

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0010/04-1
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0178-03/05
ORIGEM - INFAZ VITORIA DA CONQUISTA
INTERNET - 12/09/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0288-12/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS, POR TRANSFERÊNCIA, DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ADQUIRIDOS ATÉ 31/12/00. O estorno do crédito fiscal relativo a aquisições de bens do ativo imobilizado, é exigido, mesmo na hipótese de saídas, por transferência, para outros estabelecimentos da mesma empresa. Infração caracterizada. Reiterada a incompetência do órgão julgador administrativo para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação tributária baiana. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Inconformado com a Decisão da 3ª JJF no PAF em que figura como autuado o contribuinte em epígrafe ingressou com um Recurso Voluntário objetivando a modificação do julgamento realizado.

O Auto de Infração objeto deste PAF foi lavrado em 28/12/04, para exigir o ICMS no valor de R\$31.949,30, acrescido da multa de 60%, em decorrência de três infrações tendo o autuado reconhecido duas e impugnado apenas uma delas. A petição apresentada desejava impugnar a infração assim descrita: *“falta de estorno de crédito fiscal referente a bens do ativo imobilizado que tenham sido alienados antes de decorrido o prazo de cinco anos, contados da data de sua aquisição ou recebimento. Consta, ainda, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou transferências de bens, sem proceder a escrituração do CIAP, e conseqüentemente, omitindo-se dos estornos de créditos correspondentes” – R\$4.014,65”*.

De acordo com o constante nos autos e no relatório da Sra. julgadora da 3ª JJF, o autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou tempestivamente a impugnação alegando que não houve alienação dos bens em questão, mas transferência de ativos entre estabelecimentos da mesma empresa e, portanto, diante do princípio da legalidade e da jurisprudência dominante, *“é impossível o estorno do crédito fiscal quando não se cuida de compra e venda de ativo imobilizado de terceiros, até porque o ICMS só é devido se houver fato gerador, circulação de mercadoria (transferência de propriedade – caráter mercantil), o que não é o caso em tela que configura mera transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (circulação física e não econômica)”*. Transcreveu dispositivos da Constituição Federal e a jurisprudência buscando apresentar diferenças conceituais entre *“circulação física e econômica”*, para em seguida concluir que *“transferência de mercadoria entre os estabelecimentos da mesma empresa não é fato gerador do ICMS”* e, portanto, *“o deslocamento físico de bens de um estabelecimento para outro, faltante o fato mercantil, não gera ICMS”*, não havendo necessidade de realizar o estorno de crédito fiscal, como pretendido nesta autuação. Entende que *“deixar de aplicar a taxa de juros SELIC não é declarar inconstitucional ou ilegal a norma que a instituiu, mas sim uma questão de escolher a norma válida a seguir”*. Acrescenta que o Código Tributário Nacional (CTN), como lei complementar, é hierarquicamente superior à Lei Ordinária nº 9.065/95, que adotou a referida taxa e, dessa forma, deve ser aplicada a regra do § 1º do artigo 161 do CTN. Aduz que não se pode aplicar aos créditos tributários a taxa SELIC, visto que está sendo utilizada

como remuneração de capital e não como juros moratórios. Pede o expurgo, da exigência fiscal, dos juros à base da SELIC – Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia, conforme o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que apresenta. Alega que a multa de 60% é confiscatória, sendo ilegal e inconstitucional a sua cobrança, conforme o entendimento da jurisprudência que colaciona aos autos. Pede que seja levada em consideração a regra de *in dubio pro contribuinte*, inserida no artigo 112, do CTN, e conclui afirmando que a exigência fiscal é ilegal, pois se “*trata de mero descolamento físico de bens do ativo imobilizado para outro estabelecimento da mesma empresa, situação que não se sujeita ao imposto*”.

O autuante afirma que “*com base no disposto no art. 100, § 7º, inciso I que obriga o contribuinte a estornar os créditos relativos ao ativo imobilizado que venham a ser alienados, bem como, no § 7º, inciso II onde consta que são considerados alienados os bens transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa, pode-se concluir que a argumentação do contribuinte no item 1 é totalmente improcedente, e assim, a infração deve ser mantida*”.

Quanto ao mérito a empresa em seu Recurso Voluntário, repete todos os argumentos utilizados na primeira instância e considera que o mesmo equívoco do Auto de Infração foi cometido na Decisão recorrida. Em relação à multa confiscatória entende que a não apreciação na esfera administrativa de aspectos relativos à inconstitucionalidade e ilegalidade da norma não a impediria de deixar de aplicar uma multa confiscatória. Retoma a tese da inaplicabilidade da SELIC nas relações tributárias e conclui o seu pedido no sentido de que seja dado Provimento ao seu Recurso Voluntário e que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao contribuinte.

A PGE/PROFIS emite Parecer opinativo onde entende que “*in casu não restou devidamente demonstrada a ocorrência de arbitrariedade ou ilegalidade*” e que a atuação se deu na estrita observância dos dispositivos legais e regulamentares, frisando inclusive que o fato se deu antes de 01.01.2000 a partir de quando houve mudança no sistema de estorno de créditos em razão da transferência de ativo fixo imobilizado. Afirma a inaplicabilidade da Súmula 166 do STJ e conclui: “*a par da constatação referida cumpre destacar que o recorrente limitou-se em alegar sua boa-fé e a inexistência de prejuízo ao erário estadual, mas não promoveu a juntada de qualquer documento a seu favor, a exemplo dos registros de inventário que invocou em sua defesa*” e considera também que “*desprovidas de razão apresentam-se as irresignações do recorrente no que respeita à aplicação da multa de 60% e incidência da Taxa SELIC, não só em razão das prescrições legais, Estaduais e Federais, aplicáveis à espécie, mas também, por não caber ao CONSEF apreciar a alegação de inconstitucionalidade ou legalidade de direito posto*”. Opina pela Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso Voluntário interposto inobstante caber sobre a tese nele levantada uma série de considerações de ordem doutrinária e jurisprudencial, não cabe a este Conselho de Fazenda a discussão sobre a aplicabilidade de tais argumentos pela impossibilidade legal de apreciar matéria vinculada à inconstitucionalidade e ilegalidade.

Efetivamente o ICMS é um imposto que tem a sua matriz constitucional delineada para incluir em seu bojo uma gama de operações relativas à circulação de mercadoria, além de prestações específicas de serviços. O perfil constitucional do imposto nos leva a acreditar que não somente sobre estas operações, mas, também, sobre a entrada de bens na importação, e uma certa repartição de receitas quando da entrada de bens oriundos de outra unidade da Federação e destinadas a uso ou consumo do contribuinte adquirente. Apesar da mediana clareza da norma constitucional e a inexistência na Lei complementar estabelecidora de norma que regule a matéria, a Legislação tributária baiana estabeleceu que a hipótese de transferência de mercadorias ou bens entre estabelecimentos da mesma empresa constitui fato gerador do imposto e o conseqüente sectário de validação de créditos, obrigatoriedade de estorno, etc.

Julgamento efetuado e ora recorrido, teve como base à existência inequívoca da infração descrita no lançamento de ofício, pois restou sobejamente provado, inclusive, com reconhecimento do próprio autuado, que o mesmo adquiriu bens para o ativo fixo do seu estabelecimento, creditou-se do valor total do ICMS, porém ao promover sua transferência para outro estabelecimento da mesma empresa, deixou de realizar o estorno devido bem como não efetuou a escrituração exigida em tais circunstâncias. Claro restou a desobediência ao RICMS que prevê:

“Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:(...)”.

§ 7º Relativamente à alienação de bens do ativo imobilizado cujas entradas no estabelecimento tenham ocorrido até 31/12/00:

I - devem ser estornados ou anulados os créditos referentes a bens do ativo imobilizado que venham a ser alienados antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de sua aquisição ou recebimento, caso em que o estorno ou anulação será de 20% (vinte por cento) por ano ou fração que faltar para completar o quinquênio (§ 1º do art. 339);

II - para os efeitos do inciso anterior, consideram-se alienados os bens que forem objeto de.

c) transferência para estabelecimento da mesma empresa situado neste Estado (art. 98, parágrafo único);

d) transferência para estabelecimento da mesma empresa situado em outra unidade da federação (art. 624, parágrafo único).”

No que concerne aos argumentos apresentados em contraposição à cobrança da taxa SELIC e ao elevado percentual da multa aplicada, comungo das opiniões preferidas pela Sra. julgadora e pelo Sr. procurador no sentido de que o aparato legal assim determina, ao tempo em que nos proíbe não aplicá-lo em função de possíveis inconstitucionalidades ou ilegalidades que contenha.

Somos, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM, os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279463.0010/04-1**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.949,30**, sendo R\$1.502,85 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$30.446,45, acrescido de idêntica multa, prevista nas alíneas “a” e “b”, VII e do artigo 42, da citada Lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA -RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA GE/PROFIS