

A. I. N° - 206844.0037/09-3
AUTUADO - PETROBAHIA S/A.
AUTUANTE - JOÃO L DE MAGALHÃES FILHO e ANDRES MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET 12.05.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0098-05/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO INTEGRALMENTE NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA. MULTA. Falta de previsão legal para aplicação da multa percentual, à época, considerando que o imposto foi efetivamente recolhido na saída subsequente das mercadorias. Exigência fiscal insubsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RETENÇÃO A MENOR. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/09/2009, exige ICMS e multa percentual, no valor de R\$ 6.523,75 em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 6.291,59.
2. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. ICMS no valor de R\$ 232,16 e multa de 60%.

O autuado, por meio de patrono legalmente constituído, ex vi de instrumento legal fl.28, ingressa com defesa, fls.20 a 27, e constata que a infração 1 não deve subsistir, haja vista que não existia, à época dos fatos geradores, (exercício de 2005), a previsão de multa pelo não recolhimento da antecipação parcial do ICMS, conforme jurisprudência deste CONSEF.

Portanto ao tempo dos fatos geradores existia somente a previsão da multa pelo não recolhimento da denominada antecipação total do ICMS, prevista no art. 125 do RICMS/97. Trata-se de institutos distintos, a antecipação total e a antecipação parcial do ICMS. A multa para não recolhimento da antecipação parcial do ICMS somente foi criada pela Lei nº 8.967 de 29.12.2003, e a previsão legal para a multa percentual de 60% sobre a antecipação parcial, somente foi criada em 27.11.2007, com a edição da Lei nº 10.847/07, neste sentido o Acórdão CJF nº 0206-12/08, cuja ementa transcreve.

Relata que a impugnante compõe um grupo econômico de grande projeção, especialmente importante para a economia do Estado da Bahia, reconhecido por seus rigorosos compromissos sociais, éticos e ambientais, que refletem, de modo peculiar, na lisura do seu comportamento perante o fisco. Ligado a esse princípio está a premissa estipulada nela defendente de não sonegar, em hipótese alguma, qualquer valor devido ao erário, nas esferas administrativas. Reconhece que falhas podem ocorrer e infração 2, já providenciando o pagamento desta diferença de ICMS.

A final requer a improcedência da infração 1.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 57 a 60, e inicialmente esclarece que o art. 12 A da Lei nº 7.014/96, foi acrescentado pela Lei nº 8967, de 29/12/2003, efeitos a partir de 01/03/2004, portanto antes da ocorrência do fato gerador. O § 3º foi acrescentado ao art. 12-A, pela Lei nº 9.159, de 09/07/2004, efeitos a partir de 10/07/2004, que dispõe sobre operações com álcool.

Lembra que o RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, dispõe sobre a base de cálculo para efeitos da antecipação tributária parcial nas aquisições de AEHC e álcool não destinado a uso automotivo, no art. 61, § 8º, acrescentado pelo Decreto nº 9152 de 28/07/2004. Deste modo o arcabouço legal está montado, e ratifica a autuação.

Consta o extrato do SIGAT, fl. 62 a 64 do PAF.

VOTO

Na presente lide, o impugnante reconhece o cometimento da infração 2, posto que falhas podem ter ocorrido, apesar de sua lisura comercial. Deste modo fica mantida, inclusive com o seu pagamento comprovado mediante o extrato do SIGAT, fls. 62 a 64 do PAF.

No que concerne à infração 1, em que está sendo exigida a multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser pago por antecipação parcial, no exercício de 2005, com saída tributada normalmente, o impugnante não a reconhece sob o argumento de que a previsão legal somente foi criada por meio da Lei nº 10.847/07, em 27/11/2007, portanto não poderia ser aplicada.

Inicialmente, cumpre salientar que essa penalidade foi aplicada relativamente a fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, quando a alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, previa a aplicação de multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente *“quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares”*.

Somente com a edição da Lei nº 10.847/07, com vigência a partir de 28/11/2007, é que foi incluída no dispositivo legal em referência a expressão *“inclusive por antecipação parcial”*.

Como se vê, a redação do mencionado dispositivo legal, vigente à época dos fatos geradores, não submetia, à referida penalidade, a conduta de falta de recolhimento tempestivo do ICMS-antecipação parcial e não serve ele como fundamento para a multa aplicada no Auto de Infração.

Também não pode ser imposta, de ofício ou mediante renquadramento, a multa de 60% prevista na alínea “f”, dos mesmo inciso e artigo, que se aplica *“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”*.

Na presente situação, está consignado que as mercadorias, objeto desta infração, tiveram saída posterior tributada normalmente. Assim, se houve tributação normal na saída das mercadorias, tanto que o tributo não foi lançado – descabe a multa da alínea “f”, que está atrelada ao descumprimento da obrigação tributária principal. No caso, a obrigação tributária principal foi efetivamente cumprida, mediante o pagamento do ICMS integral devido na saída seguinte da mercadoria adquirida.

Neste mesmo entendimento, há outras decisões recentes deste CONSEF. A título exemplo cito, respectivamente, os Acórdãos nºs 0367-11/09 e 0350-12/09, originários das Câmaras de Julgamento, proferidas em sede de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício.

Com base na fundamentação acima, afasto, por falta de embasamento legal, a penalidade aplicada no item 1

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206844.0037/09-3**, lavrado contra **PETROBAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.291,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR