

PROCESSO - N. F. Nº 210436.0149/17-0
NOTIFICADO - STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI
EMITENTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/05/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0088-03/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato não é condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS 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. Entretanto, a matéria fática diz respeito à exigência do ICMS devido por antecipação parcial por contribuinte devidamente credenciado. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios consagrados na Carta Magna do devido processo legal e da ampla defesa. **NOTIFICAÇÃO FISCAL NULA.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal foi lavrada em 18/07/2017, e exige crédito tributária no valor de R\$23.766,37, acrescido da multa de 60%, pela 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, em 14/06/2017, DANFe nº 0068. (Infração 54.05.08).

O notificado, através de advogados, procuração fl.33, impugna a notificação fiscal fls. 22/31. Registra a tempestividade da peça defensiva. Explica que a Notificação Fiscal foi lavrada em nome da Pessoa Jurídica, ora Impugnante, com vistas a cobrança de suposto débito fiscal relativo ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

Entende que as imputações efetivadas na presente Notificação são totalmente destoantes das disposições legislativas que regem a matéria do ICMS, especificamente as questões atinentes à antecipação tributária parcial, já que, além desta pessoa jurídica ser credenciada no CAD-ICMS, o caso em questão não se amolda as hipóteses de incidência do Imposto Estadual, não havendo motivos para sua cobrança.

Salienta que restará demonstrado, que a infração que lhe foi imputada não merece prosperar, já que totalmente desconforme com o ordenamento jurídico pátrio, devendo a mesma ser desconstituída. Repete a acusação fiscal.

Destaca que a entrada da mercadoria no território estadual ocorreu como caso típico de industrialização realizada pela pessoa jurídica notificada 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.

Explica que tem como ramo de atividade principal e exclusiva a “confecção 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 compra insumos (tecidos e aviamentos) e remete para outro estabelecimento filial constituído no Estado do Espírito Santo, sendo esta uma industrializadora.

Nesta espécie de atividade desenvolvida, explica que o outro estabelecimento próprio (filial) sediado no Estado do Espírito Santo, recebe os tecidos e aviamentos e prepara o corte dos tecidos, fechamento (costura) e embalagem provisória, sendo após retornado ao estabelecimento matriz do contribuinte, localizado 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.

Prossegue afirmando 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 da Impugnante, é operação efetivada com produtos ainda não destinados ao comércio, mas para sua própria industrialização, verdadeiros produtos sem objeto de mercancia.

Nesta circunstância demonstrada, 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 a Notificação Fiscal merece ser desconstituída.

Sobre o assunto, aduz que o Regulamento do ICMS na Bahia, por sua vez, destaca as operações de industrialização, dentre as quais se destaca aquelas relativas ao próprio beneficiamento do produto e o acondicionamento ou recondicionamento, nos termos do § 4º, art. 2º que reproduz.

Afirma que a hipótese de beneficiamento e acondicionamento dos produtos, se trata de industrialização, segundo as próprias disposições que regulam o ICMS no Estado da Bahia. Neste sentido, resta consignado 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 a Notificação Fiscal aqui impugnada ser julgada improcedente e efetivamente desconstituída.

Diz 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. Cita o Acórdão JF nº 0092-05/15 e JF nº 0039-02/15 sobre o tema.

Registra que o Tribunal de Justiça da Bahia já se manifestou sobre a matéria, ao julgar caso análogo, ficando consignado no acórdão que *“não se aplica à Impetrante o regime de Antecipação Parcial do ICMS previsto pela legislação baiana, tendo em vista que a mesma não adquire as mercadorias oriundas de outras unidades da federação para o fim de comercialização, como é de exigência da lei, mas sim para, após atividade de transformação, comercializar produto novo, distintos dos produtos existentes. Recursos improvidos. Sentença mantida em reexame necessário. (Apelação Cível nº 33445-5/2005, Rel. Rosita Falcão de Almeida Maia, data do julgamento 04.04.06)*

Assevera que 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, que não poderá se estender nesse sentido. 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.

Dessa forma, diz ser patente a necessidade de anulação da presente Notificação Fiscal. Por conseguinte, caso entenda o Julgador, que a atividade efetivada não é típico caso de industrialização, também não se pode falar em cobrança do ICMS nos moldes efetivados, face a condição de transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica. Aduz que 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.

A 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. Neste sentido, cita o entendimento dos tribunais superiores, a exemplo do entendimento do STJ, no Agravo regimental STJ; AgRg no Recurso Especial nº 601.140 – MG (2003/0188115-6); Relatora: Ministra Denise Arruda; Órgão: 1º Turma; Julgamento: 21/03/2006). Por sua vez, afirma que a súmula 166 do STJ, já demonstra o entendimento do Tribunal.

Por outro lado, diz que além de se tornar totalmente ilegal a Notificação Fiscal em espeque, já que a atividade desenvolvida não se enquadra entre as hipóteses de incidência do ICMS, vale salientar que a impugnante, cumprindo todos os requisitos legais, é credenciada para recolhimento do ICMS de forma diferida.

Assim, ainda que a operação realizada 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.

Na medida em que mantém outro estabelecimento comercial no Estado do Espírito Santo - ES, devidamente constituído como filial, com o mesmo objeto social da matriz, utiliza-se de benefício fiscal obtido junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme Parecer ratificado pelo Diretor da DAT (doc. 04). O referido benefício é aquele previsto no artigo 332, § 2º, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012) denominado de “Credenciamento no Cad-ICMS” em que possibilita ao Contribuinte de ICMS, o recolhimento diferido do imposto sobre as operações com mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, enquadrado como substituição tributária por antecipação. Nesta linha, na medida em que preencheu cumulativamente os referidos requisitos expostos na legislação, é plenamente credenciado no CAD-ICMS.

Tal condição de credenciado resta plenamente declarada, 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, a sua manutenção na condição de Credenciada perante o CAD-ICMS (Doc. 04).

Neste sentido, ainda que a hipótese de transferência se caracterizasse como fato gerador do ICMS, restaria plenamente ilegal a Notificação Fiscal aqui lavrada, já que o recolhimento do tributo estadual se dará de forma diferida. Aqui também, inexistem fundamentos legais para a cobrança do ICMS por antecipação tributária.

Diante de tudo quanto exposto, pugna pela total improcedência da Notificação Fiscal, devido à constatação das irregularidades e ilegalidades apontadas. 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

Versa a presente notificação fiscal, sobre a exigência de crédito tributário no valor de R\$23.766,37, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de

outra Unidade da Federação, destinadas a comercialização, em 14/06/2017, DANFe nº 0068, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, no caso específico, a falta de “credenciamento” para pagamento do imposto antecipado, no mês subsequente.

No entanto, analisando os elementos constantes do processo, verifico que no presente caso, o Autuado comprova através do Parecer nº 16259/2017 de 19/06/2017 – credenciamento deferido, para pagamento do ICMS Antecipação Tributária até 25º dia do mês subsequente, documento fl.47.

Sobre o citado “credenciamento”, observo que consiste na habilitação do contribuinte ao pagamento da antecipação do imposto, no mês subsequente, mais especificamente dia 25, na forma estabelecida pela Portaria nº 114, de 27/02/2004, e suas alterações. Para usufruir o direito de pagar a antecipação do imposto no mês subsequente e não na entrada no território baiano, basta o contribuinte satisfazer as seguintes condições: (1) não ter débitos inscritos em Dívida Ativa ou que esteja com débitos, mas a exigibilidade esteja suspensa; (2) tenha mais de 6 (seis) meses de atividade; e (3) não possua débitos da antecipação tributária.

No caso específico, o Agente Fiscal desconsiderou que o momento da ocorrência do fato gerador, ou seja, o momento em que o Autuado deveria efetuar o recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, não se dá antes da entrada dos produtos no território deste Estado, como descrito na autuação, mas sim, foi postergado para o 25º dia do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento, inciso I, do art. 1º da Portaria SEFAZ nº 114, de 27/02/2004, e alterações, e artigo 332, § 2º do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012).

Cabe ressaltar, que a descrição da conduta infracional imputada ao autuado, de *falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal*, não corresponde a realidade dos fatos. Documento presente nos autos, confirma que a própria SEFAZ/BA concedeu o benefício que autoriza o sujeito passivo, realizar o diferimento do pagamento do imposto em análise, nos termos do artigo 332, § 2º do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012).

Assim sendo, a presente notificação fiscal é nula, considerando que inexistente fundamento legal para a cobrança do ICMS por antecipação tributária parcial, antes da entrada do território deste Estado, para contribuinte devidamente credenciado.

Concluo, após toda a análise acima colocada, que a acusação fiscal, feita equivocadamente, de forma diversa da real situação fiscal do Autuado, é motivadora de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a” do RPAF/99, *in verbis*.

Art. 18. São nulos:

(. . .)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Diante do exposto, acato a preliminar de nulidade, haja vista que a acusação fiscal não se mostra adequada aos fatos e por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios consagrados na Carta Magna do devido processo legal e da ampla defesa.

Represento à autoridade competente, que determine a renovação do procedimento, para verificação de créditos favoráveis à Fazenda Pública Estadual, a salvo das falhas apontadas, inclusive, se de fato, o contribuinte apenas industrializa as mercadorias que foram alvo da ação fiscal, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Diante do exposto, julgo NULA a presente notificação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **210436.0149/17-0**, lavrada contra **STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO CONFECÇÕES EIRELI**.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA — JULGADOR