

PROCESSO - N. F. Nº 210614.0053/17-0
NOTIFICADO - DRENOLUX COM. PROD. MÉDICOS LTDA.
EMITENTE - JOSÉ NALDO JESUS SANTOS
ORIGEM - IFMT – METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.02.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0008-02/20NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA. CONTRIBUINTE LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. A notificação fiscal foi lavrada contra estabelecimento localizado em outra unidade da Federação, caracterizando-se nulidade por ilegitimidade ativa. Inaplicabilidade da legislação tributária baiana para exigir ICMS de contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação, conforme vigência da legislação tributária que vigora nos limites do território da pessoa jurídica que edita a norma tributária consoante art. 102 do CTN. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal foi lavrada em 15/12/2017, e exige crédito tributário no valor de R\$15.959,49 acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração **52.01.01** – Operação com mercadoria tributada caracterizada como não tributada.

Consta no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS, a informação do agente fiscal que: *“Em hora, local e data acima mencionados, no exercício das minhas funções fiscalizadoras, constatamos a(s) seguinte(s) irregularidade(s): Aquisição de mercadorias tributadas, como não tributadas (ou isentas) através do DANFE nº 98610 emitido pela empresa DRENOLUX com CNPJ nº 73.012.189/0001-06 estabelecida em unidade da federação, (SP) e destinadas a empresa acima citada como REMESSA EM COMODATO e cita o ajuste SINIEF nº 11/04 para acobertar a operação, contudo, este ajuste permite remessas apenas para HOSPITAIS E CLINICAS; não é o caso do contribuinte citado, uma vez que sua atividade é comércio atacadista de materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e outros, iguais ou similares aos materiais adquiridos no referido danfe.”*

Enquadramento legal: Artigos 1º, 2º e 38 da Lei nº 7.014/96.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Constam apensos aos autos: TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL nº 210614.1055/17-7, fls. 03 e 03-v; DEMONSTRATIVO DE DÉBITO, fl. 04; cópia de consulta dos dados cadastrais da notificada, cópia do DACTE nº 000238552, emitido em 13/02/2017, associado a NF-e nº 00098610, fl. 06; cópia do DANFE nº 000098610, emitido em 13/02/2017, fl. 07; cópia dos dados cadastrais da empresa MD COMÉRCIO DE MATERIAIS IMPLANTÁVEIS EIRELI – EPP, inscrição estadual nº 072.366.839, fl. 08; cópia da consulta ao SINTEGRA referente a empresa DRENOLUX COMÉRCIO DE PRODUTOS MÉDICOS LTDA., inscrita no Estado de São Paulo, fl. 10; cópia do DACTE 000.238.552 emitido em 13/02/2017, fl. 11, cópia do DANFE 098.610 emitido em 13/02/2017, fls. 12 a 15; cópia da Carteira Nacional de Habilitação – CNH de Márcio Alex de Souza Sacramento, fl. 17; solicitação da empresa notificada para que a mesma seja nomeada fiel depositária das mercadorias apreendidas, fl. 27.

O notificado, às fls. 42 a 49, impugna a notificação fiscal onde inicialmente, ao relatar os fatos, diz que, em 08/02/2017, realizou um contrato de comodato de instrumental cirúrgico com a empresa MD COMÉRCIO DE MATERIAIS IMPLANTÁVEIS EIRELI – Doc. 04 e que a operação foi acobertada pela nota fiscal eletrônica de DANFE nº 098.610 emitida em 03/02/2017 – Doc. 05.

Complementa que ao chegar no Posto Fiscal do Aeroporto de Salvador, as mercadorias foram apreendidas pelo agente da fiscalização sob a acusação que transcreve – Doc. 06.

Continua, relatando que, após a apreensão, a mercadoria foi liberada sob compromisso de fiel depositário do Sr. Márcio Alex de Souza Nascimento, preposto da notificada, sendo posteriormente lavrado a presente Notificação Fiscal – Doc. 07, com a imposição de cobrança de tributo e multa, sob os mesmos fundamentos nos artigos da Lei nº 7.014/96, que reproduz.

Defende que o lançamento deverá ser anulado por tratar-se de operação de comodato, e, portanto, não tributada.

Explica que o fiscal fundamentou a notificação com base na interpretação da situação fática, para descaracterizar a operação, que diz, legítima por tratar de REMESSA EM COMODATO, desclassificando-a e enquadrando-a como operação de aquisição de mercadoria tributada, apenas com a justificativa de que é citado no corpo do DANFE, o ajuste SINIEF nº 11/04, sob a justificativa que tal ajuste se aplica a remessas apenas para hospitais e clínicas.

Classifica a fundamentação utilizada pelo fiscal como “...por demais forçosa...”, em razão de entender que a menção ao Ajuste SINIEF nº 11/04, por mero erro de cadastro eletrônico no sistema de emissão das notas fiscais eletrônicas, não pode ser a justificativa única para fundamentar o lançamento.

Assevera que o DANFE nº 098.610 acoberta a operação de REMESSA EM COMODATO.

Discorre sobre o instituto do comodato, iniciando pelo que prescreve o Código Civil – Lei nº 10.406/2002, nos artigos 579, 581 e 582, que copia.

Destaca que, da leitura dos dispositivos, o contrato de comodato tem os seguintes requisitos: gratuidade, não fungibilidade, tradição, temporalidade e unilateralidade, já que o comodato cria obrigações apenas para o comodatário de conservar e de restituir o bem.

Cita lição de Maria Helena Diniz, que ensina que os bens fungíveis são os que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, e os bens infungíveis são os que, pela sua qualidade individual, têm um valor especial, não podendo, por este motivo, serem substituídos sem que isso acarrete a alteração de seu conteúdo, complementando com os ensinamentos do professor José Carlos Moreira Alves.

Diz que o comodato é um contrato unilateral, a título gratuito, pelo qual alguém entrega a outrem coisa infungível para ser usada temporariamente e depois restituída.

Acrecenta que esclarecida a questão da natureza da operação, tratando-se de comodato e não de comercialização, as saídas das mercadorias não sofrem incidência do ICMS, cujo entendimento já se encontra consagrado no âmbito do STF, consoante enunciado de SÚMULA 573.

Transcreve o art. 7º, inc. IX, do Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, aprovado pelo Decreto nº 45.490/2000, que afasta a incidência do imposto nas operações realizadas a título de comodato.

Quanto à legislação baiana, frisa que a mesma foi modificada, deixando de mencionar o que estava explicitado no artigo 6º, inc. XIV, alínea “a”, do Decreto nº 6.284/97, revogado pelo atual Decreto nº 13.663/12.

Afirma que, em cumprimento aos requisitos fixados para a configuração do instituto do comodato, para não haver a incidência do ICMS sobre a operação, o mesmo encontra-se formalizado por escrito.

Acrescenta que emitiu corretamente a nota fiscal de remessa em comodato para a comodatário com natureza da operação – REMESSA DE BEM POR CONTA DE CONTRATO DE COMODATO, CFOP 6.908 nas remessas de bens para o cumprimento de contrato de comodato, não deixando dúvidas quanto ao seu tratamento tributário.

Complementa que o comodatário, por sua vez, efetuou a devolução das mercadorias, depois de cumprido o contrato de comodato à comodante, emitindo o DANFE 002.660 de 03/03/2017, em retorno dos bens emprestados – Doc. 08.

Conclui que o pressuposto para a cobrança do ICMS é a mudança da propriedade do bem por intermédio de um contrato de compra e venda, que não é o caso em discussão, pois se operou um contrato de empréstimo em comodato, e como tal, a propriedade da coisa permanece com a comodante, inviabilizando qualquer tentativa de exigência do ICMS nessa operação.

Resume os argumentos expostos, tornando a notificação “*incabível*”, por:

- a) Tratar-se de uma operação legítima de comodato de equipamentos;
- b) A simples menção errônea no DANFE do Ajuste SINIEF nº 11/04, não pode ser motivo para desconsiderar a operação de comodato, e considera-la uma operação de aquisição de mercadorias;
- c) Não há qualquer outro indício de que a notificada tenha agido de má-fé, ou tentado simular uma operação de aquisição de mercadorias.

Requer que o lançamento seja anulado, pela produção de todos os meios de prova em direito admitida e ainda que as intimações relativas aos atos processuais a serem praticados, sejam todas realizadas em nome do Advogado, indicado na defesa, sob pena de nulidade.

É o relatório.

VOTO

Consiste o lançamento em uma única infração, impugnada pela notificada sob a alegação de não existir imposto a recolher em razão das mercadorias constante na nota fiscal eletrônica – DANFE nº 098.610, procedente do Estado de São Paulo, para acobertar o trânsito das mercadorias, estariam amparadas pela não incidência do ICMS, remetidos para a empresa MD COMÉRCIO DE MATERIAIS IMPLANTÁVEIS EIRELI – EPP, estabelecida em Salvador-BA, em comodato.

Cabe ressaltar que a notificada é uma pessoa jurídica estabelecida na capital do Estado de São Paulo, tendo como destinatário das mercadorias o estabelecimento sediado em Salvador-BA

Analisando os fatos, a discriminação pelo agente fiscal e as alegações da defesa, concluo que o presente lançamento encontra-se eivado de nulidade por ilegitimidade ativa.

É fato que o sujeito ativo da relação jurídica tributária é o Estado da Bahia, que tem a competência tributária de instituir e exigir tributo do sujeito passivo dentro dos seus limites territoriais. Trata-se de vigência da legislação tributária que vigora nos limites do território do ente que edita a norma.

O art. 102 do Código Tributário Nacional dispõe acerca da vigência espacial da legislação tributária de forma que se define a territorialidade como regra:

Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

O princípio da territorialidade é pressuposto que conduz o alcance das leis tributárias sobre as relações tributárias pertencentes a um dado ordenamento jurídico, de forma que tal exigência guarda relação com o território do ente instituidor de determinado tributo.

O termo territorialidade refere-se a vigência espacial no território em que ela vigora, podendo nele incidir quando aplicada. Portanto, a legislação tributária vale, como regra, nos limites do território da pessoa jurídica que a edita.

Sendo o Brasil uma República Federativa composta por entes federativos que detém autonomia entre si, composta pela União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as leis tributárias

editadas por cada um destes entes só terá vigência no território sob os quais detenham soberania. Tal disposição visa resguardar a harmonia entre os entes federativos, de forma que só se torna possível a extraterritorialidade diante de um convênio, que se trata de um meio de cooperação entre os entes diante de um interesse em comum, de forma que a legislação tributária acaba por abranger além da territorialidade. Sendo, portanto, a territorialidade regra geral, e a extraterritorialidade uma exceção em favor dos entes federativos, bem como os tratados que também permitem tal excepcionalidade.

No caso em análise, a operação teve início no Estado de São Paulo patrocinada pela notificada que remeteu produtos sujeitos a tributação, para estabelecimento na Bahia em cumprimento a contrato de comodato, cuja cópia foi anexada à defesa. Portanto, não há que se falar em exigência de tributo com aplicação de penalidade, pelo Fisco baiano, a contribuinte localizado em outra unidade da Federação, local de ocorrência do fato gerador.

Cabe registrar que mesmo considerando o documento fiscal que acobertava a operação como inidôneo, nos termos do art. 44, inc. II da Lei nº 7.014/96, a exigência fiscal recairia sobre o transportador na qualidade de responsável por solidariedade, a teor do art. 6º, inc. III, alínea “d” da citada lei, que não se aplica ao presente caso, vez que consulta ao PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, comprova que a nota fiscal eletrônica – DANFE nº 098.610, que acobertou a remessa dos bens de São Paulo para a Bahia, encontra-se com o *status* de AUTORIZADA, portanto, apta a surtir os efeitos jurídicos e fiscais.

Assim sendo, a legitimidade de parte que diz respeito à titularidade ativa da ação, no presente caso, não cabe ao Estado da Bahia exigir tributo de contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação.

Ante o exposto, voto pela decretação de ofício da nulidade da exigência fiscal contida na notificação fiscal, por ilegitimidade ativa, nos termos do artigo 18, inc. IV, alínea “b”, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **210614.0053/17-0**, lavrada contra **DRENOLUX COM. PROD. MÉDICOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2020.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR