

N.F. Nº - 300449.0135/21-7
NOTIFICADO - MEGA THORRA DISTRIBUIDORA LTDA.
NOTIFICANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16.05.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0062-05/22NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. CRÉDITO LIMITADO. Falta de recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial antes da entrada de mercadorias no Estado da Bahia. Notificante atribuiu metodologia de cálculo imprópria. Nulidade amparada nos dizeres da Súmula do CONSEF de nº 01, que define que se terá como nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e compreensiva a demonstração do método aplicado para a apuração do tributo, ocasionando o cerceamento de defesa, tal qual a nulidade estabelecida no art. 18, inciso II do RPAF/99. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 20/08/2021, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$ 6.442,13**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 3.865,28, perfazendo um total de R\$ 10.307,41, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.005.008: Falta de recolhimento do ICMS, referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei de nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento da Antecipação Parcial na aquisição de jogo de cama, procedente de outra unidade da federação por contribuinte descredenciado, conforme DANFES de nºs. 23544, 23546 e 23589.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o demonstrativo memória do cálculo elaborado pelo Notificante (fl.03); **o Termo de Ocorrência Fiscal nº** 1294831132/21-0 (fls. 04 e 05); os Documentos Auxiliares do Conhecimento de Transporte Eletrônico– **DACTE** de nºs. 030.974, 030.975 e 030.985 (fls. 06 a 08); os **DANFES** das Notas Fiscais Eletrônicas – **NF-e de nºs. 023.544, 023.546 e 026.589** (fls. 09 a 11), emitidos, ambos, na data de 06/08/2021, pela Empresa FATEX INDL COML IMP E EXP LTDA., localizada no **Estado do Mato Grosso do Sul - MS**, tendo como **Natureza da Operação** – Remessa para Industrialização por Conta e Ordem do Adquirente da Mercadoria, carreando os produtos **“Jogo de Cama Colorido ART”** de NCM de nº. 6302.22.00, e tendo como destinatário a Empresa **MEGA THORRA DISTRIBUIDORA LTDA**, localizada no **Município de Juazeiro**, no Estado da Bahia, e endereço Rua do Líbano, S/N – Galpão 1 e 2, **CNPJ de nº. 32.111.581/0002-06** e, I.E. de nº. 162.936.449; o documento indicando que a Notificada se encontra **descredenciada com restrição de crédito** – Dívida Ativa (fl. 12); os documentos do veículo e do motorista (fls. 14 e 15).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 27 a 36), protocolizada na CORAP NORTE/PA SAC IRECE na data de 05/01/2022 (fl. 26).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua peça defensiva alegando a sua tempestividade, e no tópico “**Dos Fatos**” assinalou que o Notificante expediu a presente notificação em face da filial (depósito fechado), visando a cobrança de crédito tributário construído no importe total de R\$ 10.307,47 proveniente de **ICMS oriundo da operação realizada entre a Empresa FATEX e a Empresa MEGA THORRA DISTRIBUIDORA LTDA – matriz**, domiciliada na Paraíba, pelo simples fato da mercadoria ser entregue no depósito fechado localizado na Bahia.

Acrescentou que se verificou, do procedimento fiscalizatório, que o Notificante responsável, ao realizar as tratativas de praxe, entendeu que o contribuinte (**Depósito Fechado**) não realizou o recolhimento antecipado do ICMS antes da mercadoria entrar no Estado da Bahia.

Aduziu-se o Notificante no bojo da notificação fiscal em questão, que a peticionária cometeu infração ao artigo 332, III, b do RICMS/BA/12 c/c artigo 42-A, art. 23, II, art. 52 e art. 40 da Lei de nº. 7.014/96.

Afirmou no tópico “**Da Legitimidade Ativa do Estado da Bahia para Cobrar o ICMS**” que a Notificada se dedica a exercer suas atividades profissionais no ramo do **comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios**, onde o objetivo principal é trabalhar sempre com seriedade e transparência, buscando estabelecer um relacionamento sólido com os seus clientes, por meio do comprometimento, qualidade do serviço prestado e da confiança existente entre parceiros e colaboradores, mantendo a mais lisa e idônea relação com os fiscos estaduais.

Apontou que no exercício de suas atividades, a Notificada constituiu filial (um **Depósito Fechado** localizado em Juazeiro, Estado da Bahia) e matriz (localizada na cidade de Patos, Estado da Paraíba), para melhor administrar seus negócios, notadamente no que diz respeito à logística de suas atividades, registrada sob o CNPJ de nº 32.111.581/0002-06.

Frisou que “**Depósito Fechado**” é a instalação em que **NÃO** se realiza vendas ou operações de industrialização, mas apenas entregas por ordem do depositante (Empresa Matriz) dos produtos.

Acrescentou que as **Notas Fiscais de Venda** e suas respectivas **Notas Fiscais de Remessa** simbólica de mercadoria armazenada em depósito fechado da impugnante são as seguintes:

NF DE VENDA EMITIDA PELA FATEX	NF DE REMESSA EMITIDA PELA MEGA THORRA
NF VENDA 23.543 (Doc. 03)	NF REMESSA SIMB. 11.679 (Doc. 06)
NF VENDA 23.545 (Doc. 04)	NF REMESSA SIMB. 11.676 (Doc.07)
NF VENDA 23.588 (Doc. 05)	NF REMESSA SIMB. 11.674 (Doc.08)

Tratou a título de exemplificação, apresentando os *prints* (fls. 29 e 30) das **Notas Fiscais de venda** emitida pela Empresa FATEX, NF-e de nº 23.543 (doc. 02), e sua respectiva NF-e de remessa simbólica para depósito fechado emitida pela MEGA THORRA – MATRIZ, NF-e de nº 11.679 (doc. 05).

Garantiu que como a mercadoria precisa ser armazenada temporariamente em Juazeiro-BA, na filial, a Empresa MEGA THORRA DISTRIBUIDORA LTDA – matriz ao receber a nota emitida pelo vendedor, remete esse bem para o seu depósito fechado. Acontece, que **a cobrança do crédito tributário perseguido inegavelmente é indevida**, dispensado, inclusive, maiores divagações, vez que colide com o comando legal que rege e disciplina o ICMS.

Grifou, que o ICMS tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e de prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, entretanto, **o depósito fechado (filial) é um local apenas de guarda das mercadorias e por esse motivo, não são realizadas vendas por esse estabelecimento.**

Enfatizou que o fato gerador do ICMS não se restringe apenas “à circulação de mercadorias”, sendo imprescindível para sua caracterização e circulação jurídica, com a transferência de propriedade do bem. Se não houver essa transferência de titularidade do bem, ocorrerá apenas o deslocamento físico deste, o que não realiza o fato gerador do ICMS, indicando ser esse o posicionamento consolidado pelo STF no julgamento do ADC 49/RN (fl. 30).

Sintetizou que no caso em testilha, primeiramente é emitida, pelo fornecedor, uma nota fiscal de VENDA para a matriz localizada em Sousa-PB, posteriormente, para a FILIAL localizada em Juazeiro-BA (depósito fechado que não realiza operações comerciais) receber, ela recebe uma REMESSA DIRETAMENTE DA MATRIZ, sem que haja qualquer operação relativa à comercialização de produtos pela filial em Juazeiro-BA. Ou seja, quando a mercadoria sai do depósito fechado e é levada para a matriz, não ocorre nenhuma operação comercial, logo, é emitida uma nota fiscal de remessa simbólica.

Mencionou que como é sabido a **Nota Fiscal de Remessa** é um documento obrigatório para o transporte e movimentação de mercadorias em que não há operações comerciais. Isto porque é um documento que deve ser emitido sempre que houver o transporte de qualquer produto que ainda não tenha sido vendido, servindo meramente para comprovar a origem da mercadoria em caso de fiscalizações. Lado outro, a nota fiscal de SAÍDA é a nota emitida pela empresa para o consumidor final, após a compra de um produto ou contratação de um serviço, logo, há uma operação comercial.

Concluiu que como bem destacado alhures, não há qualquer operação comercial realizada nas dependências da filial localizada em Juazeiro-BA, sendo forçoso reconhecer que não há qualquer resquício de possibilidade/probabilidade/viabilidade de incidir ICMS sobre operação.

Alertou que a incidência do ICMS pressupõe a efetiva circulação de mercadorias com transferência de titularidade, o que caracteriza a circulação jurídica da mercadoria e não somente a física e que os armazéns gerais-depósitos fechados, por serem estabelecimentos destinados, unicamente, a receberem como fiéis depositários mercadorias, são neutros em relação aos fenômenos tributários decorrentes do ICMS.

Afirmou no tópico “***Da Não incidência do ICMS Sobre a Operação de Envio da Mercadoria da Matriz e Filial***” que a exigência de ICMS entre operações realizadas com filiais da mesma empresa não encontra sustento no ordenamento jurídico, destacando o art. 155, inciso II da Constituição Federal de onde entende-se por operações relativas à circulação de mercadorias “quaisquer atos ou negócios, independente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam em circulação de mercadorias, vale dizer, que implicam na mudança de propriedade das mercadorias, uma vez que o verdadeiro fato gerador do ICMS é a operação mercantil e não a simples circulação de bens, pois apenas a operação possui relevância econômica, caracterizando-se como fato-signo presuntivo de riqueza e, assim, como o critério material da regra-matriz de incidência do ICMS, citando em sua amparo as lições do Professor Hugo de Brito Machado.

Realçou que se constata a impossibilidade de exigir tributo quando da mera passagem do produto pelo **depósito fechado de Juazeiro**, pois apenas ocorre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, ainda que a transferência ocorra de um Estado para o outro. Isto porque tal espécie de acontecimentos configura-se como simples circulação física de bens, mas nunca como negócio jurídico, não se tratando, portanto, de operação mercantil, restando-se clarividente que o depósito não realiza nenhuma operação comercial.

Protestou no tópico “***Da Inexistência de Ato Que Dê Ensejo ao Pagamento de Multa***” que a multa em destaque não merece prosperar, haja vista que o Notificante se quedou em erro material.

Finalizou requerendo que seja julgado improcedente a Notificação Fiscal de nº 3004490135/21-7, anulando o crédito tributário lançado, e seus acessórios, pois o Estado da Bahia não possui legitimidade ativa para a cobrança de ICMS da operação entre a Empresa FATEX e a Matriz, bem como não há incidência de fato gerador do ICMS na operação entre matriz e filial, uma vez que

houve apenas o recebimento de mercadoria por ordem da matriz, sendo a filial um depósito fechado destinado apenas a armazenagem de mercadorias da matriz, não realizando operação comercial.

Verifico não constar Informação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 20/08/2021, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$ 6.442,13** mais multa de 60%, equivalente a R\$ 3.865,28, perfazendo um total de R\$ 10.307,41, em decorrência do cometimento da Infração (54.05.08) - **falta de recolhimento do ICMS** referente à **antecipação tributária parcial, antes da entrada do território deste Estado**, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos na legislação fiscal.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando à alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº 13.780/12, **c/c art. 12-A**; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei de nº 7.014/96.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal:

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.

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei de nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Tem-se que na peça inicial acusatória à folha 01, o Notificante imputa à Notificada o cometimento da Infração tipificada sob o código 054.005.008 - **falta de recolhimento do ICMS** referente à **antecipação tributária parcial, antes da entrada do território deste Estado** em relação aos DANFES das Notas Fiscais de nºs: **023.544, 023.546 e 026.589**, os quais dispunham da mercadoria com NCM de nº 6302.22.00 (**Jogo de Cama Colorido ART**), **entendido ter ocorrido a infração numa operação interestadual entre a Notificada e a Empresa FATEX INDL COML IMP E EXP LTDA.**,

Localizada no Estado do Mato Grosso do Sul – MS, com a compreensão da compra das mercadorias com o intuito de comercialização pela Notificada.

Neste contexto, o Notificante procedeu ao cálculo **do ICMS a recolher**, antecipado parcialmente, apondo a sua Memória de Cálculo relacionada à Antecipação Parcial à folha 03, auferindo-se o valor do débito a recolher no montante de R\$ 6.442,13, e seus acréscimos, o qual deveria ter utilizado como base para esse cálculo os dizeres do enquadramento legal estabelecido nos artigos 12-A, 23 e seu inciso III da Lei de nº 7.014/96, que dispõe que o imposto será calculado mediante a **aplicação da alíquota interna sobre o valor total da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.**

Neste sentido, a título de exemplificação, reparemos o cálculo estabelecido pelo Notificante em relação à Nota Fiscal de nº **023.544**: o notificante utilizou como Base de Cálculo o valor Total da Nota Fiscal no valor de R\$ 19.442,00, aplicou sobre esse valor a alíquota interna de 18% encontrando-se o débito de R\$ 3.495,96, e sobre essa mesma base aplicou **a alíquota de origem para o Estado do Mato Grosso do Sul** de 7%, **encontrando o valor de crédito de R\$ 1.359,54.** Do encontro de créditos e débitos, auferiu-se o montante a pagar de R\$ 2.169,29 para esta nota, e assim se sucedeu para as demais notas.

Acontece que em todas as 03 Notas Fiscais da presente ação fiscal (023.544, 023.546 e 026.589), estas **não possuem o valor do ICMS próprio destacado**, nem da alíquota, nem tão pouco outros valores destacados, constando **apenas o valor total dos produtos**, devido às características da Natureza da Operação atribuída pela Empresa Remetente, como de Remessa para Industrialização por Conta e Ordem do Adquirente da Mercadoria, com o CFOP de nº 6924.

Assim deslindado, verifica-se que o Notificante exorbitou do cálculo estabelecido na legislação, atribuindo valores inexistentes de crédito ao cálculo do seu entendimento para a infração relacionada à antecipação parcial. Compreendo que se adequa este arco estabelecido, à nulidade amparada nos dizeres da **Súmula do CONSEF de nº 01**, em que se terá como nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e compreensiva a demonstração do método aplicado para a apuração do tributo, ocasionando **o cerceamento de defesa**, tal qual a nulidade estabelecida **no art. 18, inciso II do RPAF/99.**

Diante de tais constatações, compreendo ser inaplicável o parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99, e conforme dispõe o art. 18, II do citado regulamento, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar ao mérito da lide.

De tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal, no entanto, nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal da Notificada, se pertinente, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo das falhas e incorreções apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **300449.0135/21-7**, lavrada contra **MEGA THORRA DISTRIBUIDORA LTDA.**

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR