

A.I. Nº - 2989450007/17-0
AUTUADO (a) - COR BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
AUTUANTE (s) - JOSERITA MARIA SOUZA BELITARDO DE CARVALHO
- SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO
ORIGEM - - INFAZ ATACADO

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0103-02/18

EMENTA: ICMS. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 18/09/2017 reclamando a multa percentual no valor histórico de R\$340.451,42 em decorrência da seguinte acusação:

INFRAÇÃO 01 – **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. A Autuada deixou de fazer a antecipação parcial referente a aquisições interestaduais de mercadorias, com saída posterior tributada normalmente, em vários meses nos exercícios de 2013 e 2014. 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 recolhido pelo contribuinte foram obtidos no sistema INC da SEFAZ/BA conforme extrato constante do Anexo II. Tudo conforme os arquivos da escrituração fiscal digital – EFD transmitidos 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 III. Infração registrada nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014, no valor total de R\$340.451,42, relativa à aplicação da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A Autuada foi cientificada do lançamento e intimada a efetuar o pagamento do débito por meio de “Aviso de Recebimento – AR” dos Correios em 13/10/2018 (fls. 68 a 69), apresentando defesa apensada aos autos às fls.72 a 121, aduzindo os argumentos a seguir.

Inicialmente aborda os aspectos da tempestividade da impugnação e faz um breve relato dos fatos e da autuação. Diz que a legislação estadual da Bahia expressamente faculta ao contribuinte a antecipação parcial nos casos em que o estabelecimento esteja previamente inscrito no Cadastro de Contribuintes. Sendo assim, resta autorizado ao contribuinte o recolhimento do imposto normalmente na sua saída, como efetivamente o foi – tanto que o auto de infração refere-se exclusivamente à cobrança de multa – de modo que não há que se falar em irregularidade.

Preliminarmente alega nulidade do lançamento, considerando que o mesmo deverá estar estritamente vinculado aos termos da lei, conforme determina o artigo 142 do Código Tributário

Nacional – CTN. A vinculação do lançamento, um dos seus requisitos é a motivação, o que compreende a exposição: da regra de direito em que se fundamenta; dos fatos em que se baseia e; da relação de pertinência entre os fatos ocorridos e o ato praticado.

Afirma que o Fisco optou por uma solução simplista e ilegal de isolar determinados fatos e sobre eles formular a exigência tributária. Dessa forma, a Autoridade Fiscal limitou-se a afirmar que a Autuada “*deixou de fazer antecipação parcial referente a aquisições interestaduais de mercadorias, com saída posterior tributada normalmente, em vários meses no exercício de 2012*”, tendo fundamentado a autuação no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96.

Destaca que o Fisco se limitou a mencionar genericamente o artigo acima indicado que não é suficiente para embasar a autuação, não pontuou todos os dispositivos legais e regulamentares necessários à apuração do tributo exigido, nem descreveu detalhadamente a infração efetivamente incorrida.

Requer a nulidade do Auto de Infração em virtude da necessidade da motivação para validade de um ato ou de uma decisão administrativa. Cita o Professor James Marins defendendo que a fundamentação é obrigatória e está também relacionada com o princípio da motivação, que é princípio constitucional geral da Administração Pública.

Colaciona jurisprudência exigindo a motivação das decisões administrativas como requisito de validade (APELREEX 00129176020034036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial; AC 00008224420124036112, Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, TRF3 - Sexta Turma, e-DJF3 Judicial).

Ressalta que o auto de infração foi lavrado em desconformidade com a Constituição Federal, com o CTN e com a própria legislação estadual, devendo ser afastada a cobrança de quaisquer valores objeto da autuação ora impugnada.

Observa que das notas fiscais relativas aos produtos em comento, os CFOP utilizados foram os 6.151 e 6.152, por se tratar de transferência de produção entre estabelecimentos da mesma empresa, matriz localizada no Estado do Rio de Janeiro, para uma de suas filiais, no Estado da Bahia.

Destaca que tanto os art. 1º e art. 2º, inc. I, da Lei Complementar nº 87/96, quanto a Lei nº 7.014/96, dispõem que o ICMS incide sobre “operações relativas à circulação de mercadorias” e que ao prescrever o momento da ocorrência do fato gerador, a Lei Complementar, em seu artigo 12, inciso I, determina como ocorrida a hipótese de incidência do imposto o instante da “*saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”, informando que a mera remessa de produtos de um estabelecimento para outro da mesma pessoa jurídica não constitui uma operação tributável pelo ICMS, já que não decorre de um negócio jurídico mercantil. Além disso, como não ocorre a transferência de titularidade dos bens, não há que se falar em circulação dos produtos.

Afirma que resta assentado na jurisprudência que “o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade”, não configura a circulação de mercadoria. Cita e transcreve a Súmula nº 166 do STF, que pacificou o entendimento de que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Apresenta a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria (RE 267599 AgR-ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-07 PP-01418 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 166-169), firmando o mesmo entendimento assim como o Tribunal de Justiça da Bahia.

Reafirma, portanto, a improcedência do auto de infração.

Assevera ser descabida a exigência de Antecipação Parcial do ICMS para contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes e que se trata de grave vício incorrido na autuação tendo em vista não imputar de forma motivada a Autuada a infração que teria cometido, impossibilitando-a de

impugnar especificamente os fatos, restando a Autuada a demonstração de que agiu em conformidade com as normas pertinentes à matéria.

Ressalta que o Regulamento do ICMS no Estado da Bahia estabelece tratamento diferenciado para pagamento do imposto em se tratando de contribuinte cadastrado e que atenda a determinadas condições previstas no Decreto nº 13.780/2012 ao longo dos anos de 2013 e 2014, correspondentes aos fatos geradores autuados. Transcreve o teor dos artigos 2º, 332, inc. III, § 2º e suas alterações desde 2013 para destacar que ainda que consideradas as suas alterações de texto, a legislação concede, ao contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia, que preencha, cumulativamente, os requisitos que elenca em seus incisos uma opção, ou seja, a faculdade de recolhimento do ICMS por antecipação até o 25º dia do mês subsequente ao da sua entrada no estabelecimento.

Afirma ter efetuado os recolhimentos do ICMS relativo às operações de comercialização das mercadorias nas suas saídas definitivas, tanto é assim que não houve lançamento de imposto na autuação, portanto não houve qualquer prejuízo ao erário.

Requer que seja processada e julgada a presente impugnação, para, ao final, ser reconhecida a nulidade da autuação, tendo em vista a ausência de motivação adequada referente aos parâmetros legais utilizados na apuração da conduta da Autuada face às normas que dispõem sobre a sistemática da antecipação parcial, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como ao artigo 2º do Decreto nº 7.629/1999.

Os Autuantes prestam a informação fiscal em 19/04/2018 apensada aos autos às fls. 136 a 138, apresentando os esclarecimentos a seguir descritos.

Refuta a alegação da defesa quanto preliminar de nulidade do lançamento em virtude da ausência de motivação, um dos seus requisitos para vinculação do mesmo, argumentando que o art. 12-A da Lei nº 7.014/96 não deixa qualquer dúvida quanto a pertinência da cobrança do ICMS por antecipação parcial, dispensando a necessidade de qualquer detalhamento regulamentar, tendo em vista que os regulamentos objetivam detalhar a aplicação da Lei. Por outro lado, o §2º do citado artigo autoriza o regulamento a excluir da área de incidência da antecipação parcial, operações com determinadas mercadorias ou operações realizadas por determinados segmentos.

Ressalta que 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 determinam que a saída de mercadoria do estabelecimento de contribuintes, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, configura sim a ocorrência do fato gerador do ICMS, deixando aclarado que o presente lançamento está de acordo com a legislação vigente.

Salienta que a defesa faz uma leitura *enviesada* do Art. 332 do RICMS/BA – Decreto 13.780/2012 quando afirma que os Autuantes analisaram apenas o teor do Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, desconsiderado o regulamento do ICMS.

Conclui pedindo pela procedência do Auto de Infração haja vista que a fiscalização não encontrou argumentos capazes de alterar os lançamentos efetuados.

VOTO

O Auto de Infração em exame imputa a Autuada multa percentual de 60% 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, conforme acima relatado.

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

Preliminarmente, a Autuada requer a nulidade do lançamento alegando ausência de fundamentação adequada, com ofensa ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista o silêncio quanto às normas do RICMS/BA, no que tange a sistematização da antecipação parcial do

imposto 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.

Averiguo que os enquadramentos da infração e da penalidade estão corretamente fundamentados nos dispositivos 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 a Autuada exerceu plenamente seu direito de defesa expondo com liberdade seus argumentos e teses.

Quanto ao argumento defensivo de que o mero deslocamento físico de mercadorias entre estabelecimentos da Autuada não se caracteriza como fato gerador do ICMS em função da Súmula nº 166 do STJ, ressalto que nos termos da legislação vigente do Estado da Bahia, ocorre o fato gerador do imposto na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Ressalto que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, no caso em especial de que trata a Súmula 166 do STJ, não podem servir de suporte para alterar o entendimento aqui externado no presente julgamento, tendo em vista que tais decisões não vinculam o Estado da Bahia. A vinculação somente ocorreria no advento de uma decisão judicial, no caso concreto em que a Autuada seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”. Somente assim estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento, assim como não compete a esse órgão de julgamento administrativo decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Ademais a Procuradoria Geral do Estado já se pronunciou sobre a matéria 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.*”.

Quanto ao argumento suscitado que não cabe a obrigatoriedade do contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes efetuar o pagamento exigido pela antecipação parcial do ICMS, destaco que o Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 deixa claro a 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. O §1º, do art. 42 da citada lei, estabelece a dispensa da exigência do imposto, mantendo a aplicação da multa prevista na alínea “d”, do inciso II do mesmo artigo, quando comprovado que as saídas subsequentes foram tributáveis.

Com referência a alegação de que o § 2º, do Art. 332 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, permite que o sujeito passivo possa escolher entre efetuar ou não o recolhimento do imposto – antecipação parcial -, trata-se de interpretação equivocada, tendo em vista que 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.

Pelo exposto, julgo Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2989450007/17-0**, lavrado contra **COR BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$340.451,42**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR