

A. I. Nº - 210316.3004/16-3
AUTUADO - LATÍCINIO DACHACARA LTDA. (QUEIJO DACHACARA)- EPP
AUTUANTE - JOSÉ ALMIR GOMES AMORIM
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-01/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida a antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado. Assim sendo, o autuado na condição de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional está obrigado a efetuar o pagamento do ICMS referente à antecipação parcial, conforme exigido na autuação. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 03/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$148.801,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de efetuar recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

O autuado apresentou defesa (fls. 27 a 34 dos autos). Esclarece que tem sua sede matriz na Fazenda Volta Grande S/N - Distrito de Timorante município de Bandeira-Minas Gerais, onde o fornecimento de energia elétrica sofre avarias com frequência, conforme documentos comprobatórios nos ANEXOS 1 e 2, sendo necessário o armazenamento de seus estoques nas filiais, que estão localizadas nas cidades, cujo fornecimento de energia é assegurado. Sendo assim transfere para suas filiais, os seus produtos: queijo tipo mussarela, manteiga e pão de queijo.

Registra que a matriz é empresa constituída no Estado de Minas Gerais há vários anos, tendo destaque na industrialização e comercialização de produtos de Laticínio Inspeccionados pelo Ministério da Agricultura. Diz que sempre primou pela observância das exigências legais de seu ramo de atividade, sendo tal fato demonstrativo de suas qualidades empresariais.

Consigna que sempre procurou cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, apesar das várias dificuldades que assomam aos empresários do país, tendo a autuação em lide incorrido em erro que a torna nula.

Salienta que se trata de empresa optante pelo Simples Nacional, regime único de arrecadação, conforme a Lei complementar nº 123 de 14/12/2006 consolidado na Lei complementar nº 147/2014.

Aduz que em conformidade com o art. 18, § 3º, da Lei complementar nº 123/2006, as empresas optantes pelo Simples Nacional recolhem seus tributos de acordo com a Receita Auferida. Acrescenta que como as transferências, em regra não implicam em receitas para estas empresas, visto que representa somente um deslocamento de mercadoria do estoque entre estabelecimento do mesmo titular, estas não geram tributação de ICMS.

Assinala que instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 o atual Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional - consiste em um tratamento tributário diferenciado, que implica, normalmente, em uma carga tributária menor de tributos a recolher, bem como na simplificação do cumprimento de obrigações acessórias.

Diz que como se trata de um tratamento diferenciado é natural que o Fisco estabeleça procedimentos mais específicos, inclusive em relação às operações de circulação de mercadorias, sujeitas à tributação do ICMS. Acrescenta que diferentemente das empresas do regime normal de tributação - lucro presumido ou real - os contribuintes optantes pelo Simples Nacional estão dispensados de certas exigências fiscais.

Consigna que conforme o ANEXO 3, abordará algumas operações de circulação de mercadorias sob a sua ótica e também alguns aspectos quanto à emissão dos documentos fiscais.

Destaca que muitas das orientações fiscais destinadas aos contribuintes optantes por este regime tributário encontram-se dispostas na Resolução nº 094/2011, emitida pelo Conselho Gestor do Simples Nacional, que aborda vários aspectos deste regime simplificado, como inscrição, atividades permitidas, obrigações acessórias, situações de exclusão, dentre outros.

Observa que as transferências realizadas por contribuintes do regime de tributação Simples Nacional contém sua orientação de preenchimento da NF-e na versão 2.02 (leiaute NF-e 3.10) de 04/02/2015, conforme transcrição que apresenta:

Natureza da operação: Transferência de produção do estabelecimento.

CFOP: 6151

ICMS = Sem o Destaque do Imposto

O código "400" refere-se a quaisquer operações realizadas que não geram Receita Bruta nos termos da LC 123/2006, consequentemente, não serão tributadas no Simples Nacional.

- Operações de transferência de mercadoria entre matriz e filial mesmo que entre Unidades da Federação distintas.

Observações: mencionar no documento fiscal as seguintes expressões: "DOCUMENTO EMITIDO POR ME OU EPP OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL" e "NÃO GERA DIREITO A CRÉDITO FISCAL DE IPI".

Esclarece que a informação acima foi extraída do artigo 57, § 2º, da Resolução nº 094/2011 do Conselho Gestor do Simples Nacional.

Registra que no art. 57, § 2º, Resolução nº 094/2011 do Conselho Gestor do Simples Nacional, observou ainda que também não são tributadas as remessas em transferência mesmo que em operações interestaduais, em razão do próprio disposto da Lei complementar nº 123/2006.

Diz que ao transferir mercadorias do seu estabelecimento situado no Estado da Bahia para o Estado de Minas Gerais, e, vice versa, gerou o equivocado entendimento do Fisco Baiano de que tais operações estão sujeitas à incidência do ICMS.

Afirma que se trata de efetiva transferência de mercadoria (estoque) entre estabelecimentos da mesma empresa, com aplicação da Súmula 166 do STJ, cujo teor é o seguinte: *"Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte"*.

Ressalta que a Constituição Federal em seu art. 155, I, "b" dispõe que o ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e à prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação. Assim, para que ocorra a incidência do ICMS, é imprescindível que haja uma operação relativa à circulação de mercadorias. Alega que na hipótese não houve operação, mas sim mera transferência, por conseguinte, não há a incidência do imposto.

Sustenta que não constitui fato gerador do ICMS as transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, ainda que deslocados entre diferentes Estados.

Observa que a regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, no art. 155, cuja redação reproduz.

Afirma que sem mudança de titularidade da mercadoria, descabe falar-se em tributação por meio de ICMS. Acrescenta que o ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais.

Assevera que, dessa forma, muito embora tenha havido a saída física da mercadoria de um para outro estabelecimento da mesma empresa, não há hipótese de incidência de ICMS, pois referida saída não pode ser entendida como uma operação de circulação de mercadoria, não se materializando a hipótese, critério material, definida no art. 156, II, da CF.

Menciona que a incidência de ICMS na circulação de mercadoria depende da mudança de sua titularidade, o que não ocorreu na espécie. Alega que as transferências realizadas pela empresa não podem ser tipificadas nas normas tributárias elencadas no Auto de Infração, como quer fazer crer o Fisco, porque o mero deslocamento de mercadorias entre filiais não gera fato gerador para a incidência de ICMS. Acrescenta que, nesse caso, sem dúvida, é manifesta a ilegalidade da cobrança do ICMS, porque se trata de mero deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, não constituindo fato gerador do ICMS, a teor da Súmula nº 166 do STJ. Registra que o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica de que a circulação de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, situados em Estados distintos da Federação, ou no mesmo Estado, não constitui fato gerador do ICMS.

Observa que a exigibilidade do tributo restará suspensa, haja vista o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo art. 151 do CTN. Transcreve o referido artigo. Diz que em face da interposição da defesa, as multas impostas no Auto de Infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Alega que a carga tributária é pesada. Diz que habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói o País. Acrescenta que tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresa nacionais, sujeição à tributação confusa do ICMS.

Assinala que ao proceder à transferência de produtos, a empresa é obrigada a recolher o ICMS com aplicação da sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais. Ou seja, a Receita Estadual neste caso pode ser comparada as grandes instituições financeiras, que "trabalham" com o dinheiro dos correntistas, pois o ICMS sobre a Transferência é cobrado da empresa antecipadamente, i.e., na entrada do produto no Estado, momento no qual a Receita Estadual utiliza-se do montante arrecadado. Acrescenta que posteriormente, a mesma Receita Estadual repassa este valor na forma de crédito a ser debitado nos livros fiscais, causando burocracia desnecessária e comumente usada no país com a única finalidade de atravancar todo o sistema.

Menciona que é consabido que nas aquisições, as empresas optantes pelo Simples Nacional não se creditarão deste imposto.

Aduz que no caso em tela, verifica-se que, apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Alega que não recolhendo, e também não se creditando dos valores de ICMS, inexistente obrigação tributária, comprometendo assim a validade do Auto de Infração em lide.

Consigna que essa confusão tributária torna-se mais grave ainda no presente caso, haja vista a preliminar acima arguida, e aos valores que incidiram sobre a obrigação principal, conforme demonstram as razões que passa a expor.

Salienta que o valor alocado pela autuação e as multas impostas são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial quer pelas condições financeiras. Diz que o art. 150 da Constituição Federal sedimenta a sua pretensão. Reproduz o referido dispositivo constitucional.

Assinala que a multa imposta na autuação, acrescida ao suposto valor principal da obrigação, sofre a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e uma

onerosidade ilícita. Afirma que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, o qual não consta no Auto de Infração. Diz que o Decreto nº 33.118 de 14 de março de 1991, determina no seu art. 630 que: *O imposto, quando não pago até o dia indicado na legislação, fica sujeito a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração não capitalizáveis que incidirão (Lei nº 6.374/89, artigo 96)"*.

Alega que os juros de mora, por sua vez, atingem o valor corrigido da obrigação tributária acrescida da multa, restando visível que foram praticados em excesso, dado que os juros convencionais das penalidades brasileiras, conforme disposto pelo Código Tributário Nacional é de 1% (um por cento) ao mês.

Aduz que se poderia até refugiar-se nas Leis e Decretos produzidos pelo próprio interessado, esquecendo-se do conceito de que Lei, para ter valia, precisa e deve ser legal, moral e constitucional.

Conclui que, desse modo, se mantida a autuação, o que, tendo em vista as provas anexadas, entende não ser viável, precisa e deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 96 do CTN.

Acrescenta que, em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 72 a 81). Reproduz na íntegra a defesa apresentada pelo autuado. Esclarece que o Auto de Infração foi lavrado em 03/06/2016, com o uso do programa de fiscalização PRODIFE (Processador de Documentos e Informações Fiscais Eletrônicas) com as seguintes informações:

- 4.1 - Arquivos SEFAZ
 - 4.1.1 - INC Fiscal – Recolhimentos.
 - 4.1.2 - Notas Fiscais Eletrônicas, exercícios 2013, 2014 e 2015.
 - 4.1.3 - SCOMT
- 4.2 - Planilhas PRODIFE
 - 4.2.1 - Resumo da Escrituração Fiscal
- 4.3 - Arquivos do Contribuinte
 - 4.3.1 - Livro de Registro de Entrada

Esclarece que após a realização dos referidos batimentos, foram gerados os seguintes Demonstrativos: 1 - Demonstrativo 2 - Antecipação Parcial; 2 - Demonstrativo 2.2 - Resumo - Falta de pagamento ICMS devido por Antecipação Parcial; 5 - Demonstrativo 3C - Cálculo Índice de proporcionalidade por base aquisição de mercadorias constates Notas Fiscais Eletrônicas.

Diz que ao verificar as alegações defensivas e tomando como base o que determina o art. 12-A da Lei Estadual nº 7.014/96 com o art. 321, inciso VII, alínea "b" do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, cuja redação transcreve, convicto das suas ações e baseado no que determina a lei, mantém a autuação na sua integralidade.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente da falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Inicialmente, cumpre consignar que não vislumbro no lançamento de ofício em tela qualquer vício ou falha que o inquene de nulidade. O erro aduzido pelo impugnante indubitavelmente se trata de mérito, cuja análise será realizada a seguir.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, observo que a alegação defensiva de que não incide o ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa optante pelo Simples Nacional é procedente.

Efetivamente, conforme aduzido pelo impugnante, o art. 57, § 2º, da Resolução nº 094/2011 do Conselho Gestor do Simples Nacional, dispõe que não são tributadas as remessas em transferência realizadas por contribuinte optante do Simples Nacional, mesmo que em operações interestaduais. Significa dizer que a operação de saída realizada pelo contribuinte optante do Simples Nacional se dá sem destaque do imposto.

Vale registrar que a não incidência do imposto nas transferências de mercadorias realizadas por contribuintes optantes pelo Simples Nacional, ocorre em face do tratamento tributário dispensado pelo referido Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, e não por não haver incidência nas transferências interestaduais de forma genérica.

Isso porque, é indubitoso que a legislação tributária do Estado da Bahia, em consonância com as disposições da Lei Complementar nº 87/96, determina a incidência do imposto nas transferências interestaduais, haja vista que os estabelecimentos são considerados autônomos com fundamento no art. 11, §3º, II, da Lei Complementar nº 87/96.

A alegação defensiva de que não há incidência de ICMS conforme a Súmula nº 166 do STJ, já foi objeto de diversas autuações, sendo que o entendimento prevalecente neste CONSEF aponta no sentido de que a Súmula 166 do STJ não vincula os atos administrativos deste Estado, bem como não afasta a aplicabilidade da legislação tributária pertinente, prevista no art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96, que considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, cuja disposição foi recepcionada no art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96. Vale assinalar que este entendimento tem o apoio da PGE/PROFIS.

Diante disso, resta claro que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica se encontra no campo de incidência do ICMS, falecendo competência a este órgão julgador administrativo para apreciação da ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação tributária vinculante, conforme estabelece o art. 125, I, da Lei nº 3.956/81.

Ocorre que, no presente caso, a exigência fiscal de que cuida o Auto de Infração não está reclamando o imposto decorrente da operação de saída - transferência - mesmo porque, se fosse o caso de exigir-se o imposto decorrente da saída em transferência, o sujeito ativo da relação tributária seria o Estado de origem, no caso Minas Gerais, jamais o Estado da Bahia, pois seria um caso típico de ilegitimidade ativa.

Na realidade, o que se exige na autuação em tela é o ICMS Antecipação Parcial referente à entrada da mercadoria no Estado da Bahia, consoante determina o art. 12-A da Lei Estadual nº. 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida a 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.

Já o art. 321, inciso VII, alínea “b”, do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, estabelece que:

Art.321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

[...]

VII – nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e no Distrito Federal;

[...]

b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273, 274 e 275.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos acima reproduzidos o ICMS Antecipação Parcial é devido por qualquer contribuinte, **independentemente do regime de apuração adotado**, portanto, inclusive aquele optante pelo Simples Nacional, conforme é o caso do autuado.

Diante disso, não resta dúvida que a autuação se apresenta correta, sendo subsistente a infração.

No que tange a arguição defensiva atinente à multa e aos acréscimos tributários, consigno que se trata de multa prevista no art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96, bem como de acréscimos tributários também previstos em lei estadual, no caso a Lei nº 3.956/81 - Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), sendo vedado a este órgão julgador administrativo apreciar a inconstitucionalidade ou mesmo negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Registro que por se tratar de multa decorrente de descumprimento de obrigação principal a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução é da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210316.3004/16-3**, lavrado contra **LATÍCINIO DACHACARA LTDA. (QUEIJO DACHACARA)- EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$148.801,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR