

PROCESSO - A. I. Nº 299167.0004/21-0
RECORRENTE - ESPAÇO & FORMA MÓVEIS E DIVISÓRIAS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0124-01/21-VD
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-11/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado ser a autuada filial atacadista de estabelecimento industrial o que lhe confere o direito de recolhimento do tributo a título de substituição tributária quando das saídas das mercadorias recebidas em transferência de outros estabelecimentos da mesma empresa. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pela autuada, em virtude do julgamento proferido pela 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 299167.0004/21-0, lavrado em 08.02.21, ciente em 08.02.21, via DTE, no valor original de R\$25.247,98, pelo cometimento de uma única infração, assim descrita:

Infração 01 – 07.01.02

Efetuu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior.

Consta como complemento:

Referente às entradas em transferências da filial situada no Distrito Federal - fechaduras, dobradiças, parafusos e rebite, conforme demonstrativo “EspaçoForma_Anexo_AT”, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.

Após analisar o Auto de Infração, a Defesa apresentada pela autuada, protocolada em 09.04.21, fls. 17 a 31, a Informação Fiscal apresentada pela autuante, protocolada em 12.05.21, em sessão de 23.07.21, através o Acórdão JJF nº 0124-01/21VD, fls. 106 a 110, assim se pronunciou a Junta Julgadora:

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de recolhimento a menos de ICMS-ST devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Inicialmente, observo que o autuado consigna que a autuante apurou o ICMS-ST que entendeu devido e cotejou os valores recolhidos pela empresa mediante DAE- Documento de Arrecadação Estadual, sendo que nos meses em que o valor apurado pela autuante se apresentou maior do que o recolhido, procedeu ao lançamento da diferença. Ou seja, o próprio autuado admite que recolheu o ICMS-ST referente às notas fiscais de transferências arroladas no levantamento levado a efeito pela autuante, conforme demonstrativo acostado às fls. 7 a 11 dos autos, contudo, a autuante acusa na sua apuração o recolhimento a menos.

Por certo que os recolhimentos do ICMS-ST efetuados pelo autuado, em todo o período objeto da autuação, no caso janeiro a março, maio a agosto, outubro a dezembro de 2020, contradiz a sua alegação de estar desobrigado de recolher o imposto por antecipação, por se tratar de filial atacadista.

Portanto, a alegação defensiva de exercer atividade de comércio atacadista e não varejista - situação que não se confirma nos registros cadastrais existentes nos sistemas da SEFAZ/BA, haja vista que tanto a atividade

principal quanto a atividade secundária constam como comércio varejista – resta afastada, em face aos recolhimentos efetuados pelo próprio autuado.

Verifica-se que o autuado é sabedor de que as mercadorias arroladas na autuação estão sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 289, c/c Anexo 01 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, sendo o código NCM das referidas mercadorias 73181400, 76161000, 83014000 e 83021000.

Do mesmo modo, é conhecedor que em não sendo o Distrito Federal signatário dos Protocolos ICMS nº. 104/09 e 26/10, o estabelecimento industrial da empresa de CNPJ nº 37.977.691/0007-83, remeteu as mercadorias que fazem parte da autuação sem a retenção do ICMS, de modo que lhe caberia efetuar o recolhimento do ICMS-ST quando da entrada das mercadorias, o que, registre-se, foi feito, porém, em valor inferior ao devido - conforme a acusação fiscal.

Portanto, resta afastada a discussão sobre a obrigatoriedade do autuado em efetuar o recolhimento do ICMS-ST, nas transferências recebidas do estabelecimento industrial da empresa localizado no Distrito Federal.

O autuado alega a existência de erro incorrido pela autuante na aplicação da MVA Ajustada, haja vista que, em vez de calcular o ICMS ST utilizando diretamente a MVA ajustada, prevista no Anexo 1, a utilizou para efetuar um novo ajuste, majorando indevidamente o percentual aplicado.

Nesse sentido, o autuado apresentou um exemplo atinente à Nota Fiscal nº. 85818, na qual, aplicada a MVA ajustada prevista no Anexo 1, a base de cálculo do ICMS-ST corresponderia a R\$26,14, contudo, no demonstrativo elaborado pela autuante, a base de cálculo encontrada soma R\$28,05.

Observa que para fins da quantificação do valor de R\$28,14, apontado como devido, a autuante adotou a MVA de 66,996% para encontrar a respectiva base de cálculo do ICMS por antecipação, quando deveria ter aplicado a MVA de 55,61%.

A análise do demonstrativo elaborado pela autuante, acostado às fls. 7 a 11 dos autos, permite constatar que, na realidade, na coluna “MVA %” consta o percentual correto de 55,61%, contudo, na coluna “B.Cálculo A.Tributária”, consta, de fato, o valor de R\$28,05, conforme aduzido pelo autuado.

Observo que isso decorreu do fato de a autuante haver incorrido em equívoco na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, haja vista que o referido cálculo foi realizado de forma diversa da prevista no art.23, II, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei nº. 7.014/96, cuja redação é a seguinte:

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

[...]

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.*

O exame de outros itens constantes no demonstrativo elaborado pela autuante, deixa claro que todas as MVAs indicadas na coluna “MVA %” estão corretas, haja vista que constantes do Anexo 1 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, porém, efetivamente, os valores resultantes da aplicação das referidas MVAs que foram consignados na coluna “B.Cálculo A.Tributária”, é que estão equivocados, ou seja, são valores distintos dos que deveriam resultar dos cálculos corretos.

Diante disso, com a aplicação das MVAs corretamente adotadas pela autuante, e a correção dos equívocos de cálculos existentes nos demonstrativos, o valor do ICMS-ST devido passa para R\$21.587,27, conforme novo demonstrativo acostado às fls. 95/104 dos autos, inclusive em disco de armazenamento (CD), acostado à fl.105.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Tendo ciência da decisão acima prolatada, a Recorrente, inconformada e tempestivamente, devidamente assistida juridicamente por Dra. Rosany Nunes de Mello Nascimento, OAB/BA nº 23.475, protocolou em 10.11.21, Recurso Voluntário, fls. 118 a 138 do processo, pugnando pela reforma da mesma pelas razões objeto de minha análise.

De início, em sua peça recursiva, a Recorrente diz estar a mesma amparada pelo disposto no RPAF/BA, artigo 169, alínea “b”, pelo que, apto a ser apreciado por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Adentrando à lide, a Recorrente apresenta DOS FATOS onde diz ser a empresa uma sociedade empresarial que tem por objetivo social o comércio atacadista e varejista de painéis celulares para divisórias, armários, móveis em geral e materiais de construção, bem como o beneficiamento de placas de isopor para forro, sequenciando com a reprodução do teor o da infração que lhe foi imputada.

Diz da metodologia utilizada pela autuante destacando a cobrança pretendida com base nas diferenças que apurou entre os valores apurados nos recolhimentos efetuados e aqueles que seriam devidos com base nos dispositivos legais que determinam, segundo o entendimento da mesma.

Aponta que as diferenças apuradas dizem respeito, exclusivamente, aos valores calculados a título de Substituição Tributária sobre mercadorias objeto de transferência oriundas de outro estabelecimento da empresa, situado no Distrito Federal, cuja atividade principal, conforme constante em seu CNPJ, tem o CNAE – 16.22.6.02 – Fabricação de Esquadrias de Madeira e de peças de madeira para instalações industriais e comerciais.

Considerando tratar-se de transferências em que o estabelecimento remetente tem como atividade principal a industrialização e o destinatário, no caso a Recorrente, ter como atividade o comércio destes produtos recebidos, afirma não haver a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS ST a título de Antecipação, conforme estabelecido na Lei nº 7.014/96, 8º, § 8º, inciso I.

Pugna por este direito, muito embora, como afirma em sua peça recursal, não conste em seu cadastro junto à SEFAZ BAHIA o objetivo de comércio atacadista, mas que a prática em realidade, conforme demonstram documentos carreados ao processo, e, complementa: *“Além dos aspectos atinentes à improcedência do lançamento, os demonstrativos elaborados pela fiscalização continham erros de fato, consistentes na utilização de Margem de Valor Agregado - MVA aplicada para calcular o ICMS-ST, em percentual maior do que os estabelecidos no Anexo I do Decreto n.º 13.780/12 – RICMS/BA”*.

Comenta a respeito da decisão proferida pela Junta Julgadora em não reconhecer o direito ao não recolhimento do ICMS ST antecipadamente, assim como ao não acatar o que diz ter comprovado de erro na utilização pelo autuante de percentual do MVA em valor superior ao estabelecido no Anexo I do RICMS/BA.

Diz da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal que, analisando os questionamentos a respeito das transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, definiu que não ocorre a tributação do ICMS, por não ocorrer *“transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia”*.

Reforça sem entendimento destacando não haver a Junta Julgadora considerado o fato de a Recorrente, em realidade, exercer a atividade de comércio atacadista, muito embora não conste em seu cadastro junto aos órgãos fiscais.

Sequenciando, a Recorrente, passa a tratar do DIREITO, destacando **DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS**.

Dentro da preliminar acima, a Recorrente, comenta a respeito do que dispõe a LC 87/96, no artigo 12, que prevê a tributação incidente sobre transferências entre estabelecimentos pertencentes à mesma empresa e o reconhecimento por parte do STF da inconstitucionalidade de tal dispositivo ao analisar o Agravo em Recurso Extraordinário - AgRE n.º 1.255.885 e da Ação Direta de Constitucionalidade - ADI n.º 49, quando assim decidiu: ***“não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizado em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia”***.

Destaca o decidido na apreciação da ADI nº 49, cuja ementa transcreve, que vem no mesmo sentido do decidido sobre o AgRE nº 1.255.885, o que vem a repercutir nos ditames estabelecidos na legislação estadual, no caso do Estado da Bahia, a Lei nº 7.014/96.

Cita que, ocorrendo Embargos de Declaração por parte da Fazenda com pedido de modulação dos efeitos da decisão acima comentada, ainda não definidos, diz não haver dúvidas da amplitude e abrangência da não incidência do ICMS sobre tais operações e destaca o posicionamento do ministro Dias Toffoli, que transcreve.

Afirma que, em face do decidido pelo STF, apesar de não haver decisão quanto à modulação dos seus efeitos, não resta dúvida quanto o direito de não se efetuar o recolhimento de tributos em tais operações.

Analisando a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS ST no Estado da Bahia, apresenta, com transcrição, o que está disposto no RICMS/BA, artigo 289, assim como excertos do Anexo I do mesmo regulamento, estendendo sua análise, novamente, ao que determina a Lei nº 7.014/96, no artigo 8º e ao fato de o Distrito Federal não ser subscritor dos Protocolos ICMS de nº 104/09 e nº 26/10.

De relação ao artigo 8º da Lei nº 7.014/96, transcreve-o, como abaixo:

“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;”. (g.n.).

Volta a destacar o não reconhecimento deste direito, que diz ter, por parte da Junta Julgadora, em face do disposto no dispositivo acima transcrito, muito embora tenha efetuado recolhimentos do ICMS ST em relação a produtos acobertados pelos NCM's 73181400, 83014000 e 83021000, mas, em operações de aquisição a terceiros, que não por transferências.

Volta a destacar a forma de operação por ela praticada, comércio atacadista, afirmando: *“Não olvida a Recorrente que o CNAE de comércio atacadista não consta de seu cadastro perante o CNPJ, fato este apontado pela ilustre Junta de Julgamento. Entretanto, é preciso observar que a indicação nos registros cadastrais não pode se revestir de caráter absoluto e nem pode ser analisado isoladamente, como procedeu o julgador de primeira instância”.*

Informa a Recorrente que a filial da empresa, objeto da presente autuação tem, desde o seu início, conforme arquivamentos de peças contratuais efetuados na Junta Comercial do Distrito Federal, dentre as suas atividades o “comércio atacadista”, embora, por erro/omissão quando da efetuação do cadastramento na SEFAZ BAHIA, este objetivo não tenha sido destacado.

Reforçando seu pensamento, a Recorrente, apresenta Nota Explicativa constante na apresentação do IBGE/CONCLA, ao abordar as atividades de comércio atacadista e comércio varejista:

“O comércio atacadista revende mercadorias novas ou usadas, sem transformação, a varejistas, a usuários industriais, agrícolas, comerciais, institucionais e profissionais, ou a outros atacadistas; ou atua como representante comercial ou agente do comércio na compra ou venda de mercadorias a esses usuários.

No comércio atacadista, distinguem-se dois tipos de atividades: o atacadista que compra a mercadoria que revende, o atacadista representante ou agente do comércio, que, sob contrato, comercializa em nome de terceiros, inclusive operando o mercado eletrônico via internet. Estas atividades são desenvolvidas por comerciantes atacadistas, distribuidores de produtos industriais, exportadores e importadores, comissários, agentes de fábricas, compradores itinerantes e cooperativas que comercializam produtos agrícolas.

O comércio varejista revende mercadorias novas e usadas, sem transformação, principalmente ao público em geral, para consumo ou uso pessoal ou doméstico.”. (g.n.).

Afirma a Recorrente que, conforme demonstrado nas planilhas acostadas ao processo (Doc. 01), as saídas por ela promovidas, destinam-se, em sua maioria quase absoluta, a contribuintes do ICMS,

identificando-os, assim como as chaves de acesso das notas fiscais que serviram de base para a autuação, anexando, também, o Doc. 02 onde relaciona as vendas efetuadas de todos os produtos comercializados no exercício de 2020, e, também o DRE – Demonstrativo de Resultados do Exercício, demonstrando o seu faturamento.

E cita clientes a que efetuou vendas dos produtos objeto de sua comercialização, fabricados pelo estabelecimento remetente, apresentando cópias do cadastro dos mesmos no CNPJ demonstrando serem contribuintes que utilizam ou adquirem para fins comerciais ou de aplicação em obras de construção civil.

Retornando à postulação de não obrigatoriedade do recolhimento do ICMS ST nas operações objeto da autuação, afirma a Recorrente:

“Assim é que, a despeito da omissão cadastral apontada, há de ser reconhecido o exercício da atividade de comércio atacadista por parte do estabelecimento Recorrente, uma vez que: (i) nos termos do contrato social, a atividade de comércio atacadista se constitui em atividade fim do estabelecimento; e (ii) os documentos trazidos aos presentes autos, atestam que a Recorrente também realiza vendas no atacado”.

E afirma que desconhecer este seu direito implica em não atender ao princípio da verdade material, destacando que vem ao seu favor o que está determinado no artigo 2º do RPAF, como abaixo transcrito:

“Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.”. (g.n.).

Diz mais ainda que manter a autuação no presente processo é promover o enriquecimento ilícito do Estado, transcrevendo julgados deste Conselho de Fazenda, e encerra sua peça recursal apresentando

DO PEDIDO

Ante o exposto, a Recorrente requer que:

Sejam acolhidas as razões de fato e de direito aduzidas no presente Recurso, de modo que o auto de infração seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE;

Que seja aceita a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligência fiscal, com o fito de atestar as alegações contidas na presente peça, bem assim de analisar a documentação ora colacionada.

VOTO

O presente processo, oriundo da autuação efetuada por preposto devidamente autorizado da SEFAZ/BA, diz respeito, em quase sua totalidade à obrigatoriedade da Recorrente recolher o ICMS ST, a título de Antecipação Tributária, nos termos do determinado pela Lei nº 7.014/96, artigo 8º, § 4º, e, artigo 23.

O determinado no artigo 8º, § 4º, está assim disposto:

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:

(...)

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarço aduaneiro, tratando-se de: a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária; b) demais mercadorias destinadas a contribuinte não inscrito ou desabilitado no cadastro ou sem destinatário certo;

II - no momento da constatação da existência de estabelecimento desabilitado no cadastro, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado;

E, o artigo 23, anotado como infringido pela Recorrente, assim dispõe:

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes:

a) o valor da operação, sendo esta tributada, quando o termo final do diferimento for a saída, do estabelecimento do responsável, da mercadoria ou do produto dela resultante, desde que não inferior ao valor de que cuida a alínea seguinte;

b) nas demais hipóteses, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído, incluídas todas as despesas que as tenham onerado;

Por sua vez, a Infração 01 está assim descrita: *Efetua o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior.*

Trata-se, pois, de cobrança do ICMS sobre operações antecedentes o que, desde logo, afasta a consideração de haver ou não a Recorrente tributado sob este regime as posteriores saídas destes produtos.

Necessário se torna, por ser motivo da decisão definida pela Junta Julgadora, que se entenda da obrigatoriedade de constar nos dados cadastrais da empresa o seu objetivo social.

Esta obrigatoriedade está disciplinada no Código Civil Brasil/2002, que assim determina:

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

Definido o objetivo social da empresa, o registro do seu Contrato Social no órgão competente é o que define as atividades que pode a mesma exercer e o Contrato Social da empresa em foco, registrado na Junta Comercial do Distrito Federal, sob nº 532.0062703-5, 02.03.93, com registro no CNPJ sob nº 37.977.691/0001-98, estabelece como atividade principal “Fabricação de esquadrias de madeira e de peças de madeira para instalações industriais e comerciais”.

Por sua vez, a filial estabelecida na Rua Baixa de Santo Antônio, 10, São Gonçalo do Retiro, nesta Capital, inscrita no CNPJ sob nº 37.977.691/0009-45, objeto do presente processo, tem como objetivo social, comprovado através instrumento de Consolidação Contratual, arquivada na Junta Comercial do Distrito Federal, sob nº 1078242, de 25.06.2018: **Cláusula Sexta (fl. 41). Doc. 02: “comércio atacadista e varejista de painéis celulares para divisórias, forros armários, beneficiamento, pintura e embalagem de placas de isopor para forros”.**

Configurado pois, legalmente, que a Recorrente pode exercer a atividade de comércio atacadista, independente de haver a identificação da mesma no cadastro da SEFAZ/BAHIA que tão somente identifica algumas das atividades indicadas pela mesma, o que não a impede do exercício de outras, nominadas ou não no referido cadastro.

Em se tratando de filial de indústria, o que não é contestado pela autuante nem pela Junta Julgadora, está a Recorrente desobrigada de efetuar o recolhimento do ICMS ST sob a forma de Antecipação Total sobre os produtos recebidos por transferência de outros estabelecimentos da mesma empresa, restando a obrigatoriedade de efetuar a Substituição Tributária quando das saídas dos produtos abrangidos, que não é objeto do presente processo.

À luz da legislação, a decisão de piso desonerou a Recorrente do recolhimento da diferença do ICMS ST a título de antecipação sobre os produtos abarcados pelos NCM's 73181400, 83014000 e 83021000, em vista da comprovação de inexistência de valores a serem cobrados sobre as operações que foram com as mesmas efetuadas, o que concordo.

Em vista do que se prova nos autos do processo, a não obrigatoriedade por parte da Recorrente de recolher o que se lhe determina, e a comprovação de que a mesma é estabelecida como “filial de indústria”, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário impetrado e julgo o Auto de Infração em comento IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299167.0004/21-0**, lavrado contra **ESPAÇO & FORMA MÓVEIS E DIVISÓRIAS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS -RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS