

A. I. N° - 207140.0013/21-5  
AUTUADO - JACOBS DOUWE EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA.  
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.03.2022

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0014-01/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. MULTA PERCENTUAL. Saídas subsequentes das mercadorias tributadas normalmente. A exigência da antecipação parcial decorre de preceito legal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2021, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$2.784.616,54, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 07.01.03 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018; e janeiro a setembro de 2019.

*“O contribuinte deixou de recolher o ICMS devido por Antecipação Parcial em relação à parte das operações de entradas de mercadorias destinadas à comercialização provenientes de outras Unidades da Federação”.*

Enquadramento legal: art. 8º, II e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no Art. 42, II, “d” e § 1º, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 03/12/2021, peça processual que se encontra anexada às fls. 29/41. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumentos de procuração e de substabelecimento, constantes nos Autos às fls. 47/48.

Inicialmente faz uma breve síntese dos fatos que antecederam a autuação.

Em seguida, suscita a nulidade do procedimento fiscal, alegando que a infração não condiz com os fatos.

Assinala que o Auto foi lavrado para cobrar multa percentual sobre o imposto exigido por antecipação tributária, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, nos termos dos artigos 8º, inciso II e § 3º e artigo 23 da Lei 7.014/96.

Destaca, porém, que as operações elencadas pelo fisco como entradas de mercadorias sem recolhimento do ICMS por antecipação, referem-se a operações de transferências de mercadorias entre filiais (doc. 03), que não estão sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, nos termos do artigo 8º, § 8º, inciso I do RICMS/BA, que transcreve:

*“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:*

*§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:*

*I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando*

*o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;*

Em resumo, assevera que a descrição do fato infracional apontado no ato de lançamento tributário (multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária em razão de entrada de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação) não se coaduna com as próprias provas juntadas aos autos pela autoridade fiscal, pois se referem a operações de transferência de mercadorias entre filiais atacadistas (doc.04), não sujeitas à cobrança de ICMS por antecipação.

Aduz que na constituição do crédito tributário, a Administração Pública deve ser precisa ao indicar os motivos e fatos ocorridos no mundo fenomênico em que incidem os efeitos jurídicos da hipótese normativa.

Acrescenta que, embora o pressuposto de fato do auto de infração seja “não antecipação do imposto na entrada de mercadorias provenientes de outras unidades da federação”, as informações apresentadas pelo Auditor Fiscal demonstram que essas operações autuadas não estão sujeitas ao recolhimento do imposto por antecipação, o que considera demonstrar o vício na motivação do lançamento fiscal.

Menciona que a ausência de motivação do lançamento fiscal configura cerceamento do direito de defesa, pois não é possível identificar e/ou definir exatamente a matéria tributável envolvida no lançamento fiscal.

Cita, ainda, o art. 142 do CTN, registrando que o mesmo estabelece que cabe à autoridade fiscal verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável e calcular o montante do tributo devido.

Por outro lado, diz que a legislação do Estado da Bahia também prevê como um dos elementos essenciais do lançamento fiscal a correta e precisa descrição dos fatos e dos motivos que ensejaram a constituição do crédito tributário.

Ratifica que no presente caso, não há fundamento fático nem jurídico para a cobrança do imposto, e que sendo a motivação elemento essencial da obrigação tributária, os vícios na sua determinação na realização do ato administrativo de lançamento ensejam a nulidade por vício material.

Finaliza a preliminar, salientando que a legislação prevê que não deve ser recolhido o ICMS por antecipação em operações de transferência de mercadorias entre filiais.

No mérito, aduz que a multa deve ser integralmente cancelada, alegando, ainda, que a operação autuada não está sujeita ao recolhimento do ICMS por antecipação, por se tratar de operação de transferência de mercadoria entre filiais.

Volta a citar, e transcreve o artigo 8º, § 8º, inciso I do RICMS/BA, ressaltando que na própria planilha juntada pela fiscalização é possível identificar que se trata de operações de transferências de mercadorias entre filiais, localizadas em outras Unidades da Federação (doc. 03).

Destaca que, quando há transferência de mercadorias entre filiais, mesmo que localizada em outro Estado não incide ICMS, uma vez que não ocorre a transferência de titularidade do bem.

Traz à colação a Súmula 166 do STJ, bem como o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1255885, do STF, assinalando que o mero deslocamento físico da mercadoria, não legitima a incidência do ICMS, uma vez que não ocorre a circulação econômica e jurídica da mercadoria.

Ressalta que a legislação do Estado da Bahia, nos termos do artigo 8º, § 8º, inciso I do RICMS/BA, prevê expressamente que não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas localizado nesta ou em outra unidade da Federação, e que é exatamente o caso dos autos.

Dessa forma, afirma que a legislação é expressa no sentido de que só é obrigado a recolher o imposto na saída das mercadorias, e não na entrada, como consta na presente Autuação.

Transcreve parte do voto do Acórdão CJF 0277-12/17, dizendo que o mesmo decidiu pela nulidade da autuação, considerando que o recolhimento do ICMS deve ser feito na saída e não na entrada, nos termos do artigo 8º, § 8º, inciso I do RICMS/BA.

Ao final, requer que seja decretada a nulidade do Auto de Infração por ausência de motivação e falta de subsunção do fato à norma, ou que seja cancelada integralmente a multa aplicada, uma vez que não incide ICMS por antecipação nas entradas de mercadorias em operações de transferências entre filiais.

O autuante, às fls. 76 a 78, apresenta Informação Fiscal, ratificando que o Auto de Infração foi lavrado com base na aplicação da multa de 60%, devido por antecipação parcial, decorrente de entradas de mercadorias provenientes de outros Estados e destinados à comercialização, conforme determina o art. 12-A da Lei 7.014/96, que transcreve:

*"Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição "*

Assinala que para efeito de Antecipação Parcial, nos casos previstos no artigo citado, as exceções estão previstas nos incisos I, II e III do § 1º, desse mesmo artigo, conforme descrito abaixo:

*"§ 1º - A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:*

*I - isenção;*

*II- não-incidência;*

*III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação "*

Assevera que efetivamente, nas hipóteses de operações sujeitas ao regime de antecipação ou substituição tributária, não se aplica a Antecipação Parcial, mas que este não é o caso para a mercadoria "café".

Ao final, diz que a autuação é totalmente procedente, por tratarem de entradas de mercadorias não sujeitas às exceções previstas nos incisos I, II e III do § 1º, do art. 12-A, da Lei nº 7.014/96.

Na sessão de julgamento, por videoconferência, foi realizada sustentação oral pela advogada, Dra. Ana Carolina Ricchetti Ferreira, OAB/SP nº 434.599.

## VOTO

Versa a autuação sobre 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.

Inicialmente devo observar que apesar da infração 07.01.03 se referir à multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, na própria complementação da infração é dito expressamente que a multa exigida no lançamento é referente à falta de recolhimento da antecipação parcial.

As planilhas que sustentam a autuação (mídia à fl. 22), também demonstram expressamente que efetivamente se trata de falta de recolhimento de antecipação parcial, que ensejou a cobrança da multa prevista no art. 42, inciso II "d", c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que o sujeito passivo tributou normalmente nas saídas.

Dessa forma, não há do que se cogitar em vício no lançamento, nessa circunstância, inclusive sobre o enquadramento legal, também questionado pelo deficiente, observo que não implica nulidade do lançamento, caso exista erro de indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente a autuação fiscal.

Vale ainda ressaltar, que uma vez distribuído o PAF e prestada a informação fiscal, conforme

previsto no § 7º, do art. 127 do RPAF-BA, somente se nesta forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, é que o órgão preparador tem o dever de dar ciência ao sujeito passivo, o que não ocorreu no presente PAF. Claro que isso não impossibilita que o sujeito passivo tenha acesso a mencionada informação fiscal antes do julgamento, caso requeira ao órgão preparador.

O Autuado arguiu, ainda, a nulidade do feito sob a alegação de que as mercadorias listadas pelo autuante seriam oriundas de operações de transferências e, portanto, não estariam sujeitas a antecipação tributária, em razão de do que dispõe o art. 8º, § 8º, inciso I do RICMS/BA.

Citou o julgamento da AI nº 299333.3007/16-4, cujo Acórdão CJF nº 0277-12/17, teria firmado o entendimento de que não caberia antecipação tributária no caso de operações entre filiais.

Alegou que na transferência de mercadorias entre filiais, mesmo que localizada em outro Estado não incide ICMS, uma vez que não ocorre a transferência de titularidade do bem.

A princípio, volto a ratificar que o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Logo, diante do fato de terem sido observados os princípios do Processo Administrativo Fiscal, os respeitando, inexiste a alegada violação aos mesmos, sendo atendidos o da ampla defesa e o do contencioso, além do princípio da legalidade, bem como obedecidos os procedimentos regulamentares e normativos, tornando o feito isento de qualquer mácula que o contamine com nulidade, o que leva ao não acolhimento de tais argumentos.

Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, verifico que descabe a alegação defensiva, amparada nas disposições do art. 8º, §8º, inciso I do RICMS/BA, tendo em vista que a mercadoria em questão (café) não está sujeita ao regime de Substituição Tributária, no período objeto da autuação.

A própria evidencia de que a empresa tinha conhecimento de que a mercadoria não está no rol daquelas sujeitas a substituição tributária, é o fato de ter apenas tributado as mesmas nas saídas.

Portanto, nas operações em lide cabe efetivamente a exigência da antecipação parcial, conforme determina o art. 12-A da Lei 7.014/96.

Também não assiste razão ao autuado, quanto à alegação de que se tratando de transferências interestaduais, não caberia a incidência do imposto, uma vez que o que está se cobrando é a multa pela falta da antecipação de parte do imposto, que a empresa tributou normalmente nas operações de saídas, e não ICMS devido por transferência interestadual.

Por fim, em relação ao acórdão mencionado pelo impugnante na sua peça defensiva, o mesmo se refere à exigência de imposto na entrada, relativo à mercadoria sujeita a substituição tributária, cuja retenção do imposto deve ser feita na saída, o que não é a situação do presente processo, conforme já esclarecido.

Em relação ao acórdão CJF 0058-12/21, mencionado pela patrona do autuado na assentada do julgamento, também registro que não se retrata da mesma situação que envolve o presente processo.

Destarte, a infração resta devidamente caracterizada, estando tipificada no art. 42, II “d” e §1º, da Lei nº 7.014/96, decorrendo de uma exigência prevista no art. 12-A dessa mesma Lei, e evidenciada nos autos de acordo com os demonstrativos constantes na mídia à fl. 22.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207140.0013/21-5**, lavrado contra **JACOBS DOUWE EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da penalidade pecuniária no montante de **R\$2.784.616,54**, prevista no art. 42, inciso II “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96, mais os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR