

PROCESSO - A. I. Nº 491301.0073/17-6
RECORRENTE - STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0094-02/18
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/07/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0130-11/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. OPERAÇÕES DE ENTRADAS FORA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. No momento da autuação o sujeito passivo não havia obtido deferimento judicial para fins de habilitação no cadastro, o que lhe autorizava proceder ao recolhimento do ICMS por antecipação parcial até dia 25 do mês subsequente. Considerando que a medida liminar só foi deferida em 01/08/2018, em momento posterior à lavratura da presente autuação, que se deu em 12/07/2018, a referida decisão judicial nenhuma influência exerce sobre seus efeitos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 2ª JF Nº 0094-02/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 12/07/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$29.827,91, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade: **01** - *Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Conforme já relatado, trata o Auto de Infração de falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação. Complementando essa acusação, consta que se trata de falta de pagamento de antecipação parcial por contribuinte descredenciado.

O autuado, em sua peça de defesa, traz aos autos a informação de que impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar visando obter o credenciamento junto ao CAD-ICMS, para recolher o ICMS na forma prevista no artigo 332, § 2º do Decreto nº 13.780/2012 (Processo nº 0543395-74.2017.8.05.0001), junto à 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, tendo sido concedida ao autuado a liminar no sentido de “[...] determinar à autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, que, até ulterior deliberação deste Juízo, mantenha a inscrição da Impetrante no CAD-ICMS.”

Observe, entretanto, que no momento da autuação o sujeito passivo não havia obtido deferimento judicial para fins de habilitação no cadastro, o que lhe autorizaria proceder ao recolhimento do ICMS antecipação parcial até dia 25 do mês subsequente. Portanto, considerando que a medida liminar só foi deferida em 01/08/2018, logo, em momento posterior à lavratura do presente auto de infração, que se deu em 12/07/2018, considero que a referida decisão judicial nenhuma influência exerce sobre seus efeitos.

Outrossim, considerando, sobretudo, que fiz a pesquisa junto ao sistema de controle de recolhimento do ICMS da SEFAZ e até a presente data ainda não houve o recolhimento do ICMS, objeto do presente Auto de Infração, voto pela PROCEDÊNCIA total da exação fiscal demandada no presente PAF.

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

Inicialmente a Recorrente pontua a tempestividade do presente recurso, informando que se adequa as disposições expressas no art. 171 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, que traz o prazo de 20 (vinte) dias para interposição de Recurso Voluntário.

Traz um breve relato dos fatos e posteriormente, após toda instrução processual, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0094-02/18, proferiu decisão administrativa pela Procedência do Auto de Infração, a qual merece ser reformada em razão da sua contrariedade com os fatos e a legislação pátria.

No mérito, destaca que a entrada no território estadual ocorreu em caso típico de industrialização realizada por esta pessoa jurídica em conjunto com sua filial no Estado do Espírito Santo, não havendo qualquer incidência do tributo estadual ICMS, já que fora das suas hipóteses de incidência.

Esclarece ainda que tem como ramo de atividade principal e exclusiva a “confeção de peças de vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida”, havendo, pois, uma dedicação exclusiva para a atividade de indústria.

Destaca que a proveniência dos produtos no caso, se referem a confecção de peças, casos típicos de industrialização, quando a Autuada, aqui Impugnante, compra insumos (tecidos e aviamentos) e remete para outro estabelecimento filial constituído no Estado do Espírito Santo, sendo esta uma industrializadora.

Descreve que nesta espécie de atividade desenvolvida, o outro estabelecimento próprio (filial) sediada no Estado do Espírito Santo, recebe os tecidos e aviamentos e prepara o corte dos tecidos, fechamento (costura) e uma embalagem provisória, sendo após retornado ao estabelecimento matriz do contribuinte, localizada neste Estado da Bahia, que, ao receber os produtos faz o arremate (limpeza das peças), controle de qualidade, fixas diversas etiquetas de tamanho, códigos e preços e por fim, faz a embalagem definitiva. Assim, patente hipótese de industrialização, a qual não incide o imposto estadual.

Pontua que o ICMS, conta como uma de suas hipóteses de incidência as próprias operações relativas à circulação de mercadorias, ou seja, aquelas que tenham por objeto bens destinados ao comércio. No caso em espeque, os bens objeto de transferência entre estabelecimentos desta Impugnante, é operação efetivada com produtos ainda não destinados ao comércio, mas para sua própria industrialização, verdadeiros produtos sem objeto de mercancia.

Nesta circunstância ora demonstrada, informa a recorrente que não há fato gerador do ICMS, já que não se trata de negócio jurídico mercantil e/ou atos de mercancia, mas apenas simples transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, sem troca de titularidade, com vistas a consolidar o próprio processo de industrialização, não havendo qualquer fato gerador do imposto estadual, motivo pelo qual o Auto de Infração merece ser desconstituído.

Destaca ainda que o Regulamento do ICMS na Bahia, por sua vez, nos incisos II, IV do § 4º do Art. 2º destaca as operações de industrialização, dentre as quais se destaca aquelas relativas ao próprio beneficiamento do produto e o acondicionamento ou recondicionamento.

A própria regulamentação da matéria na esfera estadual destaca o beneficiamento, o acondicionamento e o reacondicionamento como hipóteses de industrialização, não havendo motivos pelos quais a atividade desenvolvida por este Impugnante/Atuado não se caracterize como hipótese de industrialização. A atividade desenvolvida, conforme demonstrado anteriormente, é típica hipótese de beneficiamento e acondicionamento dos produtos, hipótese de industrialização segundo as próprias disposições que regulam o ICMS no Estado da Bahia.

Conclui que, neste sentido, resta consignada que a operação efetivada se equipara ao de

estabelecimento industrial, razão pela qual não existem quaisquer fundamentos para a cobrança do ICMS ao caso, já que inexistente fato gerador do tributo, devendo o Auto de Infração ser julgado improcedente e efetivamente desconstituído.

Informa que em sentido similar ao aqui salientado, a própria Secretária da Fazenda da Bahia, no julgamento de casos no CONSEF, já vem anulando Autos de Infração que exigem o pagamento de ICMS por antecipação tributária parcial sobre mercadorias destinadas a indústria. Vejamos as decisões da 5ª JF Nº 0092-05/15 e 2ª JF Nº 0039-02/15 da Junta de Julgamento Fiscal.

Conclui que: Assim, tratando-se de caso similar ao aqui exposto, e restando demonstrada a ilegalidade da Autuação, pugna que este Auto de Infração seja anulado, sob pena de ferir os princípios basilares do Estado de Direito, em especial o princípio da isonomia de tratamento entre os contribuintes.

Registra que o Tribunal de Justiça da Bahia já se manifestou sobre a matéria, ao julgar caso análogo, na Apelação Cível nº 33445-5/2005, Rel. Rosita Falcão de Almeida Maia, data do julgamento 04.04.06.

Ademais, ainda que se argumente que a atividade desenvolvida no sentido de se utilizar dos bens adquiridos para compor seu produto final, pode ser enquadrada através de uma interpretação extensiva no referido mandamento legal, o ordenamento jurídico pátrio veda tal forma de aplicação da legislação tributária. É que o art. 150, I, da Constituição Federal; art. 9º, I e art. 97, I e III, do CTN, encabeçando o princípio da tipicidade cerrada, vedam a interpretação extensiva da norma fiscal impositiva de obrigação pecuniária.

Registra ainda, que por conseguinte, caso entenda esse julgador que a atividade efetivada não é típico caso de industrialização, também não podemos falar em cobrança do ICMS nos moldes efetivados, face a condição de transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

A não incidência do imposto estadual no caso deriva da inexistência de negócio mercantil, havendo, tão-somente, deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro, ambos do mesmo titular, o que não traduz fato gerador capaz de desencadear a cobrança do imposto.

Informa que nesse sentido já é entendimento dos tribunais superiores, na configuração da hipótese de incidência do ICMS sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, reclama a ocorrência de ato de mercancia, vale dizer, a venda da mercadoria.

Por sua vez, a Súmula nº 166 do STJ já demonstra o entendimento do Tribunal de que *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Traz que esse entendimento vem sendo aplicado reiteradamente pelo STJ, inclusive já foi proferido acórdão em sede de Recurso Repetitivo pelo tema 259, no Resp nº 1.125.133/SP, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 25/08/2010.

Conclui que em face dos argumentos acima expendidos, os quais demonstram que a atividade perpetrada por esta Autuada não se enquadra entre as hipóteses legais de incidência do ICMS, não merecendo prosperar a presente infração.

Informa ainda que além de se tornar totalmente ilegal o Auto de Infração em espeque, já que a atividade desenvolvida não se enquadra entre as hipóteses de incidência do ICMS, vale salientar que esta pessoa jurídica, cumprindo todos os requisitos legais, é credenciada para recolhimento do ICMS de forma diferida.

E conclui que, ainda que a operação realizada por este Recorrente tivesse como objeto a própria circulação de mercadorias, hipótese de incidência do ICMS, a presente notificação fiscal também restaria ilegal, já que o recolhimento se dará de forma diferida, nos próprios moldes elencados no Regulamento do Imposto Estadual na Bahia.

A Recorrente informa que preencheu cumulativamente os referidos requisitos para o

credenciamento estabelecidos na legislação, e é plenamente credenciado.

Tal condição de credenciado resta plenamente declarado também nos próprios autos do Mandado de Segurança em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública, o qual foi tombado sob o nº 0543395-74.2017.8.05.0001, onde o Magistrado deferiu em medida liminar para manutenção da Impugnante na condição de Credenciada perante o CAD-ICMS.

Conclui que, neste sentido, ainda que a hipótese de transferência se caracterizasse como fato gerador do ICMS, restaria plenamente ilegal o Auto de Infração em questão, já que o recolhimento se dará de forma diferida. Aqui também inexistem fundamentos legais para a cobrança do ICMS por antecipação tributária, devendo a decisão da Junta ser reformada.

Por fim, diante de tudo quanto exposto, requer:

A reforma da decisão de 1º grau, com a total improcedência do Auto de Infração tombado sob o nº 491301.0073/17-6, devido à constatação das irregularidades e ilegalidades alhures apontadas.

Em tempo, protesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos e requer ainda que toda e qualquer decisão referente a presente autuação seja expressamente motivada, sob pena de nulidade.

VOTO

Em exame, está a acusação da infração por Falta de Recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$29.827,91.

A Recorrente argui que nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade não há incidência de ICMS. No seu entender, tais operações consistem em mero deslocamento físico das mercadorias, não submetido ao imposto estadual. Reporta-se ao inciso II do art. 155 da CF/88, doutrina e à Súmula nº 166 do STJ, para concluir que a mera transferência de mercadoria um local para outro, no âmbito da mesma empresa, não constitui fato gerador do ICMS, pelo simples fato de que tais transferências não importam em alteração de titularidade, circulação no sentido jurídico.

Compulsando os autos observo que a nota fiscal foi emitida com o CFOP 6151- Transferência de produção do estabelecimento, onde classificam-se neste código os produtos industrializados no estabelecimento e transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa, entretanto com a natureza da operação venda de mercadoria.

Outro ponto que se pode observar as (fls. 10/13), é que o DANFE número 000.000.001, emitido para Stravagância Comércio de Confecções - EIRELI – ME de CNPJ: 09.402.655/0001-60, vem do Remetente Victor Souza Damasceno, inscrito no CNPJ: 13.309.258/0002-05, fato este que resta comprovado que trata de operação de venda, como foi descrito na natureza da operação, assim, o CFOP 6151 está desacordo com a operação fática, pois a operação vem de terceiro, não é filial da Recorrente como alega na defesa.

A não incidência do ICMS nas operações entre estabelecimentos da mesma empresa encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ) desde a década de 90, quando foi publicada a Súmula 166 (DJU de 27/08/96):

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Esse entendimento vem sendo amplamente adotado pelos demais Tribunais pátrios sob o entendimento de que a operação de circulação de mercadorias, eleita pelo art. 155, § 2º, inciso II da Constituição Federal como hipótese de incidência do ICMS, refere-se à circulação jurídica que pressupõe ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de transferência de titularidade

da mercadoria e a obtenção de lucro.

Em outras palavras, os Tribunais acordaram que a hipótese de incidência do ICMS corresponde à circulação jurídica da mercadoria que caracteriza a venda de um bem com a finalidade de lucro. Não havendo subsunção dos fatos à norma de incidência, não ocorre o fato gerador do ICMS.

Portanto, para a incidência do imposto é imprescindível a presença cumulativa dos pressupostos do fato gerador (tipicidade fechada) reconhecidos pelos Tribunais – transferência de mercadorias e obtenção de lucro – e, ao contrário, para a não incidência, basta a ausência de um dos pressupostos, o que afasta a perfeita subsunção dos fatos à regra matriz de incidência tributária.

Assim, no caso concreto não se trata de transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, entendo que há a incidência do ICMS, uma vez que houve a ocorrência da venda dos bens a terceiros.

Dessa forma, considerando, sobretudo, que a JJF fez a pesquisa junto ao sistema de controle de recolhimento do ICMS da SEFAZ e até a data do voto da JJF, ainda não havia o recolhimento do ICMS, objeto do presente Auto de Infração, e não se tratar de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, voto pela PROCEDÊNCIA total da exação fiscal demandada no presente PAF, consequentemente, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **491301.0073/17-6**, lavrado contra a empresa **STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI – ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.827,91**, 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, 14 de Maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS