

PROCESSO - A. I. Nº 281317.0002/08-3
RECORRENTE - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (WAVE BEACH)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0195-02/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 14/07/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0199-12/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração caracterizada. 2. 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Retificado o enquadramento legal da multa indicada na infração 4, para o previsto no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Vencido o voto do relator. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria quanto ao enquadramento da multa aplicada no item 4. Decisão unânime em relação às demais infrações.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, cujo objetivo é reformar a Decisão proferida em primeiro grau, a qual julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

O presente levantamento de ofício foi lavrado imputando ao sujeito passivo a prática de 7 infrações à legislação do ICMS, sendo, portanto, objeto do presente Recurso Voluntário as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 2: Utilização a maior de crédito fiscal referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação. Consta na descrição dos fatos que o autuado lançou, como crédito referente à antecipação parcial, no livro Registro de Apuração do ICMS, valor que não foi efetivamente recolhido no mês do lançamento. Foi lançado imposto no valor de R\$ 17.635,06, acrescido da multa no percentual de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 4: Recolhimento a menor de ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização. Foi exigido imposto no valor de R\$ 17.692,97, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 7: Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação na base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do Exterior rel
Consta na descrição dos fatos que não foram incluídos nas bases c

aos fretes das mercadorias adquiridas ou considerou mercadorias enquadradas no regime de substituição / antecipação tributária constantes em notas fiscais anexadas aos autos. Foi exigido ICMS no valor de R\$ 20.435,80, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96;

Os julgadores da Primeira Instância administrativa, ao analisarem a impugnação interposta pelo sujeito passivo, julgaram o Auto de Infração Parcialmente Procedente, sob os seguintes fundamentos:

“...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 (...).”

Inconformado com a referida Decisão, o autuado ingressou com Recurso Voluntário, destacando, inicialmente que havia reconhecido e efetuado o parcelamento das infrações 1, 3, 5 e 6, insurgindo-se, apenas contra as demais infrações.

Em sede de preliminar, argumenta a nulidade da Decisão proferida em Primeira Instância sob o fundamento de que não foi intimado para se manifestar sofre a inautuante. Alegou que a falta da referida intimação violou os

contraditório e da ampla defesa.

Continuando a sua súplica recursal argumenta que as multas no percentual de 60%, aplicada nas infrações 2, 4 e 7, possuíam efeito confiscatório, conforme disposição contida no art. 150, V, da Constituição Federal. Sustentou que o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de o percentual máximo da multa tributária deve ser 30%. Alegou que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, vem seguindo o referido entendimento e reduzindo o valor das multas aplicadas para o percentual acima indicado.

Diante dos referidos argumentos pugna pela redução da multa aplicada de 60%, para 30%, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao mérito disse que a infração 2 foi mantida, embora a empresa houvesse informado que efetuou o parcelamento do débito.

No que concerne à infração 4, aduziu que os valores apurados pelo autuante não são devidos, haja vista que foram objeto de parcelamento efetuado em 2005, referente à competência 21.10.2005, excetuando-se a quantia de R\$ 154,79, sendo que os demais valores apurados, incluindo a quantia de R\$ 154,79, foram objeto de parcelamento efetuado em 10.09.2008.

Disse que o mesmo ocorreu com a infração 7, quando o fiscal autuante lançou na competência 31.10.2005 imposto no valor de R\$ 1.581,11, embora o recorrente tenha efetuado parcelamento, em novembro de 2005, da quantia de R\$ 61,72, referente à competência 31.10.2005, bem como os valores referentes às demais competências autuadas foram objeto de parcelamento efetuado em 10.09.2008.

Conclui afirmando que, se os valores constantes nos itens 2, 4 e 7 foram objeto de parcelamento efetuado em 10.09.2008, não poderiam ser objeto de Auto de Infração, sob pena de ofensa ao art. 151, VI, do CTN.

Ao final do seu Recurso Voluntário, formula os seguintes requerimentos:

- a) Nulidade do Acórdão proferido pela 2ª junta de Julgamento Fiscal;
- b) Caso seja acolhida a preliminar acima, requer seja determinada a intimação do autuado para se manifestar acerca da informação fiscal;
- c) No mérito, pugna pelo provimento do Recurso Voluntário, com base nas argumentações e em toda prova produzida, por ser mister de justiça;
- d) Na hipótese remota do presente Recurso Voluntário não ser acolhido, requer seja reduzido o valor da multa aplicada ao percentual de 30%.

A PGE/PROFIS, ao tomar conhecimento do Recurso Voluntário, emite Parecer conclusivo aduzindo, inicialmente que não deve ser acolhida a preliminar de nulidade do Acórdão, sob o fundamento de que na informação fiscal não foi apresentado qualquer elemento novo que justificasse a reabertura do prazo de defesa, e nem mesmo a manifestação do autuado. Disse, ainda, que o autuante, na informação fiscal, limitou-se a se pronunciar sobre a defesa apresentada pelo autuado, impugnando os argumentos levantados.

No mérito, assevera que a questão da confiscatoriedade da multa aplicada não pode ser apreciada por força do art. 169 do RPAF. Argumenta, ainda, que verificou que o percentual proposto pelo autuante e aplicado pela Primeira Instância é o previsto na Lei para a situação aplicada.

Por fim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à multa da infração 4)

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito reformar a Decisão proferida em Primeira Instância administrati

Infração Procedente em Parte.

Em sede de preliminar sustenta o sujeito passivo a nulidade da Decisão proferida em primeiro grau, aduzindo para tanto, que não foi intimado para se manifestar sobre a informação fiscal. Analisando os autos, entendo que a preliminar suscitada pelo sujeito passivo não merece ser acolhida. O RPAF ao estabelecer o procedimento a ser adotado pela SEFAZ para processar e julgar as impugnações administrativas não determinou a obrigatoriedade da intimação do impugnante para se manifestar acerca da informação fiscal. Porém, em alguns casos, o julgador, atendendo ao princípio da razoabilidade, poderá conceder as referidas vistas.

Tal ausência não implica em qualquer violação aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, pois o autuante, na informação fiscal, apenas acatou parte dos argumentos trazidos pelo autuado, não trazendo qualquer argumento novo que justificasse a concessão de prazo para manifestação do recorrente.

Desta forma, não acolho o pedido de nulidade suscitado pelo sujeito passivo.

Quanto ao mérito das infrações 2, 4 e 7, verifico que as razões trazidas pelo autuado não merecem acolhimento por parte deste Órgão julgador. Compulsando os autos, percebe-se que as alegações trazidas pelo autuado já foram devidamente analisadas pelos julgadores de Primeira Instância administrativa, não trazendo o recorrente qualquer argumento ou provas novas que pudessem provocar a reforma do julgado.

Observo, ainda, que as infrações encontram-se devidamente comprovadas através dos documentos acostados aos autos, não havendo qualquer reparo a ser feito.

No tocante ao pedido de redução da multa ao percentual 30%, por se tratar de descumprimento de obrigação principal a competência para analisar tal pedido é exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF.

Quanto à alegação do efeito confiscatório das multas aplicadas, deixo de analisar tais argumentos, por faltar competência a este julgador a análise de constitucionalidade de Lei.

Verificando a multa aplicada ao presente caso na infração 4, ou seja, aquela prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, a mesma deve ser julgada nula de ofício, pelos fatos e motivos que passo a expor a seguir:

A discussão acerca do cabimento da multa acima citada, já vem há um longo tempo sendo bastante discutida neste E. CONSEF.

Tal dúvida surgiu com a edição da Lei 10.847 de 27.11.2007, que alterou o referido artigo para incluir a expressão *“inclusive antecipação parcial.”* Antes da referida alteração, o CONSEF possuía entendimento consolidado, no sentido de ser aplicável a referida multa em todas as hipóteses em que envolvessem a antecipação de modo genérico, ou seja, a antecipação total e parcial do ICMS.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 10.847/07, foi necessário rever tal interpretação, isto porque, o legislador ao incluir a expressão *“inclusive a antecipação parcial”*, demonstrou que a referida penalidade passou a ser aplicada nos casos de antecipação parcial após a entrada em vigor da Lei 10.847/07.

Conforme previsão legal, é sabido que a lei Tributária apenas deve atingir os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei. Assim, tendo em vista que as alterações advindas na Lei nº 10.847/07, instituíam a penalidade nos casos de antecipação parcial, a mesma só poderia ser aplicada nos casos ocorridos após a sua entrada em vigor.

A PROFIS, instada a se manifestar acerca da matéria, já proferiu Pareceres concluindo pelo não cabimento da multa. Revendo tal posicionamento, proferiu novc sendo adotado por alguns julgadores deste CONSEF, que a referida

aplicada, mas poderia ser substituída pela multa prevista na alínea “f” do mesmo dispositivo legal.

Ouso divergir de tal entendimento, *data máxima vênia*, por entender que nestas hipóteses não se trata de adequação da multa aplicada, mas aplicação de multa anteriormente não prevista em Lei.

Comungando com o entendimento de que é incabível a multa aqui discutida, merece destaque a colação da ementa do Julgado CJF 0206-12/08, que inaugurou toda a discussão:

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. *Impossibilidade de aplicação da multa exigida no Auto de Infração em face do princípio da irretroatividade de normas que cominam sanções. A alteração produzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.846/07, quanto a penalidade de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, só é aplicável à antecipação parcial após a edição da norma que modificou o texto originário do dispositivo legal. Entendimento lastreado em pronunciamento externado pela representação da Procuradoria Estadual na assentada de julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Infração Improcedente. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.*

Diante do exposto, voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e, de ofício, declarar a nulidade da multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, Infração 4, haja vista que as datas de ocorrência dos fatos geradores se deram antes da vigência da Lei nº 10.847/07.

VOTO VENCEDOR (Quanto à multa da Infração 4)

Divirjo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator apenas no que tange ao cabimento de multa na infração 4, pois o ICMS devido que não é recolhido espontaneamente deve ser objeto de lançamento de ofício, acompanhado da multa prevista na legislação vigente à época e dos acréscimos legais. Para a irregularidade que foi apurada na infração 4, o autuante indicou a multa revista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, a cobrança do imposto deve ser acompanhada de multa, porém deve ser retificado o enquadramento empregado, conforme passo a me pronunciar.

Apesar de ser uma questão muito controvertida, alinho-me à tese que vem sendo defendida pelos representantes da PGE/PROFIS, segundo a qual a antecipação parcial e a antecipação no sentido estrito são institutos diversos. Com base nessa premissa, entendo que, à época dos fatos descritos na infração 4, a multa indicada pelo autuante, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, estava equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época dos fatos, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Não vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por parte deste colegiado, já que, nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo, a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pelas acusações e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Em face do exposto, retifico a multa indicada na infração 4, para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade apurada à época dos fatos gerac

Observo que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no A

poderia ter se beneficiado da redução de multa prevista no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, ressalto que o recorrente poderá se eximir da pena em questão, requerendo à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, *sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal*, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, retificando, porém, o enquadramento legal da multa proposta na infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto ao enquadramento da multa aplicada na quarta infração, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade em relação às demais infrações, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281317.0002/08-3, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA. (WAVE BEACH)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.345,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, “c” da citada lei e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR: (Quanto à multa aplicada na Infração 4) Conselheiros (as): Álvaro Barreto Vieira, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO: (Quanto à multa aplicada na Infração 4) Conselheiro: Márcio Medeiros Bastos, Nelson Antonio Daiha Filho e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto à multa aplicada na Infração 4)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto à multa aplicada na Infração 4)

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS