

N. F. Nº - 272466.0405/21-3
NOTIFICADO - MEGA THORRA DISTRIBUIDORA LTDA.
NOTIFICANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0267-04/22NF-VD**

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Notificada comprovou que as mercadorias se destinavam a depósito fechado, sem o intuito de comercialização, não se aplicando o que estabelece o art.12-A da Lei de nº 7.014/96. Infração insubsistente. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 21/12/2021, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$18.805,96** mais multa de 60%, equivalente a R\$11.283,58, perfazendo um total de R\$30.089,54, 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:

“Contribuinte Descredenciado. Falta de recolhimento do ICMS da Antecipação Tributária antes da entrada neste Estado referente a mercadorias adquiridas para comercialização procedentes de outra unidade da federação conforme DANFE de nº 145.081.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº **2724660405/21-3**, devidamente assinada pelo **Auditor Fiscal** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o demonstrativo memória do cálculo elaborado pelo Notificante (fl.03); o **Termo de Ocorrência Fiscal nº 2107171041/21-0** (fls. 04 e 05) datado de **20/12/2021**; o documento indicando que a Notificada se encontra **descredenciada com restrição de crédito** – Dívida Ativa (fl. 06vs.); o documento indicando que não se encontrou nenhum pagamento datado de **20/12/2021** (fl. 07); o documento do motorista e do caminhão (fl. 09); o **DANFE** da Nota Fiscal Eletrônica – **NF-e de nº 145.081** (fl. 08), Natureza da Operação – Remessa de Mercadorias, **CFOP de nº 6923** (Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem), emitido na data de 10/12/2021, pela **Empresa Arte & Cazza Textil LTDA.**, localizada no Estado de **São Paulo – SP**, carreando as mercadorias com NCM de nº 6304.93.00 (KIT protetor para Sofá), NCM de nº 6302.22.00 (Lençóis avulso casal e solteiro), **valor total dos produtos R\$170.966,88, sem destaque do ICMS**, 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**.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 20 a 33), protocolizada na CORAP NORTE/PAULO AFONSO na data de 07/07/2022 (fl. 18).

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\$30.089,54 proveniente de **ICMS oriundo da operação realizada entre a Empresa Arte & Cazza Têxtil LTDA., 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.

Tratou 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-se 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 emitidas pelo fornecedor (**Arte & Cazza Têxtil**) e sua respectiva **nota fiscal de remessa simbólica** armazenada em depósito fechado da impugnante são as seguintes:

VENDA - MATRIZ	REMESSA - DEPÓSITO	REMESSA SIMB - DEPÓSITO
NF VENDA 145.077 (Doc. 03)	NF 145.081 (Doc. 04)	NF REMESSA SIMB. 13.708

Tratou a título de exemplificação, apresentando os *prints* (fls. 24 e 25) das **Notas Fiscais de venda** emitida pela **Empresa Arte & Cazza Têxtil**, NF-e de nº 145.081 **para a Matriz** localizada no Estado da **Paraíba** e sua respectiva NF-e de remessa simbólica da **Empresa Arte & Cazza Têxtil** para **Depósito Fechado** localizado em Juazeiro no Estado da **Bahia**, NF-e de nº 145.081, e como a mercadoria precisa ser armazenada temporariamente em Juazeiro no Estado da **Bahia** a **Empresa Mega Thorra Distribuidora – matriz** ao receber a nota emitida pelo vendedor, remete esse bem para o seu depósito fechado, NF-e de nº 13.780.

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.

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 resqúcio de possibilidade/probabilidade/viabilidade de incidir ICMS sobre operação.

Alertou que a incidência do ICMS pressupões 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.

Explicou no tópico ***“Da Ausência de Fato Gerador Subsequente – Depósito Não Comercializa”*** que se cumpre frisar que à luz do disposto no art. 611 do RICMS/BA, entende-se depósito fechado como sendo o estabelecimento que o contribuinte destina, exclusivamente, para armazenamento de suas mercadorias, sendo que em razão de sua finalidade, o próprio legislador ordinário preceitua, conforme artigo 3º, inciso VI, alínea b, da Lei de nº 7.014/96, que a saída de mercadorias ou bens destinados a depósito fechados do próprio contribuinte, não deverá sofrer a incidência do ICMS, uma vez que não há comercialização de mercadorias.

Não obstante, apesar do dispositivo legal, lavrou-se a Notificação de Lançamento à título de Antecipação Parcial do ICMS, de modo a ter como Notificada (Depósito Fechado – Filial) sob alegação da violação do art. 12-A da Lei de nº 7.014/96, no entanto, sabe-se que, a ocorrência do fato gerador na Antecipação Parcial do ICMS está relacionada à comercialização de bens e mercadorias interestaduais, contudo, mediante apresentação anterior, resta comprovado que a Notificada não comercializa mercadorias, mas apenas armazena os bens adquiridos pela Matriz, neste sentido requer a improcedência da Notificação Fiscal.

Afirmou no tópico ***“Da Existência de acórdão paradigma da 6ª Junta o CONSEF/BA de caso análogo envolvendo a Contribuinte”*** donde citou as ementas dos acórdãos das Notificações Fiscais de nºs 128984.0367/21-0 e 2811394.0308.21-9 em que se acolheu, pela 6ª JF as argumentações da Notificada e julgou-se pela IMPROCEDÊNCIA, entendendo-se o próprio Fisco Estadual de não haver ilegalidade de envio da mercadoria pelo fornecedor ao depósito fechado da adquirente original, por conta e ordem desta, desde que, as mercadorias estejam acompanhadas de suas respectivas notas de remessa, sem destaque de ICMS, e da nota de venda à Matriz.

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 2724660405/21-3, 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 Arte & Cazza Têxtil** 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 que por ter sido revogado o art. 53 do RPAF/99 através de norma publicada em **18/08/2018**, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a 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.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Silas Victor da Silva Marçal, OAB/PB nº 22.915, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 21/12/2021, exige da Notificada ICMS **no valor histórico de R\$18.805,96**, mais multa de 60%, equivalente a R\$11.283,58, perfazendo um total de R\$30.089,54, em decorrência do cometimento da Infração (054.005.008) **da 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.

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi verificada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade.

Em síntese de seu arrazoadado, no mérito, a Notificada solicitou a improcedência da Notificação Fiscal tendo-se em vista que não se procede a cobrança do ICMS da Antecipação Parcial, uma vez que a Notificada é um **“Depósito Fechado”** localizado em Juazeiro, no Estado da Bahia, constituída pela matriz, localizada no Estado da Paraíba, para melhor administrar seus negócios, notadamente no que diz respeito à logística de suas atividades, e registrada sob o CNPJ de nº 32.111.581/0002-06, sendo que o **“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, tendo sido lavrada a presente notificação nos fundamentos da ocorrência do fato gerador do ICMS da Antecipação Parcial o qual está relacionado à comercialização de bens e mercadorias interestaduais, contudo, restando-se comprovado que a Notificada não comercializa mercadorias, mas apenas armazena os bens adquiridos pela Matriz.

Acrescentou que a **Nota Fiscal de Venda** e suas respectivas **Notas Fiscais de Remessas** simbólicas das mercadorias armazenadas na Notificada (Depósito Fechado), caracterizando a triangulação da Remessa por Conta e Ordem, se fazem da seguinte forma: A Nota Fiscal de Venda de nº **145.077** emitida pela **Empresa Arte & Cazza Têxtil**, localizada no Estado de **São Paulo** para a **Matriz** a Empresa **Mega Thorra**, localizada no Estado da Paraíba, sendo este o documento fiscal que descreveu o fato gerador e o valor do tributo que incidiu em razão da sua prática, ou seja a saída da mercadoria do estabelecimento do fornecedor; por conseguinte a mesma **Empresa Arte & Cazza Textil** emitiu a Nota Fiscal de Remessa de Mercadoria nº **145.081** com a informação no Campo Complementar de “Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiro, em venda à

ordem “a ser entregue na Notificada (Depósito Fechado) a Empresa Mega Thorra - Filial, localizada no Município de Juazeiro, no Estado da Bahia, ambas as duas Notas Fiscais emitidas na data de 10/12/2021; por final a emissão da Nota Fiscal de nº 13.780 pela Matriz na data de 27/12/2021 com a Natureza da Operação “Remessa Simbólica Mercadoria Depositada no Armazém Depósito Fechado” (Notificada).

Compreendo que a lide estabelecida, tratou-se do entendimento do Notificante de que a Notificada não havia recolhido o ICMS referente à antecipação tributária parcial, em operação interestadual, de mercadorias procedentes do Estado de São Paulo que seriam entregues à Notificada no Estado da Bahia, nos termos do art. 12-A da Lei de nº 7.014/1996 onde seria devida a exigência da antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, sendo que tal obrigação independe do regime de apuração adotado, devendo-se toda a empresa que adquirir mercadorias destinadas a comercialização dentro do território da Bahia observar o recolhimento da antecipação parcial do ICMS.

Em consulta realizada no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, nos Dados Cadastrais da Notificada, de Inscrição Estadual de nº 162.936.449 e CNPJ de nº 032.111.581/0002-06, verifiquei que a mesma tem como Atividade Econômica Principal alicerçada sob o CNAE de nº 4641-9/01 – Comércio Atacadista de Tecidos e o Tipo de Unidade: Depósito Fechado, coadunando com o entendimento de ser um estabelecimento auxiliar (aquele que exerce exclusivamente atividades de apoio a outros estabelecimentos da própria empresa), o depósito fechado deve ser registrado, em princípio, sob o mesmo código CNAE principal atribuído à empresa (no caso, do estabelecimento matriz), considerando decisão acordada na subcomissão para a CNAE 2.1 – Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CONCLA/IBGE).

Neste sentido pode estabelecer-se a consideração de “Depósito Fechado” sendo a instalação em que não se realizam vendas ou operações de industrialização, mas apenas entregas por ordem do depositante dos produtos. O estabelecimento utilizado é de posse do contribuinte, exclusivamente, para esse propósito – armazenagem de suas mercadorias.

Desta feita analisando-se as Escriturações Fiscais Digitais - EFDs, da Notificada, em relação ao ano de 2021, consultadas através de requisição ao Sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia de Escrituração Fiscal Digital – EFDG, averigui que neste ano as entradas escrituradas efetuadas ao estabelecimento notificado se fizeram tipicamente através dos documentos fiscais com o registro do Código Fiscal de Operações e Prestações - CFOPs de nºs 2905 - Entrada de mercadoria recebida para depósito em depósito fechado ou armazém geral, 2923 - Entrada de mercadoria recebida do vendedor remetente, em venda à ordem, 2934 - Entrada simbólica de mercadoria recebida para depósito fechado ou armazém geral, 2923 - Entrada de mercadoria recebida do vendedor remetente, em venda à ordem, ressaltando-se a existência de alguns outros registros de entrada de aquisição para uso e consumo e de serviço de transporte.

E, ademais, averiguou-se que todas as saídas foram escrituradas com os CFOPs de nºs 6202 - Devolução de compra para comercialização, 6907 - Retorno simbólico de mercadoria depositada em depósito fechado ou armazém geral, 6906 - Retorno de mercadoria depositada em depósito fechado ou armazém geral, 6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, 6152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, não sendo constada o registro de Notas Fiscais de Saídas relacionadas aos CFOPs de vendas de mercadorias, corroborando, no entendimento da Relatoria a designação dada à tipicidade da unidade notificada de “Depósito Fechado”.

Ressalto que este tem sido o entendimento deste órgão julgador ao apreciar questão idêntica à presente, envolvendo a mesma Notificada, conforme trazido aos autos em sua peça de defesa donde transcrevo a ementa do Acórdão JJF Nº 0099-06/22NF-VD, que a seguir:

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO MERCADORIAS. Contribuinte comprovou que as mercadorias se destinavam a depósito fechado, sem o intuito de comercialização, não se aplicando o que estabelece o art.12-A da Lei 7.014/96. Infração insubsistente.

Instância única. Notificação Fiscal IMPROCEDENTE. Decisão unânime

Do deslindado, entendo haver razão à Notificada de ser incabível a exigência **da 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, nos termos do art. 12-A da Lei de nº 7.014/1996 como pressuposto da aquisição pela Notificada de mercadorias a serem **destinadas à comercialização** constantes na Nota Fiscal de nº 145.081, por se tratar de uma remessa para **Depósito Fechado**, a Notificada, acolhendo, portanto, as suas argumentações defensivas e resolvo julgar IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em Instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 272466.0405/21-3, lavrada contra **MEGA THORRA DISTRIBUIDORA LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2022

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA