

A. I. N.º - 088444.0310/09-3
AUTUADO - GRIFFIN BRASIL LTDA.
AUTUANTE - DERIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 15.09.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0286-02/09

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM MERCADORIA PARA DESTINATÁRIO COM INSCRIÇÃO BAIXADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Na entrada, no território estadual, de mercadoria para revenda neste Estado destinada a contribuinte com inscrição suspensa, o imposto sobre o valor adicionado deve ser pago por antecipação no posto fiscal de fronteira. Confirmada o cancelamento da inscrição. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 08/03/2009, foi imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada. ICMS no valor de R\$2.209,15, multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 18 a 30, através de sua incorporadora a “Du Pont”, e esclarece que a autuada é sua filial estabelecida na Bahia no Pólo Petroquímico de Camaçari. Consigna que, de acordo com a intimação, o fisco não teria conseguido identificar o contribuinte, pois informou como destinatária a incorporada Griffin do Brasil Ltda, quando, de fato, deveria ter informado a Du Pont. No mesmo erro, entretanto, incorreu a defendente quando consignou este como destinatário da transferência realizada, ou seja, transferiu as mercadorias para sua filial estabelecida no Estado da Bahia e, por equívoco, informou os dados anteriores à incorporação. Aduz que, após a apreensão das mercadorias e com a chegada delas ao destino, a filial recusou a nota em seu verso por erro na definição do destinatário como demonstrado nas cópias das notas juntadas aos autos.

Assim, por erro na identificação do sujeito passivo, pede a nulidade do auto de infração porquanto figura no pólo passivo da Griffin do Brasil, empresa extinta por incorporação em outubro de 2005 e, de acordo com artigo 132, do CTN, incorporadora é a responsável, até a data do ato, pelas pessoas jurídicas incorporadas.

A defesa recorre à jurisprudência para demonstrar que é nula a exigência de tributos de empresas extintas por incorporação. Por outro lado, mesmo reconhecendo seu erro, as mercadorias foram devolvidas sem prejuízo ao Estado (único procedimento possível quando há erro na consignação do contribuinte nos termos do ajuste SINIEF 0112007) não havendo o que se falar em recolhimento do imposto.

Em sua defesa, o contribuinte faz alusão ao princípio da verdade material, que deve orientar todo o processo administrativo, como aquele que deve nortear o julgador tributário no caso em questão como têm entendido reiteradas vezes os tribunais administrativos. Segundo este princípio, comprovado o erro material, é dever da Administração Tributária promover, de ofício ou a pedido, a correção.

Por fim, entende não ter havido a ocorrência do fato gerador porque não basta a circulação física das mercadorias, mas, sim, a transferência de sua titularidade. Neste aspecto, cita a súmula 166, do STJ, que firma o entendimento de que "a mera saída da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS, cujo fato impositivo demanda a circulação econômica do bem".

Auditor designado para tanto, apresenta a informação fiscal, às fls. 53 e 54 dos autos. Inicialmente, rejeita o argumento de que o ICMS não incide sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, apesar deste ser o teor da súmula 166, do STJ, pois esta decisão exarada em novembro de 1993 contraria o disposto no artigo 2º, da lei complementar 87/96. Portanto, teve sua validade negada por esta lei posterior que define o fato gerador do ICMS como sendo a circulação de mercadorias sem qualquer exclusão. Não se argumenta qualquer restrição sobre esta circulação. Esta súmula traz a idéia de que o simples deslocamento da mercadoria pelo seu proprietário, sem implicar circulação econômica ou jurídica, não clara que "a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua".

Quanto à referida devolução das mercadorias que estavam sob a guarda da Transportadora, a Expresso Nepomuceno Ltda., esta ocorreu de forma irregular, porquanto sem a liberação delas e após ocorrida a ação fiscal, o que constitui responsabilidade da transportadora que as liberou à revelia da administração e, portanto, não é argumento que possa conduzir a decisão favorável ao contribuinte.

Afirma que a defesa recorre ao princípio da verdade material que deve prevalecer nos procedimentos administrativos, mas o erro por ela cometido não se justifica, pois a referida incorporação da Griffin Brasil Ltda., ocorreu em 31 de outubro de 2005, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária apresentada pela incorporadora (fl 35 hachureada). Já havendo quatro anos desde a incorporação e sendo a nota fiscal emitida via sistema informatizado, não há por quê ter havido tal erro. Aduz que admitir esta possibilidade é admitir que ela vem ocorrendo há muito, o que requer investigação mais aprofundada, pois assim como neste caso todas as transferências efetuadas nestes quatro anos desde a incorporação merecem atenção especial e podem estar escondendo operações de transferências. E inconcebível que após vários anos uma empresa inexistente ainda esteja programada no sistema de documentos fiscais da Du Ponto Não obstante, não vemos qual a vantagem que a Du Pont possa obter com esta operação na medida em que perde o crédito destacado no documento fiscal sobre paletes e insumos utilizados no seu processo produtivo (rótulos).

Finaliza por aceitar o princípio da verdade material, pois o destinatário trocado parece ser por erro na emissão do documento quando não vemos vantagem no procedimento caso fosse praticado de forma intencional.

VOTO

Foi imputado ao sujeito passivo, através do presente Auto de Infração, a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

Considerando que as arguições de nulidade se entremeiam às arguições de mérito, formuladas na peça impugnatória, passo as análises e conclusões amparadas nos aspectos impugnados.

Verifico que o autuado se insurge quanto à legalidade e a constitucionalidade nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa. Diante de tal arguição, parece apropriada a reprodução de parte do texto que é resultado do trabalho executada pela Comissão composta pelos Auditores Fiscais, Tolstoi Seara Nolasco e Ângelo Mário de Araújo Pitombo, em conjunto com o Procurador-Assistente, Dr. José Augusto Martins Junior, que atua na representação da PGE/BA.

“...Em torno da questão que envolve as transferências internas há muita discussão doutrinária e jurisprudencial, e, a respeito deste tema, o Poder Judiciário, através da Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), manifestou entendimento nos seguintes termos: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Cumpre observar que a mencionada Súmula é originária de um dos tribunais mais importantes do Brasil, que integra a cúpula do Poder Judiciário brasileiro, estando abaixo apenas do STF, e consolidada posição que até o momento não foi revista pela atual composição de ministros.

No entanto, é importante frisar, que a mencionada Súmula foi editada a partir de decisões firmadas sob a égide do Decreto-Lei 406/68, que regulava o antigo ICM, não possuindo o condão de vincular a administração pública estadual, visto que somente através das ações de controle concentrado de constitucionalidade, submetidas ao STF, a exemplo da ADI, ADC ou ADPF, ficará o Estado obrigado a cumprir eventual decisão que declare a inconstitucionalidade de norma tributária, face aos efeitos “erga omnes” e vinculantes das deliberações do Excelso Pretório.

Sem sobra de dúvida, este é um tema que se relaciona diretamente com a matriz constitucional do imposto e o desdobramento da sua materialidade, ou seja, as discussões gravitam em torno do aspecto material da hipótese de incidência do ICMS ou do fato impositivo, expressões de uso corrente na doutrina. A despeito da regra expressa na lei pela incidência do tributo quando a mercadoria é destinada fisicamente para outro estabelecimento da mesma empresa, em face do princípio da autonomia de cada uma das unidades empresariais, é de relevante indagação constitucional a questão em apreço, visto que a regra matriz do tributo, contida na Constituição (art. 155, inc. II), dá a entender que se faz necessária a circulação jurídica das mercadorias, concretizada através da mudança de titularidade, para se poder desencadear a exigência do ICMS. (vide o voto do Consº Helcônio Almeida, no processo de nº 1806420003075)

Mais recentemente, em 2006, o STF, não em ação de controle concentrado de constitucionalidade, mas no exame do agravo de instrumento interposto contra a Decisão proferida no RE nº 158.834, firmou entendimento concorde com o STJ, pela inexigibilidade de pagamento de ICMS em operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, considerando que o deslocamento físico, por si só, não é capaz de atrair a incidência do tributo. É importante registrar a existência de julgados dessa natureza, considerando, em especial, de onde os mesmos são originários, visto que seus fundamentos poderão ser utilizados pelos contribuintes para embasar impugnações ou mesmos recursos na via administrativa.

Todavia, discussão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei ou do Regulamento, no âmbito do Conselho de Fazenda, encontra obstáculos na própria norma que regula o processo administrativo fiscal, face ao prescreve o art. 167, inc. I, do RPAF/99, havendo apenas a possibilidade da questão ser encaminhada pelo órgão julgador, via representação, ao Secretário da Fazenda, para que esta autoridade, após oitiva da Procuradoria Estadual, dê início ao processo de modificação ou revogação do ato ou lei considerado ilegal ou inconstitucional, conforme prescreve as regras contidas no art. 168, do RPAF/99.

Diante dos óbices acima apontados, resta, tão-somente, examinar a questão sobre outra ótica, partindo-se da interpretação do texto da própria norma, deixando o exame da sua desconformidade com a Lei Maior a cargo do Poder Judiciário....”

É importante, por conseguinte, lembrar, em consonância com o trabalho acima alinhado, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos a presente exigência, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

A arguição do impugnante de que houve incorporação e não mais existe o estabelecimento autuado, não elide a presente exigência tributária, pelo contrário oferece a materialidade para tanto, pois a referida incorporação da Griffin Brasil Ltda., ocorreu em 31 de outubro de 2005, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária apresentada pela incorporadora (fl. 35). “*Já havendo quatro anos desde a incorporação e sendo a nota fiscal emitida via sistema informatizado, não há por quê ter havido tal erro*”, conforme afirma o auditor designado para prestar a informação fiscal.

Ficou demonstrado que o autuado estava com a inscrição baixada no momento da entrada dos produtos neste Estado, conforme documento à fls. 08 e 09 dos autos. Sendo assim, o imposto deveria ter sido recolhido na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, conforme art. 125, inciso II, “a” 1, do RICMS/BA, como segue, *in verbis*:

“**Art. 125.** O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

....

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

a) destinadas a:

.....

2 - contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria.”

A referida devolução das mercadorias que estavam sob a guarda da Transportadora, a Expresso Nepomuceno Ltda., ocorreu de forma irregular e posterior a ação fiscal, em 11/03/2009, conforme termo de ocorrência à fl. 10, de 08/03/2009.

Quanto ao pedido de dispensa da multa, não cabe apreciação por esse órgão fracionário do CONSEF, entretanto, em consonância com o art. 159 do RPAF/BA, pode ser requerida à Câmara Superior desse órgão a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Isto posto, voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração, não cabendo a nulidade ou arguições de mérito da defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **088444.0310/09-3**, lavrado contra **GRIFIN BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$2.209,15, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2009.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA