

PROCESSO	- A. I. N° 206955.0006/10-7
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FERROLENE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS
RECORRIDOS	- FERROLENE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0317-01/13
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 04/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0215-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. A PARTIR DA DILIGÊNCIA REVISORA. NOVA DECISÃO. O contexto fático dos autos demonstra que após diversas orientações expressas dos julgadores de Primeira Instância, não foi respeitado o direito do contribuinte do prazo da concessão de 30 dias para se manifestar, conforme determinado. Diante da inexplicável negativa à realização da diligência, em flagrante ofensa ao princípio da ampla defesa, a JJF não poderia ter trazidos os elementos requeridos na diligência e devolvido o prazo de defesa do contribuinte. Impossibilidade, nesta fase processual, ser efetuado o saneamento de tal nulidade uma vez que, a integralidade do lançamento poderia restaurada sem o direito ao devido processo e ampla defesa do contribuinte fossem respeitados, sendo alinhado ao Parecer da PGE/PROFIS, devendo ser intimado o contribuinte, através de intimação do resultado de todas as diligências e informações fiscais apresentadas pelo autuante, também, a reabertura do seu prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para querendo apresentar nova impugnação e manifestação do autuante. Por fim os autos devem submetidos a novo julgamento, sendo anulados todos os atos processuais a partir da diligência revisora. Retornam os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recursos **PREJUDICADOS.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 12/12/2013 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/09/2010, com o objetivo de exigir do autuado crédito tributário, no valor histórico de R\$ 305.539,25 (trezentos e cinco mil quinhentos e trinta e nove reais e vinte cinco centavos), em decorrência do cometimento de 05 (cinco) infrações.

Infração 01. RV – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. A empresa realizou operação de transferência interestadual para sua matriz, localizada no Estado de São Paulo, de mercadorias utilizando o cfop 6557 sem destaque do ICMS. Assim a operação realizada pela Empresa tem caráter interestadual, não estando, portanto, contida nos preceitos da isenção do ICMS.

Infração 02.RO –Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Remessa de produtos para a matriz no Estado de São Paulo, utilizando o CFOP 6905, sem tributação e sem comprovação de retorno.

Infração 03. RV E RO – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a

consumo do estabelecimento. A empresa não efetuou o recolhimento do ICMS referente às transferências interestaduais de material de uso ou de consumo.

Infração 04. RO – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação, e destinadas ao consumo do estabelecimento.

Infração 05. RO – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. A empresa realizou operações de saídas de produtos, utilizando o cfop 5905, tendo como destinatário a Empresa 57.576.532 (VEGA DO SUL). A VEGA DO SUL faz remessa de produtos para a FERROLENE com o objetivo de industrialização por encomenda. Os produtos objeto desta infração não retornaram da VEGA DO SUL, e foram remetidos sem destaque de ICMS, pois foram remetidos para depósito fechado.

Após apresentação de defesa (fls. 67/94), e correspondente informação fiscal (fls.211/213), onde o autuante concluiu pela manutenção total do Auto de Infração.

Em despacho à fl. 215 a Coordenação de Administração do CONSEF determinou o retorno do PAF à INFRAZ de Origem para saneamento uma vez que faltava assinatura do Saneador à fl.01 dos autos. Devidamente saneado o processo (fl. 216), a instrução foi declarada concluída pela então Relatora Osmira Freire (fl. 216 – verso).

O patrono do contribuinte atravessa petição às fls. 217 a 219 anexando procuração e requerendo que todas as intimações se dessem no seu endereço.

Em Sessão de Julgamento a 3^a JJF decidiu converter o processo em diligência solicitando ao **contribuinte em intimação a ser realizada no endereço indicado na procuração de fl. 218**, que anexasse aos autos documentos faltantes a fim de comprovar suas alegações defensivas; bem como que o autuante explicasse o teor do demonstrativo fiscal de fls.28 e seguintes, relativo à infração 5 e, ao final, tendo em vista a necessidade de apresentação de novos demonstrativos pelo fiscal autuante, quanto à Infração 5, que se procedesse à intimação do autuado e **reabertura do prazo para defesa de 30 dias** (fls.234/236).

Mesmo sem intimar o contribuinte como determinado e, tampouco ter detalhado o demonstrativo de fl. 28, o autuante deu por concluída a diligência, e apresentou informação fiscal mantendo sua posição frente ao requerido; entende que não foi comprovado o retorno dos produtos elencados nas notas fiscais que respaldaram a infração 5 e que foram registradas no CFOP 5905, mesmo diante de todos os esforços do autuado no sentido de esclarecer a situação, devendo, portanto, ser o ICMS recuperado (fls. 239/240).

O contribuinte fora intimado para se manifestar em prazo de 10 dias.

Após respectiva intimação, o contribuinte se manifestou em relação à informação fiscal reiterando os termos de sua defesa, além de requer a nulidade da intimação e dos atos praticados após a deliberação da 3^a JJF do CONSEF, a fim de que a diligência de fls. 235/236 fosse integralmente atendida (fls.244/247), tanto no que se refere à sua intimação para apresentação dos documentos solicitados pela Relatora como para reabertura do prazo de defesa de 30 dias.

O auditor fiscal autuante atravessa petição às fls. 250 a 306 onde informa que intimou o contribuinte (no e-mail da empresa) para apresentação de documentos e promove a juntada dos mesmos, informa ainda que os demais documentos solicitados pela relatora encontram-se às fls. 250 a 305 e 239 e 240 do presente PAF, e sem se manifestar sobre a planilha de fl. 28 informa que não restam pendências por sua parte.

O autuado se manifestou novamente (fls.309/312) para reiterar sua defesa frente o resultado da diligência: i) ausência de cumprimento integral das solicitações; ii) nulidade da intimação procedida à empresa e não ao procurador requerido na diligência; iii) falta de manifestação e esclarecimentos sobre a planilha de fl. 28 e; iv) cerceamento de defesa, pois o além dos descumprimentos já citados, foi conferido prazo de 10 dias, quando a Junta determinou a reabertura do prazo de defesa de 30 dias).

À fl. 317, a auditora fiscal informa que a manifestação não acrescentou fato novo ao PAF, e

requereu que o respectivo fosse encaminhado a 3^a JJF a fim de se analisar as novas informações fiscais.

Em sessão de julgamento, a 3^a JJF, na busca pela verdade material, resolveu converter novamente o PAF em diligência, desta vez à ASTEC/CONSEF a fim de obter documento do contribuinte, novo demonstrativo fiscal e comparativo de dados elaborados pelo diligente, quanto às Infrações 2, 3 e 5, requer que a ASTEC analise os mesmo e, depois, encaminhasse o PAF à INFRAZ de Origem para que esta intime o contribuinte da Informação Fiscal de fl. 314, do resultado da diligência requerida à ASTEC, e determinou, ***de forma expressa a reabertura do prazo de defesa de 30 dias*** (fls.320/323).

Em Parecer nº 59/2012 da ASTEC, após análise e confronto dos dados demonstrados pelo autuante e documentos apresentados pelo autuado, o fiscal se manifestou no sentido de não alterar os valores das infrações 2, 3 e 5 (fls.325/417) por entender que faltava a comprovação por parte do contribuinte, da insubstância das mesmas.

Na fl. 418 *consta a intimação para o contribuinte se manifestar sobre o resultado da diligência no prazo de 10 dias*, realizada no endereço da empresa.

Em nova manifestação, o contribuinte reiterou os termos da defesa e manifestações anteriores, esclareceu alguns pontos abordados nas informações e conclusões de diligências, por fim, requereu a nulidade da infração 5, bem como protestou pela nulidade ou improcedência dos demais itens contestados do lançamento tendo em vista o descumprimento, por duas vezes, da diligência requerida (fls.421/424).

O presente PAF foi redistribuído em decorrência do desligamento da original relatora, designado novo Relator, o julgador José Bezerra requereu a sua inclusão em pauta de julgamento (fl. 444 e verso).

O Autuado, por intermédio de seu advogado constituído, junta documentos (fls. 446/531).

Em sessão de julgamento, a 3^a JJF achou por bem a realização de nova diligência à ASTEC, para esclarecimentos relativos as infrações 2 e 5, tendo em vista os documentos solicitados e os elementos apresentados pelo contribuinte, as diligências e ponderações (fls.534/538). ***Ao final do despacho de diligência, o relator requer, de forma expressa, que as intimações sejam feitas ao procurador do contribuinte e, que ao final da diligência, fosse reaberto o prazo de defesa de 30 dias.***

O resultado da última diligência no Parecer de nº 48/2013, foi no sentido de que os valores das infrações 2 e 5 não deveriam ser alterados (fls.540/624), haja vista que caso a JJF aceite as cartas de correções apresentadas pelo autuado como prova, as Infrações 2 e 5 restariam totalmente insubstinentes.

O contribuinte foi intimado (fl. 625), no endereço da empresa e para se manifestar sobre a diligência em um prazo de 10 dias.

Em resposta ao Parecer de nº 48/2013, o autuado apresentou manifestação onde reiterou todos os termos de sua defesa (fls. 627/628), mais uma vez aduzindo que, quanto à Infração 1, além de se tratar de operação de transferência para estabelecimento da mesma empresa, trataram-se de transferências internas, mas que por erro houve a indicação de destino para empresa do grupo em São Paulo, mas que logrou êxito em comprovar que as mercadorias, em verdade, ingressaram em estabelecimento dentro do próprio Estado.

O autuante em nova informação fiscal manteve sua posição em relação à manutenção das infrações (fls. 633/642), uma vez que as cartas de correção, por si, não legitimam a verdade material que se procura, sendo imprescindível correlacionar e apresentar todos os registros fiscais e os respectivos registros contábeis relacionados aos lançamentos.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 1^a JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206955.0006/10-7,

determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$57.079,13, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, incisos II, “a” e “f” e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos (fls.645/659):

VOTO

Este Auto de Infração é composto de 5 lançamentos.

O contribuinte impugnou o lançamento do item 1º alegando que nas transferências de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo titular não há uma circulação de mercadorias. Toma por base Decisão do STJ no REsp 772.891/RJ.

Devo louvar o esmero com que a defesa expôs a sua tese, com respaldo em decisões sem dúvida respeitáveis. Há inclusive súmula do STJ sobre a matéria.

A questão é esta: considerando-se que, no âmbito dos negócios mercantis, o ICMS tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias, incidiria o imposto nos casos de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular? Ou por outra: a transferência é uma operação de circulação de mercadorias?

A Constituição, ao outorgar às unidades federadas a competência para instituir o tributo em exame, demarcou o âmbito de sua aplicação: operações de circulação de mercadorias, prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais e prestações de serviços de comunicação.

Observe-se que o legislador constituinte não disse que o imposto recaia sobre “vendas”. Na descrição do fato jurídico tributável, o núcleo é o vocábulo “operações”, seguindo-se o qualificativo destas: “relativas à circulação de mercadorias”. O imposto não incide, portanto, sobre as mercadorias, e tampouco sobre a sua circulação, nem necessariamente sobre vendas. A incidência é sobre as “operações”, desde que estas digam respeito a circulação de mercadorias.

Quanto ao conceito de “mercadorias”, este deve ser analisado em seu sentido estrito e em seu sentido amplo. Em sentido estrito, mercadorias são bens móveis destinados a atos de comércio. Com esse sentido, somente se consideram mercadorias os bens móveis que sejam objeto de negócios por parte de determinada pessoa física ou jurídica com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Por conseguinte, em se tratando de pequenos negócios efetuados eventualmente, como, por exemplo, quando um cidadão vende o seu relógio, o seu computador ou a sua bicicleta, ou quando uma empresa se desfaz de bens do ativo imobilizado, os bens objetos de tais negócios não se consideram mercadorias. Já em sentido amplo, o termo “mercadorias” é sinônimo de “bens móveis”. E nesse caso não se exigem os requisitos da habitualidade ou da quantidade. Por exemplo, na importação de mercadorias ou bens do exterior, ainda que o importador esteja importando um único bem e seja a primeira vez que importa algo, ocorre o fato gerador do imposto, não interessando saber se o objeto importado se destina ou não a atos de comércio, ou se é de pequeno ou alto valor (Constituição, art. 155, § 2º, IX, “a”). É também com base no sentido amplo do conceito de mercadoria que o legislador constitucional fixou a competência para a instituição e cobrança da diferença de alíquotas, referindo-se textualmente a “bens e serviços”, e não a “mercadorias e serviços” (Constituição, art. 155, § 2º, VII, “a”, e VIII).

Com relação ao vocábulo “circulação”, cumpre notar que existem três modalidades de circulação: circulação física, circulação jurídica e circulação econômica. Nenhuma dessas espécies de circulação, isoladamente considerada, dá ensejo à cobrança do imposto de que ora se cogita. Circulação física sozinha, sem uma prévia ou concomitante circulação jurídica e econômica, não autoriza a cobrança do tributo. Do mesmo modo, circulação econômica, apenas, sem circulação física e jurídica, não constitui fato tributável. Também não é tributável a simples circulação jurídica, sem circulação econômica ou física, a menos que, por meio de uma presunção ou de uma ficção legal, seja expressamente estabelecida a incidência tributária nos casos e nos estritos termos previstos em lei, como, por exemplo, no caso de imposto devido sobre mercadorias em estoque no encerramento das atividades do estabelecimento.

Retomo agora as considerações acima ensaiadas acerca do vocábulo “operações”.

A Constituição não define o que sejam operações. A legislação infraconstitucional também não se preocupou em estabelecer tal conceito. A doutrina, de um modo geral, considera operação, para efeitos de ICMS, todo ato ou negócio hábil a provocar a circulação de mercadorias. Ou por outra, operação é o ato ou negócio jurídico de que decorra a mudança de titularidade de um 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. Se, por exemplo, um comerciante envia mercadorias para uma oficina a fim de ser feito determinado conserto, não há nesse caso uma operação, pois o bem apenas circulará fisicamente, permanecendo sob o domínio do remetente. A oficina terá nesse caso apenas a posse, não tendo poderes para alienar o bem, o qual deverá retornar ao estabelecimento de origem após o conserto. Porém, se o mesmo comerciante remete mercadorias para terceiro em consignação, embora não haja nesse momento a transmissão da propriedade das mercadorias, o consignatário, apesar de não ser o seu dono, pode dispor delas. A consignação mercantil é, portanto, uma operação mercantil.

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. E também perante o imposto de renda isto é inquestionável.

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 art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96:

“§ 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;”

A autonomia dos estabelecimentos é reforçada pelo art. 12, I, da supracitada lei complementar, ao estabelecer que o fato gerador do ICMS se considera ocorrido no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular:

“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;”

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

Considero ultrapassadas as objeções da defesa. As decisões dos tribunais superiores, como a doutrina, constituem balizamentos respeitáveis, porém não são vinculantes.

Os dispositivos acima especificados da lei complementar são reproduzidos na lei baiana e em seu regulamento. Baseio-me, portanto, no direito posto.

Mantenho o lançamento do item 1º.

O item 2º diz respeito à falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis – remessas interestaduais sem tributação e sem comprovação de retorno.

Em face das alegações e dos elementos de prova apresentados pelo contribuinte, processo foi remetido em sucessivas diligências, ficando afinal patente que houve equívocos documentais de cunho formal dos quais resultou a existência de remessas de mercadorias para depósito em São Paulo sem que houvesse comprovação de seu retorno, porém, na verdade, as mercadorias não foram remetidas para São Paulo, e sim para a filial da empresa em Simões Filho, tendo os equívocos sido corrigidos à época mediante cartas de correção. Na última diligência, foi solicitado à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho (fls. 534/538) que fosse verificado, de acordo com os elementos apresentados pelo autuado, se as mercadorias foram remetidas de fato para a filial de Simões Filho, apesar de nas Notas Fiscais ter sido indicada como destinatária a matriz, em São Paulo. Nesse sentido:

a) com relação às 1ªs vias das Notas Fiscais:

a.1) deveria ser informado se as 1ªs vias das Notas Fiscais se encontram no estabelecimento baiano ou se foram enviadas para a matriz em São Paulo;

a.2) caso o fiscal diligente tivesse acesso às referidas 1ªs vias das Notas Fiscais, deveria informar se elas tinham os carimbos dos postos fiscais do percurso Bahia-São Paulo ou outros indícios da circulação das mercadorias naquele percurso;

b) deveriam ser verificadas as cartas de correção anexadas aos autos;

c) deveriam ser analisados os demonstrativos apresentados pelo contribuinte, relativamente à situação em exame;

A auditora designada pela ASTEC emitiu Parecer (fls. 540/545) informando que, tendo sido intimado o contribuinte, este apresentou os elementos solicitados, os quais foram arrecadados para os devidos exames e depois foram devolvidos. Informa que, feitos os exames e confrontos dos demonstrativos e documentos apresentados com os dados demonstrados pelo autuante, constatou que nas 1ªs vias das Notas Fiscais autuadas não consta nenhum carimbo dos postos fiscais que indicasse o trânsito das mercadorias, e nas cartas de correção referentes às citadas Notas Fiscais constam as alterações de mudança de endereço, CNPJ e inscrição estadual, todas com datas seguintes à data de emissão. Informa que os dados demonstrados pelo autuado, conforme quadro reproduzido no Parecer, mostram que não há diferença a ser recolhida, caso o órgão julgador

considere as cartas de correção, haja vista que não há carimbos de postos fiscais nas 1^{as} vias das Notas Fiscais que indicasse o trânsito das mercadorias.

Com base nas informações prestadas pela ASTEC, conluso que o lançamento do item 2º é indevido.

Com relação ao item 3º, a imputação é de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais (transferências) de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento.

O autuado alega que nas transferências de material para uso ou consumo provenientes da matriz em São Paulo não há incidência do ICMS. Toma por fundamento o art. 7º, XV, do Decreto 45.490/00 de São Paulo. Alega que o art. 69 do RICMS da Bahia prevê o pagamento da diferença de alíquotas, mas tão somente quando o material chega com incidência de tributação e com alíquota inferior à alíquota interna praticável. Sustenta que os tribunais de todo o país vêm decidindo não haver incidência de ICMS na simples transferência de material de uso e consumo de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte. Cita nesse sentido decisões do STF e do STJ. Fala da Súmula 166 do STJ.

Na fundamentação do meu voto quanto ao item 2º deste Auto, já externei o que penso acerca da incidência do ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias.

Quanto à diferença de alíquotas, basear-me-ei na regra do art. 69 do RICMS/97 do Estado da Bahia. O autuado tomou por fundamento o Regulamento do Estado de São Paulo. Regras de isenção da legislação do Estado de São Paulo, como de qualquer outro Estado da Federação, somente terão eficácia na Bahia se forem previstas na forma do art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição (mediante “deliberação” dos Estados e do Distrito Federal, ou seja, mediante convênio). Isso é dito no parágrafo único, I, “a”, do art. 69 do RICMS/97 do Estado da Bahia, segundo o qual é devido o pagamento da diferença de alíquotas se no documento fiscal de origem não houver o destaque do imposto (...) em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas “sem amparo constitucional” pela unidade federada de origem. É esta a redação do art. 97 do RICMS/97 na parte que interessa:

“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;”

O contribuinte alegou que teria se baseado no Parecer 3.025/01 da DITRI, cuja ementa transcreve (fl. 81). Note-se, porém, que o Parecer da DITRI traduz precisamente o que diz a alínea “a” do inciso I do parágrafo único do art. 69 do RICMS/97, ao excetuar do pagamento da diferença de alíquotas a transferência não tributada com base em legislação do estado de origem “amparada no ordenamento jurídico brasileiro”. Logicamente, se uma isenção é concedida por um estado sem observância da regra do art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição (mediante “deliberação” dos estados e do distrito federal, ou seja, mediante convênio), tal isenção não está “amparada no ordenamento jurídico brasileiro”.

Em tese, seria integralmente devido o imposto do item 3º. No entanto, por erros relacionados com o item 4º, que apontarei mais adiante, o lançamento do item 3º carece de revisão. Retornarei a este item após a apreciação do item 4º.

O item 4º refere-se à falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento.

O contribuinte reclamou que, valendo-se da anistia concedida pela Lei nº 11.908/10, mediante a Denúncia Espontânea nº 600000.1798/10-6, pagou em 28.5.10 o valor de R\$ 12.988,61, conforme elementos anexos, estando naquele pagamento compreendidas as Notas Fiscais objeto da presente autuação. Apresentou anexo (fl. 95) relacionando as Notas da denúncia espontânea.

Todas as Notas da listagem da Denúncia Espontânea fazem parte do demonstrativo fiscal à fl. 26.

O fiscal autuante, ao prestar a informação, em vez de checar no Sistema da SEFAZ o processo da denúncia espontânea citado pelo contribuinte (Denúncia Espontânea nº 600000.1798/10-6), limitou-se a dizer que o contribuinte não apresentou o DAE com a discriminação das Notas Fiscais ou o requerimento em que postulou

a denúncia espontânea, e concluiu que não teria sido comprovado o pagamento do imposto.

Estou anexando à fl. 644 extrato do INC relativo ao demonstrativo do débito da aludida Denúncia Espontânea nº 600000.1798/10-6.

O lançamento do item 4º é indevido.

Retomo agora a apreciação do item 3º, haja vista a existência de erros relacionados com este item 4º, conforme anunciei linhas atrás.

É que, ao analisar a alegação da defesa de que no levantamento fiscal não foram observados pagamentos que haviam sido objeto de denúncia espontânea anterior, constatei que, além de terem sido incluídos na autuação valores que já haviam sido objeto da denúncia espontânea, também foram repetidos no item 4º alguns débitos que já haviam sido lançados no item 3º.

Cotejando-se o demonstrativo do item 3º (fls. 23-24) com o do item 4º (fl. 26) e com os dados da denúncia espontânea (fls. 95 e 644), chega-se à conclusão de que devem ser excluídas do item 3º:

- as parcelas relativas às Notas Fiscais 159821, no valor de R\$ 617,00;
- as parcelas relativas às Notas Fiscais 126921, 161834, 11684 e 11685, no total de R\$ 136,29;
- a parcela relativa à Nota Fiscal 169682, no valor de R\$ 145,98;
- a parcela relativa à Nota Fiscal 143189, no valor de R\$ 24,86;
- a parcela relativa à Nota Fiscal 48949, no valor de R\$ 1.344,90;
- as parcelas relativas às Notas Fiscais 473076 e 184799, totalizando R\$ 31,03.

Com essas exclusões, o imposto remanescente do item 3º passa a ser o seguinte, tomando por fonte o demonstrativo às fls. 23-24:

- janeiro de 2005: R\$ 9.565,60
- fevereiro de 2005: R\$ 4.646,76
- março de 2005: --
- abril de 2005: R\$ 3.785,31
- agosto de 2005: --
- novembro de 2005: --
- dezembro de 2005: --

Valor remanescente do item 3º: R\$ 17.997,67.

Passo ao exame do item 5º. Este item é similar ao item 2º. Acusa falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis – saídas de mercadorias destinadas à Vega do Sul, a qual faz a remessa de produtos para o autuado com o objetivo de industrialização por encomenda, não tendo os produtos objeto desta autuação retornado para a Vega do Sul, tendo sido remetidos sem destaque de ICMS para depósito fechado.

Em face das alegações e dos elementos de prova apresentados pelo contribuinte, processo foi remetido em sucessivas diligências, ficando afinal patente que houve equívocos documentais de cunho formal. Na última diligência (fls. 534/538), foi solicitado à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho que, tendo em vista os Pareceres da DITRI apresentados pelo contribuinte, e em face da alegação de que houve erro na indicação do destinatário das mercadorias, deveriam ser examinados os elementos apresentados pelo contribuinte, inclusive os demonstrativos e as Notas Fiscais correspondentes, visando a esclarecer se houve mero erro na indicação dos destinatários. Recomendou-se que deveriam ser seguidos os mesmos critérios do item 2º, verificando-se as 1ªs vias das Notas Fiscais, cartas de correção e outros elementos de que o contribuinte porventura dispusesse.

A auditora designada pela ASTEC emitiu Parecer informando que, tendo sido intimado o contribuinte, este apresentou os elementos solicitados, os quais foram arrecadados para os devidos exames e depois foram devolvidos. Informa que, feitos os exames e confrontos dos demonstrativos e documentos apresentados com os dados demonstrados pelo autuante, constatou que nas 1ªs vias das Notas Fiscais autuadas não consta nenhum carimbo dos postos fiscais que indicasse o trânsito das mercadorias, e nas cartas de correção referentes às citadas Notas Fiscais constam as alterações das mudanças do código [CFOP]: onde se lê “Remessa para depósito fechado”, leia-se “Retorno industrialização 5903”. Informa a auditora que os dados demonstrados pelo autuado mostram que não há diferença a ser recolhida, caso o órgão julgador considere as cartas de correção, haja vista que não há nas 1ªs vias das Notas Fiscais carimbos dos postos fiscais que indicasse o trânsito das mercadorias.

Com base nas informações prestadas pela ASTEC, concluo que o lançamento do item 5º é indevido.

O contribuinte requer que todas as intimações sejam encaminhados aos profissionais contratados, seus legítimos representantes (fl. 421). Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará nenhum vício se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 1ª JJF assim se posicionou:

- a) No que concerne à alegação de que a transferência de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo titular não há uma circulação de mercadorias, a junta se manifestou contrariamente, com o argumento de que juridicamente os estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados autônomos e, portanto, na hipótese levantada pelo contribuinte é cabível a cobrança do ICMS.
- b) Manifestou-se favoravelmente ao impugnante no concernente a acusação de falta de recolhimento de ICMS em razão de prática de operações tributáveis como não tributáveis, considerando o lançamento do item 2 como indevido, aceitando as cartas de correção apresentadas, sem no entanto fundamentar devidamente.
- c) Quanto à alegação do contribuinte, de que já havia recolhido, mediante denúncia espontânea, o débito relativo à infração 4, a junta julgou neste sentido, considerando o lançamento da infração 4 como sendo indevido.
- d) Devido à Decisão da junta no que toca a infração 4, a mesma reduziu o valor do débito relativo à infração 3 para o total de R\$ 17.997,67.
- e) Em relação ao lançamento da infração de nº 05, seguiu mesmo procedimento utilizado na apreciação da infração 2, considerando aquele como sendo indevido, aceitando as cartas de correção apresentadas, sem no entanto fundamentar o motivo da aceitação.

A junta, na mesma ocasião recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, alterado pelo Decreto de nº 13.537/11 (fls.659).

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 671/672) em relação à Decisão referente às infrações 1 e 3, reiterando todos os argumentos suscitados na peça defensiva, tão somente isso, quais sejam:

- I. No tocante ao item 1º, que nas transferências de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo titular não há uma circulação de mercadorias. Toma por base Decisão do STJ no REsp 772.891/RJ.
- II. Impugnou o 3º lançamento, alegando que nas transferências de material para uso ou consumo provenientes da matriz em São Paulo não há incidência do ICMS. Toma por fundamento o art. 7º, XV, do Decreto nº 45.490/00 de São Paulo. Diz que teria se baseado no Parecer 3.025/01 da DITRI, cuja ementa transcreve. Alega que o art. 69 do RICMS da Bahia prevê o pagamento da diferença de alíquotas, mas tão somente quando o material chega com incidência de tributação e com alíquota inferior à alíquota interna praticável. A seu ver, a condição primordial para ser devida a diferença de alíquotas é que o material saia do Estado de origem como tributável, caso contrário não existirá diferença a ser paga. Sustenta que os tribunais de todo o país vêm decidindo não haver incidência de ICMS na simples transferência de material de uso e consumo de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte. Cita nesse sentido decisões do STF e do STJ. Fala da Súmula 166 do STJ.

Ademais, promove a juntada de recente acórdão do TJ/BA onde reconhece a inexistência e fato gerador do ICMS na transferência de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, reconhecendo a improcedência do AI 269366.0006/09-9.

Em Parecer, a PGE/PROFIS opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso, alegando que (fls. 684/686):

- i. As razões recursais são insuficientes para provocar modificação no julgamento proferido pela Primeira Instância administrativa, e que o recorrente não apresentou argumentos jurídicos ou provas que pudesse promover a mudança do julgamento;

ii. Aduz que, em que pese a existência da Súmula nº 166 do STJ e a Decisão proferida pelo TJ/BA em caso idêntico, as mesmas não se possuem caráter vinculante, e tendo em vista o disposto na LC 87/96 considerando a autonomia dos estabelecimentos, razão pela qual entende ter ocorrido fato gerador do imposto estadual e ser devido o lançamento das infrações 01 e 03.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 12/12/2013 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/09/2010, com o objetivo de exigir do autuado crédito tributário, no valor histórico de R\$ 305.539,25 (trezentos e cinco mil quinhentos e trinta e nove reais e vinte cinco centavos), em decorrência do cometimento de 05 (cinco) infrações.

De plano, há que ser analisado o incidente processual, que invoco de ofício, posto que, apesar de arguido diversas vezes pelo contribuinte ao curso da instrução processual, não o foi em sede recursal.

Fazendo uma análise do presente PAF, verifico que, em sessão de julgamento os julgadores da 3ª. JJF por restarem acometidos de uma série de dúvidas quanto ao lançamento, inclusive quanto à Infração 5 que, sequer conseguiram compreender os demonstrativos do autuante, decidiram por converter o processo em diligência solicitando ao **contribuinte em intimação a ser realizada no endereço indicado na procuração de fl. 218**, que anexasse aos autos documentos faltantes a fim de comprovar suas alegações defensivas; bem como que o autuante explicasse o teor do demonstrativo fiscal de fls. 28 e seguintes, relativo à infração 5 e, ao final, tendo em vista a necessidade de apresentação de novos demonstrativos pelo fiscal autuante, quanto à Infração 5, que se procedesse à intimação do autuado e **reabertura do prazo para defesa de 30 dias** (fls.234/236).

O requerimento, expresso, para a reabertura do prazo de defesa de 30 dias se deu em razão de entenderem os julgadores que, o lançamento da forma como foi procedido dava margem a uma série de dúvidas que restringiriam o direito de defesa do contribuinte.

Mesmo sem intimar o contribuinte como determinado e, tampouco ter detalhado o demonstrativo de fl. 28, o autuante deu por concluída a diligência, e apresentou informação fiscal mantendo sua posição frente ao requerido; entende que não foi comprovado o retorno dos produtos elencados nas notas fiscais que respaldaram a infração 5 e que foram registradas no CFOP 5905, mesmo diante de todos os esforços do autuado no sentido de esclarecer a situação, devendo, portanto, ser o ICMS recuperado (fls. 239/240).

O contribuinte fora intimado para se manifestar em prazo de 10 dias.

Prosseguindo, desta feita já na em nova sessão de julgamento, a 3ª JJF, na busca pela verdade material, resolveu converter novamente o PAF em diligência, desta vez à ASTEC/CONSEF a fim de obter documento do contribuinte, novo demonstrativo fiscal e comparativo de dados elaborados pelo diligente, quanto às Infrações 2, 3 e 5, requer que a ASTEC analise os mesmos e, depois, encaminhasse o PAF à INFRAZ de origem para que esta intime o contribuinte da Informação Fiscal de fl. 314, do resultado da diligência requerida à ASTEC, e determinou, ***de forma expressa a reabertura do prazo de defesa de 30 dias*** (fls.320/323).

Em Parecer nº 59/2012 da ASTEC, após análise e confronto dos dados demonstrados pelo autuante e documentos apresentados pelo autuado, o fiscal se manifestou no sentido de não alterar os valores das infrações 2, 3 e 5 (fls.325/417) por entender que faltava a comprovação por parte do contribuinte, da insubsistência das mesmas.

Na fl. 418 ***consta a intimação para o contribuinte se manifestar sobre o resultado da diligência***

no prazo de 10 dias, realizada no endereço da empresa.

Ou seja, pela segunda vez a diligência não foi completamente cumprida, não sendo conferido ao contribuinte a reabertura do prazo de defesa de 30 dias.

Eis que, pela terceira vez, em sessão de julgamento, a 3^a JJF achou por bem a realização de nova diligência à ASTEC, para esclarecimentos relativos as infrações 2 e 5, tendo em vista os documentos solicitados e os elementos apresentados pelo contribuinte, as diligências e ponderações (fls.534/538). *Ao final do despacho de diligência, o relator requer, de forma expressa, que as intimações sejam feitas ao procurador do contribuinte e, que ao final da diligência, fosse reaberto o prazo de defesa de 30 dias.*

O contribuinte foi intimado (fl. 625), no endereço da empresa e para se manifestar sobre a diligência em um prazo de 10 dias.

Desta feita, o contexto fático do presente processo nos demonstra que por 3 vezes, e mesmo após diversas orientações expressas dos julgadores de junta, não foi respeitado o direito do contribuinte à devolução do prazo de 30 dias conforme determinado.

O que se vê no caso dos autos, diante da inexplicável negativa à realização da diligência requerida pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, em flagrante ofensa ao princípio da ampla defesa, aí entendo que a 1^a Junta de Julgamento Fiscal não poderia ter julgado o feito sem que fossem trazidos os elementos requeridos na diligência e devolvido o prazo de defesa do contribuinte.

Outrossim, em que pese grande parte da autuação tenha sido julgada improcedente, entendo ser necessário o saneamento de tal nulidade uma vez que, caso julgado procedente o Recurso de Ofício, a integralidade do lançamento seria restaurada sem o direito ao devido processo e ampla defesa do contribuinte fossem respeitados.

Ante a tudo o quanto exposto, alinhado ao Parecer da d. representante da PGE/PROFIS presente ao julgamento, entendo que devem ser anulados, todos os atos ocorridos até o Parecer ASTEC de nº 48/2013 (fls.540/624), devendo ser intimado o contribuinte, através de intimação do resultado de todas as diligências e informações fiscais apresentadas pelo autuante, da reabertura do seu prazo de defesa de 30 dias, para querendo apresentar nova impugnação e, após manifestação do autuante, caso os julgadores entendam como instruído o processo, que o mesmo seja submetido a novo julgamento.

Sendo assim, por este fundamento, restam PREJUDICADOS os Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar PREJUDICADOS os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e decretar NULA os atos processuais após intimação fiscal referente ao Auto de Infração nº 206955.0006/10-7, lavrado contra FERROLENE S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS