

A. I. Nº - 298945.0002/17-9
AUTUADO - COR BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.
AUTUANTES - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA MARIA SOUSA
BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/04/2018

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0044-05/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. No caso do contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração caracterizada. Afastada a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/06/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$62.825,66, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 07.15.03 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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. As aquisições em tela foram acobertadas pela emissão de Notas Fiscais eletrônicas destinadas ao contribuinte. O valor da antecipação tributária devida foi apurado conforme planilha constante do Anexo I. Os valores do imposto recolhidos pelo contribuinte foram obtidos no sistema INC da SEFAZ/BA, conforme extrato constante do Anexo III. Tudo conforme os arquivos da escrituração fiscal digital - EFD transmitida pelo contribuinte, documentos fiscais eletrônicos emitidos pelo contribuinte e a ele destinados, todos, do mesmo modo que a planilha constante do Anexo I, gravados no CD constante do Anexo IV. No Anexo V está a cópia do livro de Registro das Entradas do contribuinte. Infração registrada nos meses de junho a dezembro de 2012, no valor total de R\$62.332,40, relativa à aplicação da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal. Os valores apurados são aqueles constantes da planilha do Anexo II. Tudo conforme os arquivos da escrituração fiscal digital - EFD transmitida pelo contribuinte, documentos fiscais eletrônicos emitidos pelo contribuinte e a ele destinados, todos, do mesmo modo que a planilha constante do Anexo II, gravados no CD constante do Anexo IV. No Anexo V está a cópia do livro de Registro de Entradas do contribuinte. Infração registrada nos meses de junho, julho e setembro a dezembro de 2012, no valor de R\$493,27, referente à aplicação de multa de 1%, prevista no Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 126 a 136-verso), onde informou que efetuou o recolhimento da multa imposta na Infração 2 e que há flagrante nulidade da autuação por ausência de fundamentação adequada, com ofensa ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista o silêncio quanto às normas do RICMS/BA, que tratam sobre a matéria e a falta de indicação de todos os dispositivos legais e regulamentares necessários à apuração do tributo e de descrição detalhada da infração efetivamente incorrida no caso concreto.

Disse que a Fiscalização não expôs a motivação necessária para a determinação da exigência fiscal, especialmente no que se refere aos parâmetros legais aplicáveis à sistemática da antecipação e substituição tributária, e que tal fato impossibilita o efetivo exercício do seu direito de defesa, o que, nos termos do Art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988 – CF/88 é assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, transcrevendo jurisprudência do TRF-3 para embasar suas alegações.

Alegou a ausência do fato gerador do ICMS em função de que ocorreu apenas a transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos com utilização dos CFOPs nºs 6.151 e 6.152, ou seja, um mero deslocamento físico de seu estabelecimento matriz, situado no Rio de Janeiro, para uma de suas filiais, no Estado da Bahia, quando não há fato gerador do ICMS, já que não decorre de um negócio jurídico mercantil, conforme Art. 155, II, da CF/88, Súmula nº 166 do STJ e jurisprudências do STF, STJ e TJ/BA, que colacionou.

Aduziu que o §2º do Art. 332 do RICMS/BA., Decreto nº 13.780/12, expressamente lhe concede a faculdade de recolhimento do ICMS por antecipação até o 25º dia do mês subsequente ao da sua entrada no estabelecimento, por estar regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) e preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: possuir estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 (seis) meses, já ter adquirido mercadoria de outra unidade da Federação, não possuir débito inscrito em Dívida Ativa que não esteja com exigibilidade suspensa, ser adimplente com o recolhimento do ICMS e estar em dia com as suas obrigações acessórias.

Acrescentou estar incontrovertido nos autos que o recolhimento do ICMS relativo às operações de comercialização das mercadorias, ou seja, nas suas saídas definitivas, foi efetivamente realizado, tanto é assim que não houve lançamento de imposto na autuação ora impugnada, estando a presente autuação referindo-se apenas à multa, restando evidenciado que pode efetuar o recolhimento do imposto em referência apenas quando realiza a saída da mercadoria do seu estabelecimento, sem se submeter, portanto, à antecipação em prazo a ser contado da entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Requereu o reconhecimento da nulidade da autuação, tendo em vista o pagamento da infração 02 e a ausência de motivação adequada referente aos parâmetros legais utilizados na apuração da sua conduta, face às normas que dispõem sobre a sistemática da antecipação parcial e substituição tributária, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como ao Art. 2º do Decreto nº 7.629/99.

Solicitou que o Auto de Infração seja julgado improcedente, tendo em vista que não há o que se falar em incidência de ICMS sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que em operação interestadual, sendo que o momento para o recolhimento do imposto em epígrafe é o da saída da mercadoria do estabelecimento quando da realização de operação efetivamente tributável.

Os Autuantes apresentaram informação fiscal (fls. 199 a 201), onde relataram que o Autuado reconheceu a Infração 02 e que decretos são normas jurídicas que possuem o objetivo de detalhar a aplicação da lei, quando necessário, sendo que, no presente caso, a Lei nº 7.014/96, em seus Arts. 12-A e 23 é bastante detalhada quando trata do ICMS devido por antecipação parcial.

Adicionaram que o RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, quando trata do ICMS devido por antecipação parcial, não traz qualquer referência quanto à atividade do Autuado nem quanto às mercadorias

que comercializa, sendo totalmente descabida a alegação de que teve o seu direito de defesa cerceado.

Esclareceram que o lançamento foi feito obedecendo ao que dispõe a legislação que rege o ICMS e, conforme o inciso I, do Art. 12 da Lei Complementar nº 87/96 e o inciso I, do Art. 4º da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, configura a ocorrência do fato gerador do imposto.

Pediram que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Conta extrato de parcelamento de parte do débito do SIGAT finalizado nas fls. 203/204.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

Ressalto que consta a confirmação do pagamento referente à Infração 2 (fl. 204), restando em lide somente a Infração 1, relativa à aplicação da multa de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, devidamente registradas na escrita fiscal, adquiridas com fins de comercialização e com posterior saída tributada normalmente.

Preliminarmente, o Autuado requereu a nulidade da autuação por ausência de fundamentação adequada, com ofensa ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista o silêncio quanto às normas do RICMS/BA, que tratam sobre a matéria e a falta de indicação de todos os dispositivos legais e regulamentares necessários à apuração do tributo e de descrição detalhada da infração efetivamente incorrida no caso concreto.

Constatou que os enquadramentos da infração e da penalidade estão fundamentados nos dispositivos corretos da Lei nº 7.014/96 e que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade competente, não há preterição do direito de defesa, e contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, tanto que o Autuado efetuou plena defesa das suas teses.

O Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 é bem claro quanto à obrigatoriedade do recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização. A previsão da exclusão da sistemática de antecipação parcial, prevista no seu §2º, é limitada a mercadorias ou atividades econômicas, não estando o Autuado excluído da respectiva obrigação.

Já o §1º, do Art. 42 da referida Lei nº 7.014/96, estabelece a dispensa do imposto, mantendo a aplicação da multa prevista na alínea “d”, do inciso II do mesmo artigo, *in verbis*:

“§1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;”

Diante do exposto, afasto o requerimento de nulidade.

Indefiro o pedido de diligência solicitado pelo Autuado, nos termos do Art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para formar a minha convicção.

Quanto ao questionamento de falta de incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, a Procuradoria Geral do Estado já se pronunciou mediante o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, no sentido de que este entendimento não

alcança as transferências interestaduais, tendo em vista que “*a Súmula nº 166 do STJ e a decisão lançada no REsp nº 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do Art. 13, §4º, da LC nº 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do REsp nº 1.109.298/RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no Art. 13, §4º, da LC nº 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.*”

No tocante à alegação de que o §2º, do Art. 332 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, expressa uma faculdade para que o Autuado possa escolher entre efetuar ou não o recolhimento do imposto, esta interpretação é completamente equivocada: o referido dispositivo apenas concede ao contribuinte que preencher os requisitos ali relacionados, o prazo para recolhimento do imposto no mês subsequente, já que os demais contribuintes devem efetuar o recolhimento antes da entrada da mercadoria no território baiano.

Observo que o Autuado não apontou objetivamente nenhuma falha no demonstrativo que acompanha a autuação, o qual versou sobre os dados obtidos dos seus próprios livros fiscais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298945.0002/17-9, lavrado contra **COR
BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas no valor total de **R\$62.825,67**, sendo multa percentual no valor de R\$62.332,40 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$493,27, previstas no Art. 42, incisos II, "d", e §1º e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR