

PROCESSO - A. I. N° 298922.0002/10-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF
RECORRIDOS - COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF n° 0221-04/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0383-12/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS REGULARMENTE ESCRITURADOS. a) SAÍDAS COM ALÍQUOTAS DE 17%. b) SAÍDAS COM ALÍQUOTAS DE 12%. c) SAÍDAS COM ALÍQUOTAS DE 7%. Não havendo utilização efetiva dos créditos fiscais do imposto destacado nas notas fiscais de devolução de materiais de uso e consumo e bens de ativos, não é cabível a exigência do imposto destacado em documentos fiscais. Documentos juntados ao processo comprovam que foi feito o pagamento do imposto incidente sobre as operações de vendas de bens do ativo (CFOP 5551) antes do início da ação fiscal. São improcedentes as infrações 1, 2 e 3. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos com a exclusão de valores relativos a operações de aquisição de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária; de simples remessa cujo imposto da operação foi pago tempestivamente e de nota fiscal contemplada com redução de base de cálculo. Não acatado os argumentos com relação à aquisição interestadual de sementes de plantas e vacina anti-gripal por não serem contempladas com isenção do imposto. Também não acolhida à pretensão de aplicação da redução da base de cálculo nas operações de aquisição de peças para aeronaves por não atender ao que dispõe o Convênio ICMS 75/91. Corrigidas as datas de ocorrência e de vencimento contidas no demonstrativo do débito. Infração elidida em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Documentos juntados ao processo comprovam que parte das operações se refere a transferências de bens de ativo de empresa concessionária de energia elétrica, contemplada com isenção e consequentemente afastada a exigência dos valores correspondentes. Mantida a exigência relativa às transferências de material de uso e consumo que são tributadas. Infração elidida em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª JJF que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado (infrações 1, 2, 3 e parte das infrações 4 e 5), tudo a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2010, exige ICMS no valor de R\$254.840,72, além de multa e acréscimos legais, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que se refere à falta de recolhimento de imposto destacado em documentos fiscais de saídas com alíquota de 17% (2006) - R\$8.096,15.

Infração 2 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Saídas com alíquota de 12% (2006) - R\$20.363,55.

Infração 3 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Saídas com alíquota de 7% (2006) - R\$85.108,30.

Infração 4 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo e ativo permanente do estabelecimento, conforme Anexos II, III e IV - R\$61.289,88.

Infração 5 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, de operações de transferências interestaduais de material de uso e consumo para estabelecimento da empresa situado em outra unidade da Federação, sem destaque e recolhimento do imposto - R\$79.982,84.

A 4ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, julgando Procedente em Parte a autuação (improcedentes as infrações 1, 2 e 3, e parcialmente procedentes as infrações 4 e 5) para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$ 130.109,38, acrescido das multas de 50% e 60%, previstas no art. 42, I, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo ao não recolhimento do imposto destacado em notas fiscais (17%, 12% e 7%), da diferença de alíquota e transferências de material de uso e consumo.

Conforme esclarecido pelo autuado, as infrações 1, 2 e 3, se referem a saídas de bens do ativo por vendas (CFOP 5551) cujo imposto foi pago e devolução de materiais de consumo (CFOP 5556, 6556, 6913 e 6949) e de bens do ativo (CFOPs 5553 e 6553).

Na informação fiscal os autuantes acataram os pagamentos relativos a vendas de bens do ativo (CFOP 5551) exigido mês de dezembro/06 na infração 1, e contestaram que as operações de devoluções de bens de ativo e material de consumo por entender que são operações tributáveis.

Portanto, os DAEs juntados com a defesa (fls. 342/352) provam que o recolhimento do ICMS exigido sobre as operações de vendas de bens do ativo ocorreu antes do início da ação fiscal, sendo improcedente o valor exigido de R\$3.889,51 relativo às notas fiscais 9873, 9877, 9878, 9907 a 9909 relacionadas no demonstrativo à fl. 12 referente à infração 1.

Quanto às operações com CFOP 5556, 6556, 6913 e 6949 pertinentes a saída por devolução, apuradas saídas com alíquota de 17% na infração 1, 12% na infração 2 e 7% na infração 3., constato que a acusação é de que ocorreu falta de recolhimento do ICMS destacado em documentos fiscais, como admitido pela fiscalização de devolução de material de uso e consumo.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a exemplo da nota fiscal 9576 (fl. 44) a empresa destacou o ICMS de R\$153,76 (alíquota de 17%) relativo à devolução de materiais de uso e consumo diversos (ferramentas e peças) consignados nas notas fiscais de compras de nºs 3214 e 3228. Em se tratando de aquisições de material de uso e consumo relativo ao período fiscalizado (janeiro a dezembro/06) havia previsão de utilização de crédito fiscal a partir de 01/01/11 (art. 93, § 11, 1.3 do RICMS/BA e art. 33, I, LC 87/96 com atualização dada pela LC 122/06).

Observo que não havendo previsão de utilização do crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições de material de uso e consumo, o art. 652 do RICMS/BA prevê que na hipótese de devolução de mercadorias cuja entrada ocorreu sem utilização de crédito fiscal, será permitido creditar-se do imposto lançado na nota fiscal de

devolução. Logo, em se tratando de devolução de mercadorias e não de venda (material de uso ou consumo) cujo crédito fiscal não é autorizado na entrada, não há do que se falar de operação tributável, visto que o citado dispositivo legal prevê o lançamento do crédito destacado na nota fiscal de devolução para neutralizar o débito relativo ao lançamento da nota fiscal no livro RSM.

Concluo que embora a empresa não tenha procedido como determina a legislação (lançamento de débito e estorno), tal procedimento não resultou em falta de pagamento do imposto, nem causou prejuízo ao Erário Público, havendo apenas o descumprimento de uma obrigação acessória. Também não é razoável acatar o posicionamento dos autuantes de que deveria efetuar o pagamento do ICMS exigido e em seguida lançar crédito fiscal correspondente. Assim sendo, não havendo utilização efetiva dos créditos de ICMS na aquisição de materiais de uso e consumo constantes no Anexo I relativo às operações de devolução com os CFOPs 5556, 6556, 6913 e 6949 do presente Auto de Infração, considero incabível a exigência dos valores correspondentes em relação aos CFOPs indicados no início.

Com relação às operações de devoluções de bens do ativo com os CFOPS 5553 e 6553 (notas fiscais 3124, 1881, 1928, 9669, 3277, 2174, 10071, 10072, 10073, 9695, 2061 e 2151), na defesa apresentada o autuado alegou que desde setembro/06 não utiliza créditos fiscais relativos a aquisições de bens do ativo e que “não é lícito que pague ICMS sobre a devolução de bens que adquiriu sem se valer do benefício de utilização do crédito relativo a prefalada aquisição”.

Na informação fiscal os autuantes contestaram dizendo que até agosto/06 o contribuinte utilizava os créditos na aquisição de bens do ativo e que nada impede a exigência do ICMS nas operações de devoluções, que entendem serem tributadas.

Observo que a acusação é de que a empresa deixou de recolher o ICMS destacado em documentos fiscais, escriturados nos livros fiscais próprios e no enquadramento foi indicado apenas o artigo 124, I do RICMS/BA que trata de recolhimento do ICMS Normal no prazo.

Como os autuantes invocaram amparo no art. 652 do RICMS/BA no momento que prestaram informação fiscal, transcrevo o mencionado dispositivo abaixo para efeito de análise:

Art. 652. Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na Nota Fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário.

§ 2º No caso de devolução de mercadorias ou bens adquiridos para uso, consumo ou ativo permanente, já tendo sido paga a diferença de alíquotas, o valor correspondente será recuperado mediante lançamento no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS, pelo valor nominal, com a observação "Diferença de alíquotas - mercadoria devolvida", a menos que o imposto relativo à diferença de alíquotas já tenha sido utilizado como crédito.

Observa-se que o caput determina que na hipótese de devolução cuja entrada tenha ocorrido sem a utilização de crédito fiscal, será permitido ao contribuinte creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução e o parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal estabelece procedimentos a serem utilizados relativos à recuperação do ICMS da diferença de alíquota porventura já pago.

Em se tratando de aquisição de mercadorias destinadas ao ativo permanente, o ICMS destacado na nota fiscal de aquisição é lançado no livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), nos termos do art. 339, § 2º do RICMS/BA e a sua apropriação ocorre gradativamente em quarenta e oito parcelas (art. 93, §17). Logo, a utilização ou não do crédito fiscal do ativo não tem pertinência com a acusação, visto que se ficasse comprovada a utilização do crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias devolvida, deveria ser outra acusação.

Diante do exposto, a acusação é de que a empresa deixou de recolher o ICMS destacado e escriturado em documentos fiscais. Observo que a devolução de mercadorias configura um desfazimento da operação de aquisição. Quando se trata de operação em que é admitida a utilização do crédito o valor do débito fiscal escriturado anula o crédito. Na situação presente, o autuado destacou o ICMS nas notas fiscais para possibilitar o crédito no estabelecimento destinatário, mas não escriturou o débito, nem o crédito como previsto no art. 652 do RICMS/BA. Concluo que da mesma forma que apreciado anteriormente em relação às devoluções de bens de uso e consumo, o procedimento adotado pelo autuado não causou qualquer prejuízo ao Erário Público e improcedente a acusação.

Além disso, pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a nota fiscal 9695 de 26/05/06 juntada à fl. 84, constante do demonstrativo à fl. 11, trata de devolução de água oxigenada, compressas de gaze, esparadrapo, luva cirúrgica e seringas, ou seja, material de uso e consumo erroneamente classificada como ativo imobilizado, cuja devolução ocorreu dentro do próprio mês (entrada pela nota fiscal 11893 de 09/05/06).

Também as notas fiscais de devolução de números 10071, 1072 e 10073 emitidas em 23/11/06 (fls. 69/71) com débitos fiscais mais relevantes (R\$24.675,75, R\$24.675,75 e R\$21.585,48 totalizando R\$70.936,98) ocorreram

no próprio mês visto que referem-se às notas fiscais 289488, 289489 e 289490 de 06/11/06. Não há provas no processo de que houve escrituração dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais originais.

Convém ressaltar que a 2ª Câmara do CONSEF no Acórdão CJF Nº 0380-12/08, não deu provimento ao Recurso de Ofício da Decisão contida no Acórdão da 4ª JJF nº 0256-04/08 (AI 269095.0001/07-9) quanto à devolução de material de consumo e deu provimento ao Recurso Voluntário no Acórdão CJF Nº 0377-11/08 (AI 269095.0002/06-7) referente a Decisão contida no Acórdão da 2ª JJF nº 0014-02/08 em relação à devolução de bens de ativo, em operações praticadas pelo autuado.

Por tudo que foi exposto, não havendo utilização efetiva dos créditos fiscais de ICMS nas operações de devolução de materiais de uso e consumo e bens de ativos que foram destacados nos documentos fiscais relacionados no Anexo I e que foi recolhido antes do início da ação fiscal o imposto incidente sobre as operações de vendas de bens do ativo (CFOP 5551), são improcedentes as exigências das infrações 1, 2 e 3.

Relativamente à infração 4, o autuado contestou não haver incidência do ICMS da diferença de alíquota nas operações com substituição tributária, remessa de bens, amparados por isenção e não foi considerado na apuração do imposto a redução da base de cálculo.

Considerando a não incidência do ICMS da diferença de alíquota sobre as aquisições de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e comprovação do pagamento do imposto relativo à nota fiscal de simples remessa, os autuantes fizeram a exclusão dos valores correspondentes (R\$336,15 e R\$744,40 relativo às notas fiscais 201 e 60551 nos meses de junho e julho e R\$389,14 no mês de janeiro/06 referente à nota fiscal 211782 relativa a simples remessa pela nota fiscal 209989). Portanto, correto o acatamento destes procedimentos.

Com relação às notas fiscais 1358 e 35042, relativas a operações interestaduais de aquisição de semente de planta e vacina anti-gripal, assiste razão aos autuantes visto que os artigos 17 e 20 do RICMS/BA não contemplam isenção de vacina anti-gripal e apenas operações internas com semente de planta, fato não contestado na manifestação do autuado acerca da informação fiscal. Logo, devem ser mantidas as exigências fiscais correspondentes.

Quanto às operações beneficiadas com redução de base de cálculo, conforme ressaltado pelos autuantes o Convênio 75/94, prevê identificação na nota fiscal do prefixo das aeronaves e publicação das empresas em Ato Cotepe para fruição do benefício fiscal (art. 75 do RICMS/BA). Logo, não tendo sido indicado os prefixos das aeronaves ou publicação do Ato Cotepe referente às empresas emitentes das notas fiscais 2575, 6287, 285, 1167, 345 e 615 (fls. 183/194), conforme previsto no art. 75, §1º, IV e §3º do RICMS/BA, não pode ser aplicado o benefício fiscal nas referidas operações.

Correto portanto, o acatamento quanto a nota fiscal 9482 emitida pela empresa Cruzeiro do Sul Aviação Ltda (fl. 363) que identifica o prefixo da aeronave com valor correspondente de R\$708,05.

Pelo exposto, acato o demonstrativo de débito refeito (fls. 390/391) com base nas planilhas às fls. 392/395 e considero devido o valor de R\$59.112,14. Observo que devem ser retificadas as datas de ocorrência e de vencimento do Auto de Infração, o que já foi feito pela DARC/GCRED conforme consta no demonstrativo original à fl. 13 (relativo às ocorrências em abril, maio, junho, julho e agosto/06, quando deveriam constar os meses de junho, julho, setembro, outubro e dezembro/06, conforme os anexos II, III, IV do referido Auto de Infração). Infração elidida em parte.

Quanto à infração 5, o autuado alegou que embora acuse transferência de material de consumo:

- a) “*as movimentações realizadas pela CHESF não foram de materiais de consumo e sim de bens do seu ativo*”, a exemplo das notas fiscais 2145, 2152 e 10253, de ar-condicionado e extintor de incêndio, que são amparadas com isenção (art. 22 do RICMS/BA);
- b) *Mesmo admitindo-se que tenham sido de materiais de consumo, entende que não há incidência de ICMS por se tratar de operações de transferências interestaduais para ela mesma.*

Os autuantes contestaram dizendo que o art. 22 do RICMS/BA trata de isenção na movimentação de bens do ativo de concessionária de energia elétrica, porém foi indicado nas notas fiscais o CFOP 6557 (Transferência de Material de Uso e Consumo) e não foi provado terem sido utilizados no processo produtivo da empresa. E que as transferências de material de consumo são tributadas.

Verifico que o art. 22, IV do RICMS/BA estabelece que:

Art. 22. São isentas do ICMS as operações com energia elétrica, bem como as movimentações de bens do ativo de concessionárias de energia elétrica:

IV - nas saídas de bens destinados a utilização ou a guarda em outro estabelecimento da mesma empresa, quando efetuadas por estabelecimento de empresa concessionária de serviço público de energia elétrica (Conv. AE 5/72 e Convs. ICMS 33/90, 100/90, 80/91 e 151/94).

Portanto, sendo beneficiária de isenção sobre as movimentações de bens de ativo entre estabelecimentos da

mesma empresa, sem distinção de operações internas ou interestaduais, fica afastada a exigência dos valores correspondentes de R\$1.044,00 (R\$8.700,00 X 12%) sobre as transferências de aparelhos de ar condicionado consignado na nota fiscal 2145 (fl. 221, que inclui também pneus que configura material de uso/consumo) no mês de outubro, ficando reduzido o valor exigido naquele mês de R\$16.451,68 para R\$15.407,68.

Da mesma forma no mês de dezembro deve ser afastada a exigência dos valores correspondentes de R\$576,00 (R\$4.800,00 X 12%) e R\$7.365,60 (R\$61.380,00 X 12%) sobre as transferências de extintores consignados nas notas fiscais 10063 e 10253 (fls. 220 e 244), ficando reduzido o valor exigido naquele mês de R\$8.503,95 para R\$562,35.

Quanto ao argumento dos autuantes de que não há comprovação de que se trata de bens de ativo e que foi indicado o CFOP 6557, observo que conforme ressaltado por eles, extintores e aparelhos de ar condicionado são bens que possui vida prolongada, passíveis de depreciação, podem ser instalados, desinstalados e reinstalados mantendo suas características originais, logo, devem ser contemplados com a isenção concedida ao estabelecimento autuado.

Quanto aos demais materiais objeto da exigência fiscal, verifico que conforme Anexo V (fls. 19/22) e cópias das notas fiscais juntadas às fls. 219/302 trata-se de transferências de capa de extintor, pneus, molas, tubos, garfo, silicagel, cabo esférico, conector, bucha, botina, bauxita, anilhas, chapas, papel reciclado, desumificador, fitas, réguas, eletrodutos, cartuchos, etc. (fls. 219/302). Logo, trata-se de transferências interestaduais de bens de uso e consumo, incluindo entre estes os consignados na nota fiscal 2152 (fl. 247) que trata de silicone p/revestimento, que equivocadamente a empresa afirmou na defesa tratar-se de ativo imobilizado.

Em se tratando de operações com material de uso e consumo, nas operações internas há incidência de ICMS por parte do remetente e vedação da utilização do crédito fiscal pelo destinatário (art. 93, § 11, 1.3 do RICMS/BA). Já nas operações de aquisições interestaduais, além da vedação do crédito há previsão de pagamento do ICMS da diferença de alíquota (art. 5º, I do RICMS/BA), de modo que o ônus tributário equivale ao das operações internas.

Ressalto que de acordo com as regras estabelecidas no Convênio ICMS 19/91 (art. 624 do RICMS/BA), é suspensa a incidência do ICMS nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, desde que retornem ao estabelecimento de origem, num prazo determinado. Porém, não se aplica a suspensão quando os bens ou materiais de uso ou consumo forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que há previsão de tributação inclusive do pagamento da diferença de alíquotas, no estabelecimento destinatário, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

O parágrafo único, do citado dispositivo legal estabelece os procedimentos quanto à constituição da base de cálculo nas transferências interestaduais de material de consumo (Conv. ICMS 19/91) e do pagamento da diferença de alíquotas correspondente.

Pelo exposto, ao contrário do que alegou o impugnante, as operações interestaduais com material de uso e consumo são tributadas, como determina a Lei nº 7.014/96 (art. 2º, IV e art. 4º, I) e correta a exigência fiscal no tocante a estas operações.

Por fim, com os ajustes procedidos a infração 5 fica reduzida de R\$79.982,83 para R\$70.997,23. Infração procedente em parte.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Em razão da sucumbência imposta à Fazenda Pública, a 4ª JJF recorre de ofício da Decisão proferida em primeiro grau, no sentido de que a mesma deve ser reformada, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Devidamente cientificado o Recorrente protocoliza, tempestivamente, seu Recurso Voluntário, colacionadas às fls. 436 a 439.

Na sua peça recursal, o recorrente assevera que merece reforma a Decisão proferida em primeiro grau, no sentido de que a mesma deve ser reformada, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Referindo-se ao julgamento de piso, diz que a Junta de Julgamento Fiscal excluiu da exigência originária algumas operações realizadas pelo recorrente, asseverando que a transferência de materiais de ativo fixo do recorrente para outro estabelecimento desta, estaria isenta do pagamento do Imposto de Circulação de Mercadorias, conforme previsão do art. 22 do RICMS/BA, e que não tinham a mesma sorte as operações de transferência de material de uso e consumo do recorrente, de um para outro estabelecimento desta.

Diante da Decisão da Junta, diz o recorrente que “... não só as Notas Fiscais suprimidas da autuação sob exame pela Decisão espalhada cuidavam de transferência de materiais do ativo fixo do recorrente”. Nessa toada, aduz que apenas foram excluídas da autuação as Notas Fiscais citadas como exemplo na sua impugnação, e que a Junta de Julgamento Fiscal deixou de observar outras tantas Notas Fiscais que também acobertam transferências realizadas pelo recorrente, de material do seu ativo fixo de um para outro estabelecimento de sua propriedade.

Avançando, assevera que contrariamente ao que decidiu a Junta de Julgamento Fiscal, conforme decisões do STF e do STJ transcritas na peça de defesa, não há incidência do ICMS sobre transferência de um estabelecimento para outro da mesma empresa, quer seja de material do seu ativo fixo, quer seja de material de consumo, motivo pelo qual entende que deve ser julgada improcedente a infração 05.

Para a hipótese de que as transferências realizadas pelo recorrente tenham sido de material de consumo, diz que há de ser verificada a existência de materiais contemplados com a substituição tributária, a exemplo da Nota Fiscal 2145, onde consta a remessa de pneus.

Assevera que quando da aquisição dos bens transferidos, o recorrente cuidou de efetuar o recolhimento do ICMS devido, tanto do diferencial de alíquota nas operações interestaduais, quanto do imposto embutido nas operações internas e, em assim sendo, a considerar a manutenção da exigência contida na infração *sub examine*, restaria violado o princípio da não-cumulatividade.

Reiterando os termos das suas manifestações ao longo deste PAF, pugna pela reforma da Decisão invectivada para que se julgue improcedente a autuação relativa à infração 05.

A Dra. Maria José Ramos Coelho, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer à fl. 451/453, no qual diz considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, assim como assevera que a imputação fiscal atende todos os requisitos descritos no Art. 39, do RPAF, tendo a Junta de Julgamento Fiscal excluído as operações de transferências envolvendo bens do ativo do recorrente.

Quanto à tese de que não foram consideradas pelos julgadores de piso todas as notas fiscais relativas a transferência de bens do ativo, aduz a ilustre Procuradora que o recorrente não cuidou de indicar, de modo específico, quais notas fiscais relativas à transferência de material do ativo fixo corresponderiam às operações mantidas em desacordo com os termos do Art. 22, IV, do RICMS/BA.

No que tange às transferências internas de material de uso e consumo, assegura que há incidência do ICMS por parte do remetente, bem como a vedação da utilização do crédito fiscal pelo destinatário, tudo conforme preceitua o Art. 93, § 11, do mesmo diploma normativo. Com respeito às operações interestaduais, também de matéria de uso e consumo, aponta o art. 4º, I, da Lei nº 7014/96, para dizer da incidência do ICMS.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 4ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0221-04/11 que impõe sucumbência da Fazenda Pública estadual em ralação a todas as infrações na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo Sujeito Passivo, vejo que cinge-se unicamente à infração 5, e tem foco na pretensa inexigibilidade do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos de mesmo Contribuinte, e no fato de que a Decisão de piso que afastou a exigência do imposto para as operações que envolveram transferência de bens do ativo fixo,

deixou de considerar operações idênticas consignadas em outras notas fiscais, além de ter mantido a exigência para operações que envolvem mercadorias contempladas pela substituição tributária.

Quanto à infração 5, único objeto do Recurso Voluntário interposto pelo Sujeito Passivo, vê-se que deriva da exigência de ICMS decorrente da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, de operações de transferências interestaduais de material de uso e consumo para estabelecimento da empresa situado em outra unidade da Federação, sem destaque e recolhimento do imposto.

Para a matéria em questão, resta claro que a discussão primeira ocorre derredor da controvertida incidência ou não do ICMS sobre operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte. Como demonstrado pelo Sujeito Passivo em sua peça de defesa, há decisões emanadas de Tribunais Superiores que apontam no sentido da aplicação da Súmula nº 166 do STJ. Nesse particular, mesmo reconhecendo que não é pacífico o entendimento neste Fórum a respeito da matéria, me alinho ao entendimento do recorrente, também com fundamento nas decisões emanadas do próprio Superior Tribunal de Justiça e da Súmula nº 166 do mesmo Tribunal.

Devo concordar com aqueles que dizem que a dita Súmula 166 não é vinculante – efetivamente não é -, entretanto, a situação de fato exposta nos autos, tem perfeito enquadramento ao texto da orientação do Superior Tribunal de Justiça que diz no enunciado da Súmula nº 166 que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*”. Nesse sentido, o entendimento é de que o imposto não incide sobre “mercadorias” e sim sobre operações onerosas que transfiram a titularidade de bens classificados como mercadorias - Situações como a realização de simples transferência física de mercadorias e assemelhadas não se subsumem à tributação pelo ICMS, ou seja, não é a saída física de um determinado local que indica a finalização da operação de compra e venda mercantil, já que, independentemente dessa “saída” da mercadoria do estabelecimento, pode-se observar a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Por tudo isso, feitas as considerações acima, apesar de controvertida a matéria, entendo que não se pode exigir ICMS do Sujeito Passivo quando as operações que sustentam a autuação dizem respeito a meras transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, motivo pelo qual não pode subsistir infração 5.

Nessa senda, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para declarar insubsistente a infração 5 na parte remanescente pós-julgamento de primeiro grau.

Quanto ao Recurso de Ofício correspondente à mesma infração 05, considerando que dei provimento ao Recurso Voluntário, resta PREJUDICADO.

Avançando sobre o Recurso de Ofício, vejo que nasce da improcedência das infrações 1, 2 e 3, e da procedência parcial das infrações 4 e 5. Importante lembrar que quanto à infração 5 já declarei o meu voto no sentido de estar prejudicado em razão do provimento do Recurso Voluntário declarando insubsistente a infração 5.

Especificamente quanto às infrações 1, 2 e 3, acusam o Sujeito Passivo de haver deixado de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, referentes a falta de recolhimento de imposto destacado em documentos fiscais de saídas com alíquota de 17%, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios - Saídas com alíquota de 12% e Saídas com alíquota de 7%.

Vê-se nos autos que parte da desoneração do Sujeito Passivo decorreu do acolhimento, pelo aujuante, das razões de defesa e do reconhecimento do pagamento do imposto devido pelo aujuando e correspondente às operações de vendas de bens do ativo ocorridas antes do início da ação fiscal.

Os fundamentos da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que desonerou totalmente o Sujeito Passivo residem, por primeiro, no fato de que à época dos fatos não havia previsão de utilização do crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições de material de uso e consumo, e que o art. 652 do RICMS/BA prevê que para as hipóteses de devolução de mercadorias cuja entrada ocorreu sem utilização de crédito fiscal, será permitido o uso do crédito do imposto lançado na nota fiscal de devolução.

Vê-se claramente que a autuação envolve operações de devolução de mercadorias, onde não há do que se falar em operação tributável, além do fato de que o referido art. 652 do RICMS/BA prevê o lançamento do crédito destacado na nota fiscal de devolução para neutralizar o débito relativo ao lançamento da nota fiscal no Livro de Registro de Saídas. Nesse sentido, é obvia a conclusão a que chegou o relator do voto condutor de que apesar de o recorrente não ter feito lançamento de débito e o correspondente estorno, tal procedimento não implicou em falta de pagamento do imposto, motivo pelo qual me alinho ao entendimento externado pelos julgadores de primo grau.

Por segundo, disse a Junta de Julgamento Fiscal que “... a utilização ou não do crédito fiscal do ativo não tem pertinência com a acusação...”. O fato é que as operações que deram azo à autuação (infração 2) dizem respeito a aquisição de mercadorias destinadas ao ativo permanente, cujo o ICMS destacado na nota fiscal de aquisição é regularmente lançado no livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), devendo ser apropriado gradativamente em 48 parcelas.

Quanto a esta questão, irreparável também a Decisão de primo grau. O fato é que apesar de o Recorrente haver destacado o ICMS nas notas fiscais, o que possibilitaria o eventual uso posterior do crédito, não escriturou o débito nem o crédito, conforme previsão do art. 652 do RICMS/BA, o que redunda na conclusão de que não foi imposto ao erário público qualquer prejuízo.

Isto posto, com os mesmos fundamentos da Decisão recorrida, que entendeu que não havendo utilização efetiva dos créditos fiscais de ICMS nas operações de devolução de materiais de uso e consumo e bens de ativos que foram destacados nos documentos fiscais ensejadores da imputação fiscal, entendo que não há que se fazer qualquer reparo ao *decisum* de primo grau.

Relativamente à infração 4, vê-se que a redução da exigência primária deriva do entendimento de que não há incidência do ICMS da diferença de alíquota sobre as aquisições de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e da comprovação do pagamento do imposto relativo à nota fiscal de simples remessa, que ensejaram o refazimento do demonstrativo fiscal pelo próprio autuante. Nessa toada, considerando que a parte elidida da acusação fiscal cuida de matéria de fato, e que o próprio autuante acolheu as razões defensivas elaborando novo demonstrativo fiscal reduzindo a exigência original, vejo que também não merece qualquer reparo a Decisão recorrida.

Com respeito à infração 5, restou demonstrado que o recorrente é beneficiária de isenção sobre as movimentações de bens de ativo entre estabelecimentos da mesma empresa, sem distinção de operações internas ou interestaduais, o que afasta parte da exigência originaria, conforme descrição minuciosa do relator que proferiu o voto condutor. Quanto aos valores remanescentes, destaco que foram objeto de Recurso Voluntário, tratado acima.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para tornar improcedente a infração 5 no que tange às operações mantidas pela Junta de Julgamento Fiscal. Quanto ao Recurso de Ofício, voto pelo NÃO PROVIMENTO, mantendo a Decisão de primo grau. Resumidamente, conforme quadro demonstrativo abaixo, julgo improcedentes as infrações 1, 2, 3 e 5, e parcialmente procedente a infração 4.

Infração	Julgado de 1º Grau			Julgado de 2º Grau		
	Decisão	Imposto R\$	Multa	Decisão	Imposto (R\$)	Multa
1	Improcedente	0,00	Xxx	Improcedente	0,00	xxx
2	Improcedente	0,00	xxx	Improcedente	0,00	xxx
3	Improcedente	0,00	xxx	Improcedente	0,00	xxx
4	Proced. Parcial	59.112,14	60%	Proced. Parcial	59.112,14	60%

5	Proced. Parcial	70.997,23	50%	Improcedente	0,00	xxx
	Total da exigência	130.109,37		Total da exigência	59.112,14	

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário)

Em que pese à qualidade e argumentação utilizada pelo eminentíssimo relator, permito-me discordar do mesmo, frente não somente quanto à conclusão, como de igual modo, ao embasamento jurídico utilizado.

E explico melhor: A acusação fiscal da infração 05 é a de falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, de operações de transferências interestaduais de material de uso e consumo para estabelecimento da empresa situado em outra unidade da Federação, sem destaque e recolhimento do imposto, totalizando a mesma o valor de R\$79.982,84.

A legislação vigente, especialmente a Constituição Federal no artigo 155:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

(...)

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Ou seja: a complementação de alíquotas em operações interestaduais possui a necessária previsão constitucional. Note-se que o legislador constitucional, em momento algum segregava as operações, separando aquelas realizadas via transferências. De igual forma, o legislador fala em “operações”.

E qual seria então este conceito. A Constituição não define o que sejam operações. A legislação infraconstitucional de igual forma. A doutrina, de um modo geral, considera operação, para efeitos de incidência do ICMS, todo ato ou negócio hábil a provocar a circulação de mercadorias. Ou o ato ou negócio jurídico de que decorra a mudança de titularidade do bem. Porém a mudança de posse também constitui uma operação, quando o novo detentor do bem pode dele dispor como se fosse o seu dono.

Por outro lado, estabelece, ainda a Carta Magna em seu artigo 146:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

...

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Ou seja, a norma constitucional delega à Lei Complementar a competência para legislar acerca de matéria tributária que defina fato gerador, base de cálculo e contribuintes de tributos.

No caso de transferência – remessa de bens entre estabelecimentos do mesmo titular –, cumpre observar que esta, em princípio, não seria uma operação, haja vista que ninguém pode efetuar uma operação consigo próprio. No direito comum os diversos estabelecimentos de um mesmo titular constituem uma só pessoa.

Todavia, mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o artigo 11, § 3º, II, da LC nº 87/96, conforme delegação constitucional:

“§ 3º. Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”

Tal princípio é reforçado pela redação do artigo 12, inciso I da mesma Lei Complementar:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;”

Dessa forma, os estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados legalmente autônomos, e, em decorrência dessa ficção legal, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do ICMS.

No mesmo sentido, a legislação estadual, e não poderia ser diferente, em atenção ao disposto na Lei Complementar, assim dispõe, no artigo 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96:

Art. 2º. O ICMS incide sobre:

(...)

IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Por seu turno, o § 1º do citado dispositivo legal prevê que:

§ 1º. São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;

Para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, o art. 69 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6284/97, dispositivo em vigor à época dos fatos geradores, determinava:

Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

A própria doutrina, representada pelo ilustre Professor Roque Carrazza, em sua obra ICMS, 11ª edição, Ed. Malheiros, páginas 58 e 59 nos ensina que: “Há, porém uma exceção a esta regra: quando a mercadoria é transferida para estabelecimento do próprio remetente, mas situados no território de outra pessoa política (Estado ou Distrito Federal), nada impede, juridicamente, que a filial venha a ser considerada estabelecimento autônomo, para fins de tributação por via de ICMS. Assim é, para que não prejudique o Estado (ou o Distrito Federal) da saída da mercadoria. Logo – e também porque o princípio federativo e o princípio da autonomia distrital inadmitem que os Estados e Distrito Federal se locupletem uns à custa dos outros -

concordamos que tais estabelecimentos sejam considerados autônomos, pelo mesmo, para fins de tributação por meio de ICMS”.

Se por um lado é certo que sendo destinada a uso e consumo, tais produtos não sofrerão saídas, o que poder-se-ia alegar não caberia a aplicação de tal raciocínio. Todavia, o princípio Federativo é norma constitucional e neste caso estaria sendo desrespeitado.

Quanto às menções recursais a decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a aplicação da Súmula nº 166, gostaria de fazer algumas observações: A primeira é a de que sabido é que tais decisões não vinculam obrigatoriamente nem o legislador, sequer o julgador. A segunda, e talvez a mais importante, é o fato de tal entendimento da Corte Superior encontrar-se em processo de mudança, a se observar no julgamento do Recurso Especial 1109298/RS, tendo como Relator o Ministro CASTRO MEIRA, da SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011, no qual este adentra no exame de mérito da base de cálculo estabelecida na Lei Complementar nº 87/96, artigo 13, em operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Ora, se o próprio Poder Judiciário através de um de seus Tribunais Superiores entende possível estabelecer base de cálculo em operações de transferência interestadual entre dois estabelecimentos de uma mesma empresa, evidentemente que nega efeito jurídico à aplicação da súmula 166, é óbvio que tais operações, submetidas ao rigor da Lei Complementar estão sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo lícito aos Estados a cobrança de tal tributo, naquelas operações em que a lei lhes ampara.

No mesmo sentido foi a decisão do Ministro Herman Benjamin, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.254.915-RS, no qual, em 26 de outubro de 2011 revogou sua própria decisão anterior, no sentido de aplicação da mencionada súmula de forma automática, ao mencionar que “*os argumentos do Estado do Rio Grande do Sul demonstram a existência de peculiaridades que merecem melhor reflexão, razão pela qual reconsidero a decisão monocrática, para torná-la sem efeito*”.

Em tal discussão, o TJRS entendeu devida a cobrança do imposto, nas transferências interestaduais, com base na seguinte argumentação, através do eminente relator, desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro:

“Com efeito, o ICMS, em linhas gerais, nada mais é do que o antigo ICM, existente antes da vigência da Constituição Federal de 1988, com ampliação, em hipóteses bem marcadas, com atribuição aos Estados e ao Distrito Federal a competência para criação do ICMS, sendo que a base de cálculo seria definida por Lei Complementar, conforme dispõe o artigo 146, III, “a” da Constituição Federal, sendo que o regime de compensação de imposto deve ser definido por Lei Complementar, nos termos do que dispõe o artigo 155, § 2º, XII, “c”, da Constituição Federal.

Outrossim, o artigo 34, § 8º, das Disposições Transitórias da Constituição Federal possibilitou aos entes públicos antes referidos a regularização da matéria, enquanto não fosse regulamentada a Carta Magna, razão pela qual houve a edição do Convênio número 66/88 que disciplina a base de cálculo do ICMS, com posterior edição da Lei Complementar nº 87/96, com as alterações das LCs 92/97 e 99/99, bem como pela LC 102/00.

Logo, inexiste qualquer dúvida de que o ICMS foi regido pelo Decreto-Lei 406/68, observadas as alterações feitas pelo Decreto-Lei 834/69, bem como pela Lei Complementar n.º 56/87 e Lei Complementar n.º 24/75, além do Convênio 66/88, antes referido, em especial pelo artigo 14 do mencionado Convênio, e atualmente pela Lei Complementar nº 87/96, com suas alterações, conforme antes referido.

O Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei nº 8.820/89, relativa ao ICMS, devidamente regulamentada pelo Decreto nº 37.699/97, inclusive com a alteração do Decreto nº 40.217/00, normas estas em perfeita consonância, observado o arcabouço jurídico, não podendo as normas hierarquicamente inferiores desbordar das diretrizes traçadas pela Lei Complementar nº 87/96.

Feitas estas considerações, deve ser considerado que o mandamus tem por objeto impedir a tributação, por ICMS, em operações de transferência de mercadorias a partir da matriz da impetrante, situada em Turvo, Estado de Santa Catarina, para filiais localizadas em Santo Antônio da Patrulha, Torres e Morrinhos do Sul, localizadas em diferentes Estados da Federação, atacando decreto estadual que determina o recolhimento em consonância com o art. 12, I, da LC 87/96, que prevê:

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Em âmbito estadual, da mesma forma, a questão encontra previsão no art. 4º da Lei nº 8.820/89:

Art. 4.º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Razão assiste ao recorrente, porquanto a operação está sujeita ao ICMS, não obstante a Súmula 166 do STJ, cujo teor não se desconhece, cumprindo destacar, no entanto, que, decorrendo tal enunciado de julgamento em 14/08/96, com publicação no DJ em 23/08/96, é anterior à LC 87, que é de 13/09/96, prevendo seu art. art. 36 a entrada em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao da sua publicação.

Quando da edição da Súmula 166 do STJ, a matéria era disciplinada pelo Decreto-Lei nº 406/68, sem dispositivo correspondente ao art. 12, I, da LC 87/96, circunstância que afasta a aplicação do entendimento sumulado que se invoca no mandado de segurança”.

Dessa forma, o entendimento é que, após a edição da Lei Complementar nº. 87/96, a Súmula nº 166 do STJ tornou-se inaplicável.

E este também tem sido o posicionamento de outros órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do Rio Grande do Sul, na apreciação do Agravo nº 70030888911, tendo o órgão julgador prolatado a seguinte decisão:

AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. INCIDÊNCIA. É devido o ICMS na saída de mercadoria destinada à comercialização para estabelecimento do mesmo titular localizado em outra Unidade da Federação. Artigo 12, inciso I, da Lei Complementar 87/96. A exigência do recolhimento do tributo, nesse caso, beneficia o Estado produtor sem que cause maior oneração ao estabelecimento produtor, porque o imposto pago será inteiramente aproveitado por ocasião da comercialização da mercadoria. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70030888911, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des.^a Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/07/2009)

Sabido é que o direito é dinâmico, e o entendimento jurisprudencial tem mudado ao longo do tempo, adaptando-se aos novos tempos, e evoluindo conforme as alterações legislativas ocorridas ao longo do tempo. Dessa forma, um entendimento vigente, diante de edição de novo instrumento normativo, pode vir a perder força, com mudança de posicionamento.

Também é corrente que o processo administrativo tributário deve obedecer a diversos princípios, dentre os quais, um dos de maior relevância é o da legalidade inserido no nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que preconiza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Isso significa dizer que somente através das espécies normativas elaboradas consoante as regras do processo legislativo constitucional se podem criar obrigações para quem quer que seja.

Doutrinadores como Celso Bastos e Ives Gandra Martins defendem que o Princípio da Legalidade tem mais característica de garantia constitucional do que de direito individual, pelo fato de não resguardar um bem da vida específico, e sim garantir ao particular a prerrogativa de rechaçar injunções impostas por outra via que não a da lei.

Além do Princípio da Legalidade estabelecido genericamente no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, em nosso ordenamento jurídico podemos falar da estrita legalidade tributária, sendo importante frisar que o verdadeiro conteúdo do Princípio da Legalidade Tributária ultrapassa a simples autorização do Legislativo para o Estado cobrar um tributo e deve ser entendido de forma a abarcar dois prismas distintos: legalidade formal e material. No tocante à legalidade formal, podemos dizer que toda regra tributária precisa se inserir no ordenamento jurídico de acordo com as regras de processo legislativo e, também, ser formulada por órgão com poder para elaborar tais normas.

Quanto à legalidade material, torna-se indispensável que sejam estabelecidos todos os aspectos relevantes para que no caso concreto se possa determinar as obrigações tributárias, não bastando

apenas a exigência de lei, como fonte de produção jurídica específica. Mais que isso, necessita-se a fixação, de todos os critérios de decisão, sem qualquer margem de liberdade ao administrador.

Em suma: obediência a tal princípio significa submissão e respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador.

Além do texto constitucional, o princípio da legalidade tributária também está previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional. E o autuante, ao realizar o lançamento, nada mais fez do que obedecer a tal preceito.

Por tais razões, entendo que é devido sim o imposto nas operações de transferências de bens a qualquer título, em operação interestadual, razão pela qual voto no sentido de que o Recurso Voluntário NÃO SEJA PROVIDO quanto à infração 5, mantendo a decisão de primeiro grau, com a qual me alinho, inclusive na exoneração processada, restando devido um valor de R\$70.997,23, tornando-a definitiva.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298922.0002/10-0, lavrado contra COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$130.109,38, acrescido das multas de 50% sobre R\$70.997,24 e 60% sobre R\$59.112,14, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Valtercio Serpa Júnior, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário) – Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Ivo Soares.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso Voluntário)

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS