

PROCESSO - A. I. Nº 210316.3004/16-3
RECORRENTE - LATICÍNIO DACHÁCARA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0222-01/16
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/10/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0244-11/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. CONTRIBUINTE INSCRITO NO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A antecipação parcial incide nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, inclusive a título de transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) proferida por meio do Acórdão nº 0222-01/16, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado no dia 03/06/2016 para exigir ICMS no montante de R\$148.801,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento da antecipação parcial, na condição de contribuinte optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 28/11/2016 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 88 a 93), nos seguintes termos:

"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 incorrência 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."

Respalhado no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 108 a 115, no qual inicia informando que é uma empresa de pequeno porte com matriz no Município de Bandeira-MG, cujo objeto social é a fabricação de manteigas, queijos e laticínios em geral. Por motivos operacionais, opta por armazenar os produtos no Município de Vitória da Conquista-BA.

Preliminarmente, requer a declaração de nulidade por insegurança na determinação da infração, uma vez que entende não existirem fatos geradores do imposto. As saídas, a seu sentir, se deram por meras transferências, nos termos da Súmula nº 166 do STJ, e não a título da comercialização prevista no art. 155, II da CF/1988.

No mérito, transcreve doutrina e jurisprudência e reitera a inexistência de circulação jurídica de

mercadorias, uma vez que as transferências foram efetuadas entre estabelecimentos de mesma titularidade. Destaca os fatos de o destinatário ser optante do Simples Nacional e de recolher os tributos com base na receita total auferida (art. 18, § 3º da LC nº 123/2006). As operações auditadas não geraram lucro ou qualquer tipo de receita, motivo pelo qual argumenta ser indevida a cobrança de ICMS e de multa.

Pleiteia a suspensão da exigibilidade do crédito, a produção de todas as provas admitidas e encerra requerendo provimento.

VOTO

A presente exigência fiscal tem amparo nos artigos 12-A da Lei nº 7.014/1996 e 321, VII, "b" do RICMS-BA/2012. Trata-se da antecipação parcial do ICMS incidente sobre as vendas internas do recorrente para os seus clientes, e não de tributo sobre as saídas anteriormente efetivadas no Estado de Minas Gerais, inclusive porque a Bahia não tem capacidade tributária ativa para fiscalizá-lo.

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.

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.

A antecipação parcial incide nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, inclusive a título de transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade. Equivoca-se o sujeito passivo ao suscitar a invalidade do Auto de Infração em razão do tratamento jurídico a ser conferido às saídas que lhes deram causa, que inclusive não está em lide.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, o art. 321, VII, "b" do RICMS-BA/2012, acima transcrito, ao qual esta Câmara não pode negar eficácia, conforme dispõe o art. 167, III do RPAF-BA/1999, estabelece que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido por antecipação parcial, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese a boa fundamentação do i. Relator, divirjo do seu posicionamento quanto ao entendimento da aplicação do art. 12-A da Lei nº 7.014/1996, que serviu de base para a presente autuação fiscal.

Ora, deixou claro o relator que 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.

Ocorre que, como restou demonstrado no processo e nas alegações de defesa da recorrente, essas entradas de mercadorias no Estado baiano se deram por motivos operacionais, objetivando a armazenagem dos produtos no Município de Vitória da Conquista - BA.

O art. 12-A diz que:

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. (grifo meu).

No caso em apreço, estamos diante de saídas de mercadorias que configuram remessas, não existindo a comercialização de tais produtos. A letra da lei é clara ao determinar que é devida a antecipação parcial nos casos de aquisições. Não há que se falar em aquisições quando o que há são remessas de mercadorias, sem finalidade de mercancia, mas sim de armazenagem, como restou demonstrado.

Assim, tal determinação legal do art. 12-A da Lei nº 7.014/1996 não deve prosperar, visto que, no caso em análise, sua aplicação encontra guarida com os fatos ocorridos.

Deste modo, acato a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente, entendendo pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210316.3004/16-3**, lavrado contra **LATICÍNIO DACHÁCARA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva e João Roberto Sena da Paixão.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS