

A. I. Nº - 269369.0912/11-0
AUTUADO - SINOPEC INTERNATIONAL PETRÓLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 04. 05. 2012

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-01/12

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS A USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. As operações interestaduais de transferências, entre estabelecimentos da mesma empresa, de mercadorias destinadas ao uso e consumo e ao ativo imobilizado são tributadas pelo ICMS com relação ao pagamento da diferença de alíquotas (Art. 4º, Inc. XV, da Lei 7.014/96). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/12/2011, exige ICMS, no valor de total de R\$ 482.707,73, em razão das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 1 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho a agosto, novembro e dezembro de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 395.902,70, mais multa de 60%.

Infração 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 86.804,73, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 348 a 355) e, após demonstrar a tempestividade da impugnação e descrever os fatos apurados, afirma que é uma pessoa jurídica de direito privado que desenvolve atividade no ramo de construção civil, conforme os documentos constitutivos de fls. 375 a 400.

Explica que está constantemente envolvido com obras de grande porte, como foi o caso do empreendimento desenvolvido no período em que o autuante tomou por base para a fiscalização. Aduz que, naquela época, por meio de disposição contratual, comprometeu-se a construir um trecho do gasoduto Cacimbas – Catu (GASCAC). Afirma que, para viabilizar o contrato de construção, realizou entre suas filiais diversas operações de transferências de máquinas, equipamentos e materiais, que foram diretamente aplicados/consumidos em estabelecimento de mesma titularidade, ou seja, da própria pessoa jurídica consumidora final, com o objetivo de cumprir o contrato e as demandas existentes à época do empreendimento. Assevera que o Auto de Infração está destoando da legislação, do direito tributário e da jurisprudência, conforme diz que restará demonstrado a seguir.

Sustenta que inexiste sujeição passiva tributária, pois é prestador de serviços no ramo de construção civil. Frisa que no código CNAE do seu CNPJ está determinado como atividade a construção de redes de transporte por dutos, exceto água e esgoto.

Menciona que as operações citadas na autuação são relativas a transferências entre filiais de material de uso e consumo e de bens destinados ao ativo fixo da empresa, para que fosse construído o gasoduto. Destaca que não existiu venda de mercadoria ou translação da propriedade que

caracterizasse fato gerador do ICMS. Diz que, conforme a jurisprudência, não há que se falar em incidência de ICMS na transferência de ativo fixo ou de material de consumo.

Assevera que nem toda saída de mercadoria é tributada pelo ICMS, pois, para que haja a incidência do imposto, torna-se necessário que haja a circulação jurídica do bem somada à transferência de propriedade. Ressalta que, no caso em apreço, todas as operações objeto da autuação se resumem a transferências de ativo fixo e de material de consumo para estabelecimento do próprio autuado, não havendo, portanto, qualquer ato de mercancia capaz de justificar a tributação pelo referido tributo.

Reitera que não basta mera circulação física de um bem para a exigência do ICMS, pois somente há incidência do citado imposto se ocorrer transferência da propriedade da mercadoria, o que exige a existência de um ato negocial. Diz que a incidência do referido tributo pressupõe a capacidade econômica do contribuinte, o que somente ocorre quando há onerosidade e o efetivo recebimento do preço por parte do contribuinte de direito. Para embasar seu argumento, transcreve farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Federal, no sentido de que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS.

Repisa que as operações de transferência de bens do ativo fixo e de consumo para estabelecimento de titularidade do mesmo contribuinte não podem ser tributadas pelo ICMS, uma vez que carecem de propósito negocial, sem qualquer substrato econômico, não levantando qualquer indício da existência de capacidade contributiva.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, devendo ser extinto o crédito tributário na forma do art. 156, inc. IX, do Código Tributário Nacional (CTN).

Na informação fiscal (fls. 408 e 409), após descrever as infrações e os argumentos defensivos, o autuado afirma que não lhe cabe apreciar a constitucionalidade ou não do dispositivo legal que prevê o pagamento da diferença de alíquotas. Quanto ao ramo de atividade da empresa, afirma que o Anexo 6 do Auto de Infração traz a descrição cadastral da empresa, com os seus códigos de atividades econômicas. Diz que, quando o autuado iniciou as suas operações, a atividade principal era a “extração de petróleo e gás natural”, sendo que em decorrência de uma alteração cadastral, a partir de 12/11/08, a atividade principal passou a ser “construção de redes de transporte por dutos, exceto para água e esgotos”.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias e de bens oriundos de outras unidades da Federação e destinados ao consumo e ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento. Conforme fez consignar o autuado, trata-se de refazimento de lançamento tributário de ofício anterior que fora julgado nulo por este CONSEF.

Em sua defesa, o autuado explica que as mercadorias e os bens relacionados na autuação foram transferidos de estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação, pertencentes ao mesmo titular. Diz que esses bens e mercadorias eram destinados à aplicação na construção do gasoduto Cacimbas – Catu (GASCAC). Sustenta que, dessa forma, não é devida a diferença de alíquotas, pois não houve ato de mercancia, conforme doutrina e jurisprudência que reproduz.

Respeitosamente, discordo dessa tese defendida pelo autuado, pois a legislação do ICMS do Estado da Bahia, em conformidade com a Lei Complementar nº 87/96, prevê a incidência do referido imposto nas transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Para fins do ICMS, os diversos estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular são considerados autônomos entre si, conforme o princípio da autonomia dos estabelecimentos, delineado nos arts. 11, §3º, II, da LC nº 87/96 – é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular. Em perfeita consonância com esse princípio, a LC nº 87/96, no seu art. 12, inc. I, prevê que ocorre o fato gerador

do ICMS no momento *da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.*

A Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 4º, inc. XV, seguindo as normas estabelecidas na Constituição Federal e na LC nº 87/96, ao dispor sobre os momentos da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim prevê:

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

[...]

XV- da entrada ou da 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 alcançadas pela incidência do imposto.

Por sua vez, o RICMS-BA, adstrito ao previsto na Lei 7.014/96, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim dispõe:

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

[...]

Dessa forma, por estar previsto na Lei nº 7.014/96, nas transferências interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao uso e consumo ou ativo imobilizado, efetuadas entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular, há incidência do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, sendo que não cabe a este órgão julgador administrativo discutir a constitucionalidade desse dispositivo legal, ao teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99.

A questão atinente à existência de ato de mercancia para se considerar ocorrido o fato gerador do ICMS também não merece prosperar, uma vez que a incidência do imposto está prevista na Lei 7.014/96 e, a teor do disposto no art. 2º, §1º, dessa citada Lei, é irrelevante para a caracterização do fato gerador do ICMS *a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo.*

Quanto à respeitável jurisprudência citada na defesa, reitero que as decisões deste órgão julgador administrativo ficam delimitadas ao previsto na legislação tributária estadual, não lhe cabendo a discussão acerca da constitucionalidade dessa legislação. Ademais, a jurisprudência citada pelo defendant não vincula a presente decisão.

O autuado alegou também que os bens transferidos de outros estados foram destinados a emprego na construção civil com o objetivo de cumprir contrato de construção de um trecho do gasoduto Cacimbas – Catu (GASCAC).

De acordo com os dados cadastrais do autuado à fl. 332, o autuado é contribuinte do ICMS, tendo como a atividade econômica a *Construção de redes de transportes por dutos, exceto para água e esgoto.* Nessa situação, está obrigado ao recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outras unidades da Federação de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento, nos termos do §1º do artigo 541 do RICMS-BA, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 541. Incide o ICMS nas operações efetuadas pelo prestador do serviço:

[...]

§ 1º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á o seguinte:

I - a empresa de construção civil, quando legalmente consideradas contribuintes do ICMS (art. 36 e art. 543) somente estará sujeita ao pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens para o seu ativo imobilizado ou de bens de uso ou materiais de consumo do seu estabelecimento (art. 7º);

[...]

As operações interestaduais de transferências, entre estabelecimentos da mesma empresa, de mercadorias destinadas ao uso e consumo e ao ativo imobilizado são tributadas pelo ICMS com relação ao pagamento da diferença de alíquotas (art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96). Considerando que era devido o pagamento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas operações relacionadas na autuação e que não restou comprovado o recolhimento do imposto lançado, foi correto o procedimento do autuante e, portanto, as Infrações 1 e 2 subsistem integralmente.

Em face ao acima exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269369.0912/11-0, lavrado contra **SINOPEC INTERNATIONAL PETRÓLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$482.707,43**, acrescido da multa 60%, prevista do art. 42, II, “f”, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR