

N.F. N° - 210436.0164/17-0

NOTIFICADO - STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI-ME

NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.04.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0126-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE SEM A COMPETÊNCIA LEAGAL. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 31/07/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$1.932,88, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: 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, aprovado pelo Decreto 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 nº 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva com anexo às fls. 41/72, preliminarmente afirmando a tempestividade da defesa e 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 da empresa 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, pelos motivos que passa a expor.

Destaca que a entrada da mercadoria no território estadual diz respeito a um caso típico de industrialização, realizada pela autuada 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.

Informa que a empresa autuada 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. Assevera 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.

Aduz 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, fixa diversas etiquetas de tamanho, códigos e preços e por fim, faz a embalagem definitiva. Assim, entende restar patente a hipótese de industrialização, a qual não incide o imposto estadual.

Esclarece 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 aqui 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.

Transcreve o art. 2º§ 4º, incisos II e IV do RICMS que trata do próprio beneficiamento do produto e o acondicionamento ou recondicionamento e afirma que própria regulamentação da matéria na esfera estadual destaca o beneficiamento, o acondicionamento e o recondicionamento como hipóteses de industrialização, não havendo motivos pelos quais a atividade desenvolvida por este Impugnante 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. 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 inexiste fato gerador do tributo, devendo a Notificação Fiscal aqui impugnada ser julgada improcedente e efetivamente desconstituída.

Aduz que este Conselho já vem anulando autos de infração que exigem o pagamento de ICMS por ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL sobre mercadorias destinadas a indústria, conforme decisões da 5ª e 2ª Junta de Julgamento Fiscal, cujas Ementas transcreve. Entende que, em se tratando de caso similar ao aqui exposto, e restando demonstrada a ilegalidade da Autuação, pugna que a Notificação Fiscal seja anulada, 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, e transcreve conclusões de decisões. 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, 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

Assevera que, caso haja o entendimento de 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. Em seguida, transcreve entendimento do STJ e lembra que a Súmula 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”.

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 merece prosperar a presente infração, devendo a Notificação Fiscal ser efetivamente anulada.

Salienta que a empresa vem cumprindo todos os requisitos legais e que é credenciada para recolhimento do ICMS de forma diferida, conforme documento em anexo.

Assinala que se a operação realizada por esta Impugnante 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 este Impugnante 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). Explica que o referido benefício é aquele previsto no artigo 332, § 2º do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/2012) denominado de “CREDENCIAMENTO NO CAD-ICMS” em que possibilita ao Contribuinte de ICMS o recolhimento diferido do ICMS das mercadorias provenientes de outra unidade da federação enquadradas como substituição tributária por antecipação ou não.

Conclui que, na medida em que esta Impugnante preencheu cumulativamente os referidos requisitos expostos na legislação, é plenamente credenciado no CAD-ICMS. Esta 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. 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. Pelo que inexistem fundamentos legais para a cobrança do ICMS por antecipação tributária.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência da exigência fiscal e 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.

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.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$1.932,88 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)"

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)"

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)"

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Verifico que a ação fiscal, que resultou na presente Notificação Fiscal, teve início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 9402655000160-2017619 expedido em 19/06/17 pela Central de Operações Estaduais (COE) às fls. 03, e que o contribuinte foi intimado para apresentação de DAES/GNRES de antecipação parcial ou total do exercício de 2017 pagos tempestivamente, relativos aos DANFES, objeto da autuação, conforme fl. 10.

Na situação sob análise, constato que, efetivamente, houve adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, com vistas a apurar fatos pretéritos, a exemplo da expedição de Termo de Intimação para apresentação de documentos relativos a um período determinado. Todavia, conforme pesquisa realizada no sistema INC – Informações do Contribuinte, verifico que o Notificado, apesar de ser uma microempresa, não é optante do Simples Nacional, conforme fl. 7. Dessa forma, no presente caso, o Notificante, na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura da Notificação Fiscal, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”

Portanto, da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização deste tipo de empresa não optante pelo Simples Nacional é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, I do RPAF-BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **210436.0164/17-0**, lavrada contra **STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2021.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR