

A. I. N.º - 279466.0114/08-2
AUTUADO - UNOCANN TUBOS E CONEXÕES LTDA.
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO BORGES SANTOS
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET - 25.08.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0253-02/09

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIAS DESTINADAS A MICROEMPRESAS. VENDA À ORDEM. A legislação vigente concede o benefício de aplicação de alíquota reduzida, nas operações realizadas por estabelecimento atacadista neste Estado equiparado a industrial, quando as mercadorias se destinarem às microempresas. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 10/07/2008, no Posto Fiscal João Durval Carneiro, para exigir o recolhimento do ICMS no valor de R\$4.036,97, valor este acrescido da multa de 60%, pelo destaque do imposto a menos, em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e cópias das notas fiscais (fls. 06 e 07, 10 a 47).

Consta na descrição dos fatos: “Benefício Fiscal utilizado irregularmente, a referida empresa é uma Filial atacadista de uma Indústria no estado de MG, empresa de MG que remete as mercadorias para os contribuintes localizados no estado da Bahia através de uma remessa por conta e ordem e emite uma nota fiscal da Filial Baiana, ou seja a mercadoria não transita na filial atacadista da Bahia, e utiliza o benefício do art.51 para empresas baianas, e equipara as filiais atacadistas da indústria desde que elas comercializem as mercadorias o que não ocorre tendo em vista a empresa não recebe fisicamente as mercadorias, a filial atacadista trata-se de um escritório apenas para emitir as Notas Fiscais.”

Em 31/10/2008, o autuado protocolou processo, argüindo que de acordo com o artigo 39, X, do RPAF/99, a cientificação do auto de infração é dada quando recebido através do autuado, preposto ou representante legal da empresa.

No caso do auto de infração, objeto deste processo, alega que o mesmo foi entregue na portaria sendo recebido por um funcionário do condomínio que não tem nenhuma relação profissional com a empresa, e foi entregue posteriormente não podendo ter a exatidão da data de entrega.

Salienta que providenciou a defesa do auto de infração respeitando todos os procedimentos exigidos pela legislação vigente, e por isso, solicitou a baixa da impugnação do arquivamento da defesa intempestiva, e continuação da discussão do auto de infração. Juntou sua defesa apresentada em 28/08/2008 (fls. 63 a 66).

Na impugnação apresentada, o autuado após reprisar o motivo que ensejou a autuação, argüiu preliminarmente que a UNOCANN-BAHIA é uma filial composta de escritório e galpão onde estão acondicionados os estoques de produtos, local esse, onde realiza as vendas, atende a representantes comerciais dando suporte no caso de devoluções e reposição do seu estoque, e também onde é feita a digitação de pedidos.

Esclarece que o estabelecimento da Bahia é uma filial regularmente constituída que comercializa, por atacado, os produtos fabricados por outro estabelecimento localizado em

Minas Gerais, sendo equiparada a estabelecimento industrial de acordo com o Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002, *in verbis*:

Estabelecimentos Equiparados a Industrial

Art. 9º Equiparam-se a estabelecimento industrial:

III - as filiais e demais estabelecimentos que exercerem o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento do mesmo contribuinte, salvo se aqueles operarem exclusivamente na venda a varejo e não estiverem enquadrados na hipótese do inciso II (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso II, e § 2º, Decreto-Lei nº 34, de 1966, art. 2º, alteração 1ª, e Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 37, inciso I);

Aduz que a mercadoria não transitou pelo estabelecimento da Bahia, por se tratar de uma operação de venda à ordem prevista no RICMS/BA, conforme dispositivo abaixo transcrito:

Da Efetiva Saída de Mercadoria Objeto de Venda à Ordem

Art.413. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria a terceiro, deverá ser emitida Nota Fiscal:

I - pelo adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, em nome do destinatário das mercadorias, consignando-se, além dos demais requisitos, o nome do titular, o endereço e os números de inscrição estadual no CGC, do estabelecimento que irá efetuar a remessa;

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão "Remessa por conta e ordem de terceiro";

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da Nota Fiscal de que trata o inciso anterior, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do seu emitente;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão "Remessa simbólica - venda à ordem";

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da Nota Fiscal prevista na alínea anterior, bem como o número de ordem, a série, a data da emissão e o valor da operação constante na Nota Fiscal de simples faturamento.

Não concordou com a conclusão da fiscalização no sentido de que para ocorrer a comercialização faz-se necessário que as mercadorias transitem fisicamente pelo estabelecimento do vendedor, com base em conceitos de “comercialização” extraídos de dicionários. Para comprovar que a operação Venda à Ordem realizada pelo estabelecimento está amparada no art.51, do RICMS/97, diz ter anexado cópia da Nota Fiscal nº 6745.

Transcreveu o art.51, I, “c”, do RICMS/97, para argumentar que o referido dispositivo regulamentar não exige que as mercadorias devam transitar fisicamente pelo estabelecimento vendedor das mercadorias, conclusão que diz está albergada no artigo 5º, incisos II e XXXIX, da CF/88.

Ao final, requer a improcedência do auto de infração.

O autuante, em sua informação fiscal à folha 79, rebateu as razões defensivas dizendo que o auto de infração refere-se a benefício fiscal utilizado irregularmente, tendo em vista que o estabelecimento é uma filial atacadista de uma indústria situada no Estado de Minas Gerais. Explica que o estabelecimento localizado em Minas Gerais remete as mercadorias diretamente para os contribuintes no Estado da Bahia, conforme notas fiscais às fls.10 a 47, através de uma remessa por conta e ordem, com o benefício do art.51, do RICMS/97, que se refere a indústria localizada na Bahia, utilizando o artifício que possui estabelecimento filial atacadista, porém, não emitiu as notas fiscais, nem as mesmas passam por esta filial, conforme se verifica nas notas fiscais anexas.

Salientando que o autuado não apresentou nenhum fato novo ou prova de que atua como atacadista na Bahia, manteve o seu procedimento fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigência do recolhimento do ICMS pelo destaque do imposto a menos, em documento fiscal, sob acusação de que houve a aplicação indevida da alíquota de 7%, nas operações de “venda a ordem” realizadas para contribuintes neste Estado.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuante exigiu o imposto referente ao destaque a menos da alíquota, no trânsito de mercadorias, em razão de o defendente ter aplicado a alíquota de 7%, nas operações de comercialização realizadas através das notas fiscais especificadas no quadro abaixo, sendo exigida a diferença entre o imposto devido à alíquota de 17% menos o imposto destacado no documento fiscal.

A conclusão fiscal está fundamentada no seguinte: a Unocann em Minas Gerais emitiu a nota fiscal para contribuinte localizado neste Estado, sem o destaque do imposto, com natureza da operação “Remessa por conta e ordem de terceiro”. O estabelecimento autuado emitiu outra nota fiscal idêntica em nome do mesmo adquirente no Estado da Bahia, natureza da operação “Venda a ordem”, com o destaque do imposto à alíquota de 7%.

Emissão	Nota Fiscal		Valor	ICMS destacado	
	Remetente	Autuado		Aliq.	Valor
4/7/2008	159589	6993	1.695,08	7	118,66
4/7/2008	159587	6994	1.063,16	7	74,42
4/7/2008	159557	6997	5.328,78	7	373,01
4/7/2008	159575	6998	2.464,04	7	172,48
4/7/2008	159567	6999	4.890,79	7	342,36
4/7/2008	159569	7000	2.692,95	7	188,51
4/7/2008	159571	7001	940,14	7	65,81
4/7/2008	159565	7002	1.433,50	7	100,35
4/7/2008	159579	7003	1.584,52	7	110,92
4/7/2008	159577	7004	2.143,23	7	150,03
4/7/2008	159559	7005	1.132,65	7	79,29
4/7/2008	159585	7006	2.341,57	7	163,91
4/7/2008	159561	7007	1.304,90	7	91,34
4/7/2008	159583	7008	943,38	7	66,04
4/7/2008	159581	7009	737,00	7	51,59
4/7/2008	159573	7010	4.235,65	7	296,50
4/7/2008	159563	7011	5.439,01	7	380,73
TOTAIS			40.370,35	7	2.825,92

O art. 51, inciso I, alínea “c” do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, só autoriza a aplicação da alíquota de 7% quando se tratar de mercadorias saídas de quaisquer

estabelecimentos industriais, situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritos como tais no cadastro estadual, excetuando as substituídas e as supérfluas. Contudo o § 1º do citado dispositivo regulamentar, equipara a indústria a estabelecimento atacadista neste Estado.

Verifico que está caracterizada, conforme demonstrativo, acima alinhado, a operação de venda por conta e ordem, prevista no art. 413 do RICMS/BA. É da essência desse mecanismo a não ocorrência da circulação física da mercadoria no estabelecimento que ordena a venda, que, no presente caso é o autuado. Assim, a não ser que fosse descaracterizada a operação de venda por conta e ordem, acima referida, o que não ocorreu, não há como se imputar ao autuado a exigência da utilização da alíquota menor do que a legalmente devida no caso em questão.

Isso posto, considero improcedente a exigência relativa a infração, tendo em vista, inclusive o disposto no art. 51, § 1º, do RICMS/BA, que equipara o estabelecimento a estabelecimento industrial a filial atacadista, neste Estado, que exerça o comércio de produtos industrializados, por outro estabelecimento da mesma empresa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279466.0114/08-2, lavrado contra **UNOCANN TUBOS E CONEXÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR