.753 a 756, constato que em que pese a demonstração apresentada pelo autuado, não foi carreado ao processo os elementos de prova da realização do parcelamento do débito, razão porque mantenho o lançamento deste item da autuação.

Infração 04 – Faz referência a recolhimentos a menor do imposto por antecipação parcial, tendo sido impugnado parcialmente o lançamento apenas em relação ao débito com data de ocorrência 31/10/2005.

Considerando que o autuante concordou com a defesa no sentido de que do valor de R\$ 15.797,77 que foi lançado no auto de infração, o valor de R\$15.642,98 já havia sido objeto de parcelamento de débito, subsiste em parte este item, com a redução do débito do referido período para o valor de R\$ 154,79, mantendo-se inalterados os valores do débito dos demais períodos. Mantido o lançamento com a redução do débito.

Infração 07 – Faz referência a recolhimentos a menor do imposto por antecipação, referente a mercadorias enquadradas no Anexo 88 do RICMS/97, tendo sido impugnado parcialmente o lançamento apenas em relação ao débito com data de ocorrência 31/10/2005.

Considerando que o autuante concordou com a defesa no sentido de que do valor de R\$ 1.581,11 que foi lançado no auto de infração, o valor de R\$ 1.519,11 já havia sido objeto de parcelamento de débito, subsiste em parte este item, com a redução do débito do referido período para o valor de R\$ 61,72, mantendo-se inalterados os valores do débito dos demais períodos. Mantido o lançamento com a redução do débito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando o demonstrativo de débito das infrações 04 e 07 modificados conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO- INFRAÇÃO 04

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	VL.do Débito
31/03/2004	09/04/2004	2.344,29	17,00	60	398,53
31/05/2004	09/06/2004	5.160,58	17,00	60	877,30
30/06/2004	09/07/2004	374,11	17,00	60	63,60
31/07/2004	09/08/2004	99,52	17,00	60	16,92

30/09/2004	09/10/2004	389,88	17,00	60	66,28
31/10/2004	09/11/2004	849,58	17,00	60	144,43
30/11/2004	09/12/2004	30,11	17,00	60	5,12
31/12/2004	09/01/2005	107,11	17,00	60	18,21
31/01/2005	09/02/2005	159,64	17,00	60	27,14
28/02/2005	09/03/2005	90,64	17,00	60	15,41
31/03/2005	09/04/2005	306,47	17,00	60	52,10
30/04/2005	09/05/2005	113,35	17,00	60	19,27
31/05/2005	09/06/2005	378,82	17,00	60	64,40
30/06/2005	09/07/2005	212,17	17,00	60	36,07
31/07/2005	09/08/2005	60,17	17,00	60	10,23
31/10/2005	09/11/2005	910,52	17,00	60	154,79
30/11/2005	09/12/2005	471,70	17,00	60	80,19
TOTAL					2.049,99

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO– INFRAÇÃO 07

Data Ocor.	Data Vencdo.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	VL.do Débito
31/1/2004	9/2/2004	279,05	17,00	60	47,44
28/2/2004	9/3/2004	266,64	17,00	60	45,33
30/04/2004	09/05/2004	5.943,00	17,00	60	1.010,31
31/05/2004	09/06/2004	13.094,17	17,00	60	2.226,01
30/06/2004	09/07/2004	9.879,05	17,00	60	1.679,44
31/07/2004	09/08/2004	1.470,17	17,00	60	249,93
30/09/2004	09/10/2004	7.939,35	17,00	60	1.349,69
31/10/2004	09/11/2004	28.596,29	17,00	60	4.861,37
30/11/2004	09/12/2004	12.693,58	17,00	60	2.157,91
31/12/2004	09/01/2005	10.341,17	17,00	60	1.758,00
31/01/2005	09/02/2005	576,76	17,00	60	98,05
30/04/2005	09/05/2005	137,94	17,00	60	23,45
31/05/2005	09/06/2005	235,05	17,00	60	39,96
30/06/2005	09/07/2005	8.226,05	17,00	60	1.398,43
31/07/2005	09/08/2005	169,94	17,00	60	28,89
31/08/2005	09/09/2005	230,47	17,00	60	39,18
30/09/2005	09/10/2005	10.340,17	17,00	60	1.757,83
31/10/2005	09/11/2005	363,05	17,00	60	61,72
30/11/2005	09/12/2005	350,52	17,00	60	59,59
31/12/2005	09/01/2006	140,47	17,00	60	23,88
TOTAL					18.916,41

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281317.0002/08-3**, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 39.345,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “a”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legis, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista nos incisos XVIII, “c” da citada lei e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR
ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR
FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR