

PROCESSO - N. F. Nº 099883.0316/18-1
NOTIFICADO - MAT S. A.
EMITENTE - DÁRIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO - POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11.02.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0014-02/20NF

EMENTA: ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CILINDROS GNN, NCM 7311.00.00. OPERAÇÃO DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O Protocolo ICMS 41/08 atribui ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes. A autuada atua como fabricante de outros produtos de metal. O RICMS/2012, no seu Anexo 1, não inclui o produto objeto da autuação, sendo que as operações de saídas internas são isentas conforme art. 265, inc. XCVII. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias foi lavrada em 08/06/2018, e exige crédito tributário no valor de R\$15.323,55, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração – **55.28.02** – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008).

Enquadramento legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c as Cláusulas primeira, segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08.

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

Consta no campo Descrição dos fatos, a informação do agente fiscal que: “*Em data, hora e local acima referidos, constatamos as seguintes irregularidades: Falta de destaque e o consequente recolhimento do ICMS, da substituição tributária total. Das mercadorias enquadradas no Anexo Único do RICMS/BA (AUTO PEÇAS), conforme DANFE Nº 000055265, e DACTE Nº 000143602. Lançamento referente ao TFD nº 1805877329, lavrado para a transportadora LDB TRANSPORTES DE CARGAS LTDA, Inscrição Estadual: 049.498.088.*”

Consta apenso aos autos Termo de Fiel Depositário – TFD nº 1805877329, fl. 03, Cópia da Carteira Nacional de Habilitação – CNH e Identidade Funcional de Gileno Ribeiro Calmon, fl. 04, cópia do DANFE 0055265, emitido em 21/05/2018, fl. 05, cópia do DACTE nº 00143602, emitido em 06/06/2018, fl. 06, Memória de Cálculo Partilha Alíquotas EC 87/2015, fl. 07, Requerimento da empresa GÁS AUTO CONVERSÃO DE VEÍCULOS PARA GÁS NATURAL LTDA., inscrita no CAD-ICMS sob o nº 056.454.763, dirigido a IFMT solicitando a transferência de depositário das mercadorias, fl. 13, Termo de Liberação, fl. 21, onde o Coordenador da IFMT, autoriza ao fiel depositário entregar as mercadorias depositadas.

Às fl. 24 e 25, consta impugnação a notificação fiscal patrocinada pelo contribuinte GÁS AUTO CONVERSÃO DE VEÍCULOS PARA GÁS NATURAL LTDA., apesar da notificada ser a empresa MAT S.A., onde inicialmente relata que adquiriu da empresa em São Paulo equipamentos destinados a conversão de veículos automotores para operar com gás natural veicular – GNV, conforme DANFE 55265.

Alega que não há como se exigir o tributo sobre a mercadoria adquirada, em razão da isenção nas operações internas com cilindros GNV, prevista no RICMS/2012, art. 265, inc. XCVII, alínea “a”, transcrita.

Acrescenta que o art. 12-A da Lei nº 7.014/96 prevê que a antecipação do ICMS não se aplica para mercadorias cujas operações internas estejam beneficiadas com isenção. Assim, diz a notificação se mostra indevida.

Diante do exposto requer a nulidade da notificação fiscal e que se libere as mercadorias constantes na nota fiscal nº 055.265.

É o relatório.

VOTO

Verifico que a autuada, remetente de 100 Cilindros GNN, NCM 7311.00.00, através da nota fiscal eletrônica nº 000.055.265, emitida em 21/05/2018, é uma empresa estabelecida na Avenida José Luiz Leme Maciel, nº 415, Santa Terezinha, Cajamar no Estado de São Paulo, com destino a estabelecimento localizado no Estado da Bahia cuja razão social é Gás Auto Conversão de Veículos para Gás Natural Ltda., inscrição estadual nº 056.454.763, tendo sido o imposto apurado pela fiscalização, no trânsito de mercadorias, sob o fundamento de que tais produtos estão enquadrados na substituição tributária e o ICMS não foi retido nem pago pelo contribuinte situado na outra unidade da Federação.

Constatou que a autuada foi a remetente das mercadorias, entretanto, foi o destinatário que impugnou o lançamento, e, portanto, deve ser analisada a sua legitimidade para praticar tal ato.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal vigente, no artigo 3º, relaciona as formas como as petições do sujeito passivo e suas intervenções no processo deverão ser feitas. O inciso III, prevê que a intervenção no processo poderá ser realizada por preposto, assim entendido como pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício.

Compulsando os autos, verifico a inexistência de instrumento de procuração da autuada em favor da empresa Gás Auto Conversão de Veículos para Gás Natural Ltda. fato que poderia ensejar a declaração da ilegitimidade do agente que formalizou a impugnação. Contudo, o agente que apresentou a defesa é o destinatário das mercadorias apreendidas e tem legítimo interesse na solução desta lide, haja vista que as mercadorias foram apreendidas e, consequentemente, encontrava-se impedido de comercializá-las.

Constatou também que o destinatário das mercadorias, foi nomeado pelo agente fiscal como depositário das mesmas em razão de requerimento formalizado, fl. 13, conforme termo de liberação, onde consta a autorização do Fisco para que o depositário, inicialmente a transportadora LB Transporte de Cargas Ltda., entregue as mercadorias ao destinatário.

O artigo 4º do citado RPAF, estabelece as condições de legitimidade para postular, sendo que o parágrafo único determina que a postulação de pessoa manifestamente ilegítima será arquivada pela repartição fazendária, mediante despacho do seu titular.

A identificação do interessado no mandato ou de seu vínculo com o sujeito passivo será feita com a petição ou no ato da intervenção, assim prescreve o parágrafo único do artigo 3º do RPAF/99.

Cabe ainda destacar que o inciso II do §1º do artigo 10 do referido diploma regulamentar, institui que a petição será considerada “viciada de ilegitimidade de parte, quando assinada por pessoa sem capacidade ou competência legal para fazê-lo, inclusive em caso de ausência de legítimo interesse ou de ilegalidade da representação”.

Considerando que a empresa destinatária das mercadorias, que protocolizou a defesa, muito embora não seja a própria autuada, se constitui parte interessada no deslinde da lide, razão pela qual deve ser acatada a peça de defesa, por não se aplicar no caso dos autos, a caracterização de ilegitimidade de parte.

Não consta no processo prova de que a autuada tenha sido cientificada do lançamento e intimada a se manifestar no prazo legal de 60 dias, como previsto no artigo 123, do RPAF/99, fato que poderia levar a decretação de nulidade da notificação fiscal, por cerceamento de direito de defesa, apesar da possibilidade de que tal falha processual poder ser sanada através de diligência, consoante previsto no § 1º do artigo 18, do citado RPAF/99.

Analizando 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.

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. Portanto, não há que se falar em exigência de tributo com aplicação de penalidade, pelo Fisco baiano, de contribuinte localizado em outra unidade da Federação.

No processo de instrução consultei o PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, comprovando que a nota fiscal eletrônica – DANFE nº 000.055.265, que acobertou a remessa dos bens de São Paulo para a Bahia, se encontra com o *status* de AUTORIZADA, portanto, apta a surtir os efeitos jurídicos e fiscais, não cabendo caracterizá-lo como inidôneo nos termos do art. 44, inc. II da Lei nº 7.014/96. Caso fosse, 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.

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, fato que caberia decretar a nulidade do lançamento.

Contudo, ultrapasso a nulidade apontada, nos termos do parágrafo único do art. 155, do RPAF/99, porque a exigência é também improcedente, como veremos.

Assim, superadas as questões preliminares, passo a analisar o mérito com fundamento no parágrafo único do artigo 155 do RPAF/99, que prevê:

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

No mérito, a notificação exige o ICMS por falta de retenção e recolhimento do imposto de contribuinte localizado no Estado de São Paulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

A defesa argumenta que a mercadoria, cilindro de aço para GNV, está amparada com isenção do ICMS nas operações internas, conforme prevê o art. 265, inc. XCVII do RICMS/2012, argumento válido, pois efetivamente assim dispõe o citado regulamento, conforme transcreto a seguir.

Art. 265. São isentas do ICMS: (...)

XCVII - as operações internas com os seguintes equipamentos e instrumentos destinados a conversão de veículos automotores para operar com gás natural veicular:

a) cilindro gnv;

O disposto no art. 12-A, § 1º, inc. I, arguido pela defesa, não serve de justificativa, haja vista que o presente lançamento trata de exigência do ICMS que deveria ter sido retido a título de substituição tributária, comumente identificada de antecipação total, enquanto o citado dispositivo exclui da exigência da antecipação parcial para as mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção, o que não é o caso.

Tratando-se de mercadorias que goza de isenção nas operações internas, a mesma não consta no Anexo 1 ao RICMS/2012, como mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, e, portanto, não há obrigatoriedade de ocorrer a antecipação tributária exigida pela notificação fiscal, consoante prevê o art. 289 do citado regulamento, ou seja, “*Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento*”.

Apesar de constar no Anexo único do Protocolo ICMS 49/2008, do qual São Paulo e Bahia são signatário, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, o produto cilindros GNV, NCM 7311.00.00, o legislador baiano não o incluiu no rol das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Assim procedeu coerentemente com a finalidade da cobrança do imposto por substituição tributária que consiste na cobrança do imposto devido em operações subsequentes, antes da ocorrência do fato gerador. Ou seja, antes de uma posterior saída ou circulação da mercadoria, o imposto correspondente deve ser retido e recolhido. Tratando-se de mercadorias cujas saídas estão beneficiadas com isenção, não há imposto a reter pelo remetente, não sendo cabível a exigência da presente notificação.

Por tudo exposto, voto pela improcedência da notificação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **099883.0316/18-1**, lavrada contra **MAT S. A..**

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2020.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR