

PROCESSO - A. I. Nº 206881.0002/11-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PIER MARIN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0314-05/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/04/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0078-12.12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. SAÍDAS POSTERIORES SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. FALTA DE ESTORNO. Pescados adquiridos com tributação e cuja saída posterior ocorreu com isenção, acorde art. 14, XIII, RICMS BA. Exclusão do valor em duplicidade constante no demonstrativo fiscal. Infração caracterizada em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Comprovado registro na escrita fiscal e saída posterior tributada normalmente, cabível é a aplicação da multa. Impossibilidade de aplicação da multa exigida no Auto de Infração em face do princípio da irretroatividade de normas, no período anterior a 28.11.07. 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, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF e pronunciamentos da Procuradoria Estadual. Subsistência parcial da infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

O lançamento de ofício datado de 30/06/2011 imputa ao recorrido a prática de 11 infrações, exigindo imposto e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$1.480.781,02. O Recurso de Ofício aqui tratado cinge-se à apreciação das infrações 5 e 11, cujas infrações são as seguintes:

***Infração 5** - Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência de imposto. Janeiro / dezembro 2007; Janeiro / junho e outubro / novembro 2008. Valor R\$ 263.591,16, acrescido da multa de 60%.*

***Infração 11** - Multa sobre a parcela do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Janeiro/dezembro 2007; Janeiro/julho e dezembro 2008. Valor da multa R\$ 302.259,50.*

A 5ª JfF entendeu, por unanimidade, julgar o Auto de Infração Parcialmente Procedente reduzindo a exigência fiscal de R\$1.480.781,02 para o valor de R\$1.273.197,49 com base nas considerações a seguir transcritas, a partir do voto proferido pela ilustre relator de Primeira Instância, *in verbis*.

“VOTO

(...)

Na infração 5, a impugnante é acusada de deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias com utilização de crédito que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência de imposto.

Verifico no demonstrativo elaborado pela Auditora Fiscal, fls. 78/88, a discriminação de pescados de diversos tipos (corvina, sardinha, guaricema, cavalinha, salmão, pampo, peixe galo, etc.), cujos créditos foram apropriados e cujas saídas foram consignadas sem a incidência do imposto.

Arguiu o autuado tão somente que “todas as mercadorias adentradas no seu estabelecimento na sua maioria absoluta foram mercadorias enquadradas no regime de isenção de ICMS motivo pelo qual foram vendidas sem a devida tributação”.

De posse de tal demonstrativo, o autuado deveria laborar suas razões no sentido de verificar o efetivo estorno do crédito fiscal em relação aos pescados adquiridos com tributação e cujas saídas são isentas, de acordo com o art. 14, XIII, RICMS/BA. Assim não agiu o autuado, não trouxe qualquer prova de seu acerto nesse item. Em contrário, admitiu apenas que as mercadorias eram isentas por isso não tributou a saída.

Constato a utilização equivocada dos créditos fiscais envolvendo tais operações, à guisa de exemplo, destaco a aquisição de corvina, através da Nota Fiscal nº 458, em janeiro 2007, com crédito fiscal registrado no LRE, fl. 001 e fl. 607 do PAF; nota fiscal 326, de agosto 2007, com crédito fiscal registrado no LRE, fl. 022 e fl. 628 do PAF; nota fiscal 1888, de março 2008, com crédito fiscal registrado no LRE, fl. 008 e fl. 651 do PAF.

No entanto, observo que a Auditora Fiscal consignou em duplicidade a Nota Fiscal nº 6114, de 24.06.2008, valor creditado de R\$ 1.932,00, fl. 0015 do LRE, fl. 658, enquanto no demonstrativo, fl. 87, discriminou duas outras parcelas de R\$ 525,00 e R\$ 1.407,00, que totalizam outros R\$ 1.932,00, o que por obvio, será objeto de exclusão.

Dessa forma, a exigência no período de junho de 2008 passa de R\$ 12.751,88 para R\$ 10.819,88. O valor total da infração que era R\$ 263.591,16 passa para R\$ 261.659,16.

(...)

Finalmente, na infração 11, a exigência é da multa sobre a parcela do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos exercícios de 2007 e 2008, no valor de R\$ 302.259,50.

A auditora Fiscal elaborou demonstrativos de débitos, discriminando a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, nas operações sujeitas aos ICMS antecipação parcial, nos termos do art. 352-A, RICMS BA, observando, contudo, o seu registro na escrita fiscal e saída posterior tributada normalmente. No exercício 2007, a exigência montou R\$ 228.266,17 (fls. 676/686); no exercício 2008, R\$ 73.993,33 (fls. 687/691).

O autuado admite a falta de recolhimento da antecipação parcial, arguindo que as saídas ocorreram com tributação normal. Pede a improcedência da exigência.

Não tem razão o autuado. A exigência da antecipação parcial do ICMS, com vigência a partir de 1º/03/2004, foi estabelecida no Estado da Bahia por meio da Lei nº 8.967/03, acrescentando o art. 12-A na Lei nº 7.014/96. Tal dispositivo consta no RICMS BA, nos seguintes termos:

“Art. 352-A. Ocorre à antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Por sua vez, consoante o art. 125, II, “f” do RICMS BA, estabelece que o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, na entrada no território deste Estado, salvo se o contribuinte for credenciado para o pagamento posterior, no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Ocorre, no caso concreto, que à época de parcela dos fatos que ensejaram essa infração 11 (multa sobre o imposto não recolhido por antecipação parcial), de 01 de janeiro até 27 de novembro de 2007, não existia a penalidade específica para o ilícito em exame.

A redação do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 7.981, de 12 de dezembro de 2001, cuja

vigência se deu entre 13 de dezembro de 2001 e 27 de novembro de 2007, estabelecia a multa de 60% para os casos de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação (substituição) tributária. Somente em novembro de 2007, com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007 foi alterado o § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a antecipação parcial foi incluída no texto e a sanção estabelecida na obrigação acessória em debate passou a ter previsão na legislação.

Assim, considerando que a norma que suporta a exigência fiscal nessa infração alcança apenas fatos com ocorrência posterior à sua vigência em face de impedimento imposto pelos princípios tributários da estrita legalidade, irretroatividade das normas, que devem ser acatados pelo operador do direito, não podendo, portanto, alcançar fatos anteriores à sua vigência, nos termos do art. 20, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de ofício, declaro a nulidade das ocorrências que aqui são exigidas antes de 28/11/2007, por falta de previsão legal à época das ocorrências.

Não prevalecendo o enquadramento da multa aplicada pela Auditora Fiscal (art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96) para o descumprimento da obrigação acessória, até outubro de 2007: “quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo” porquanto tal sanção não era aplicável às questões de antecipação, no caso de recolhimento do valor principal, conforme já vimos e também porque não é esse o posicionamento do CONSEF acerca do tema.

Em “contrário sensu”, face ao quanto aqui exposto como fundamento da nulidade anunciada, são subsistentes os valores exigidos em relação às ocorrências posteriores a 28/11/2007, que somam o valor de R\$ 96.607,97, em razão do suporte fático e legal, também já apreciados e tabela a seguir transcrita:

Ocorrência	Vencimento	Valor	Multa
31.12.2007	09.01.2008	37.691,09	22.614,65
31.01.2008	09.02.2008	45.711,16	27.426,70
28.02.2008	09.03.2008	9.273,69	5.564,21
31.03.2008	09.04.2008	2.128,87	1.277,32
30.04.2008	09.05.2008	6.963,09	4.177,85
31.05.2008	09.06.2008	37.725,89	22.635,53
30.06.2008	09.07.2008	19.534,62	11.720,77
31.07.2008	09.08.2008	1.579,46	947,68
31.12.2008	09.01.2009	405,44	243,26
TOTAL			96.607,97

Diante do exposto voto pela procedencia em parte da autuação prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e cabível a multa por descumprimento de obrigação acessória em R\$ 96.607,99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Em razão da sucumbência da Fazenda Pública Estadual, derivada do julgamento de Primeira Instância, a rigor di art. 169, I do RPAF/Ba, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão por ela proferida para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0314-05/11 que impõe sucumbência à fazenda pública, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

Cinge-se o presente Recurso de Ofício às infrações 5 e 11 que exigem do contribuinte imposto por haver deixado de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência de imposto; e multa sobre a parcela do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Quanto à infração 5, verifico que a redução da exigência fiscal original deveu-se, única e exclusivamente, a correção feita pelo julgador *a quo* que identificou equívoco no demonstrativo elaborado pela fiscal autuante que fez consignar em duplicidade uma mesma nota fiscal. Demonstrado que o lançamento em duplicidade da NF nº 6114 nos papéis de trabalho da autuante, restou imperiosa a exclusão do montante de R\$ 1.932,00 da exigência fiscal original contida na infração em comento. Por isso mesmo, vejo que não há que se reparar a Decisão recorrida.

Quanto à infração 11, vejo que se trata de multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial. Tratando desta matéria, alinhado ao posicionamento deste Conselho, tenho me posicionado recorrentemente pelo afastamento da multa em questão, haja vista que o enquadramento da multa com fundamento no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, até outubro de 2007, não se aplicava às questões de antecipação, quando havia comprovado o recolhimento do valor principal. Nessa mesma direção decidiu a Junta de Julgamento Fiscal que, muito criteriosamente, indicou as alterações feitas à legislação de modo a contemplar o instituto da antecipação parcial, como instituto diverso da “antecipação”, e que passou a vigorar a partir da data acima indicada.

Isto posto, considerando que a desoneração advém de fundamentação por demais ratificada por este CONSEF, vejo que nesta infração 11, também não há qualquer reparo a ser feito à Decisão recorrida.

Ex positis, alinhado ao *decisum* de piso, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto de Ofício pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, mantendo integralmente a Decisão prolatada, retificando, contudo, a imprecisão quanto à capitulação da multa indicada incorretamente na Resolução da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0002/11-6**, lavrado contra **PIER MARIN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.138.651,37**, acrescido das multas de 60% sobre R\$751.500,61 e 70% sobre R\$387.150,76, previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, alíneas “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$134.546,12**, previstas no inciso II, alíneas “d”, IX e XI, do mesmo dispositivo legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS