

PROCESSO - A. I. Nº 2986630001/13-3
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0177-03/13
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 26/11/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0354-11/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. 1.1. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. b) DESTINADOS A USO E CONSUMO. Provas carreadas aos autos insuficientes para elidir a exigência fiscal. Argumentos de fato aduzidos pelo Recorrente afastados após o cotejo dos documentos com os demonstrativos elaborados pela fiscalização. 1.2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. b) DESTINADOS A USO E CONSUMO. ARTIGO 167, I DO RPAF. Matéria atinente à declaração de inconstitucionalidade de norma legal. Falta de competência do CONSEF para a adoção de tal expediente. 2. NULIDADE. PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIA. ARTIGO 137 DO RPAF. A Decisão acerca do procedimento é de ato liberalidade do julgador sempre que vislumbrar que os autos não estão aptos a serem julgados. Na hipótese dos autos todas as provas foram juntadas pelo Recorrente. Evidenciada a desnecessidade do procedimento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 11/03/2013, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 244.487,14 (duzentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e quatorze centavos) em decorrência da constatação do cometimento de quatro infrações, assim capituladas na peça acusatória.

01 – Falta de recolhimento do imposto decorrente do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual quando da aquisição de bens destinados ao ativo fixo oriundos de outras unidades da Federação. Valor da exigência R\$ 47.670,41;

02 – Falta de recolhimento do imposto decorrente do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual quando do recebimento em transferência de bens destinados ao ativo fixo oriundos de outras unidades da Federação. Valor da exigência R\$ 33.753,98;

03 – Falta de recolhimento do imposto decorrente do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual quando da aquisição de mercadorias destinadas ao de uso e consumo do estabelecimento, oriundos de outras unidades da Federação. Valor da exigência R\$ 121.976,11;

04 – Falta de recolhimento do imposto decorrente do diferencial entre as alíquotas interna e interestadual quando do recebimento em transferência de mercadorias destinadas ao de uso e consumo do estabelecimento, oriundos de outras unidades da Federação. Valor da exigência R\$ 41.086,64.

Na oportunidade em que apresentou a sua defesa, o sujeito passivo reconheceu parcialmente as exigências, se insurgindo contra o lançamento nos seguintes termos:

	<i>Reconhecido</i>	<i>Impugnado</i>	<i>Total</i>
ITEM 01	9.129,90	38.540,51	47.670,41
ITEM 02	0,00	33.753,98	33.753,98
ITEM 03	117.622,09	4.354,08	121.976,17

ITEM 04	0,00	41.086,64	41.086,64
	126.751,99	117.735,21	244.487,20

Prestadas as informações fiscais (fls. 408/413), a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 3ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 29/07/2013.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz 04 infrações, como já devidamente relatadas, entre as quais o sujeito passivo se insurge parcialmente quanto às infrações 01 e 03 e integralmente contra as infrações 02 e 04.

Em relação ao pedido do impugnante para realização de pericia fiscal e diligência, indefiro com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, por entender que todos os elementos constantes nos autos permitem a este órgão julgador apreciar e julgar o processo sem o concurso de qualquer diligência ou pericia.

No que tange a infração 01, falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de bens oriundos de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ficou demonstrado com o reconhecimento parcial do autuado do cometimento dessa infração. O sujeito passivo se insurgiu pontualmente em relação às Notas Fiscais de nºs 46, 48, 128, 1515, e 1523.

Em relação às Notas Fiscais nº 46, filtro regulador de ar – NCM 90262090, nº 48, distribuidor de nível – NCM 73079900 e nº 128, coluna de nível de alumínio – NCM 90261029, o autuado alegou que é indevida a exigência em relação a essas notas fiscais, tendo em vista que se tratam de aquisições para o ativo imobilizado na forma do CONVÊNIO ICMS 52/91. No entanto, ao compulsar o teor do aludido Convênio e confrontar os respectivos códigos NCM e descrição dos produtos constato que não estão elencados no Convênio ICMS 52/91. Logo, na procede a alegação devendo ser mantidas as exigências relativas a essas notas fiscais.

Quanto a Nota Fiscal nº 1515, “Banco de Baterias PAR”, foi alegado pelo autuado que essa mercadoria se enquadra em projeto beneficiado pelo Programa Desenvolve - BA, Dec. 8205/2002, art. 2º, IV, referente ao Proc. 0328117/2008-9, conforme documentos anexados à defesa. Depois de examinar os elementos que compõem o contraditório atinente a esse item da autuação, verifico que, além de não ter sido carreado aos autos qualquer comprovação da alegação da defesa, no sistema da SEFAZ não consta Resolução alguma do Desenvolve que ampare a pretensão do impugnante.

A Nota Fiscal nº 1523, “válvula esfera”, fl. 49, indicada pelo sujeito passivo tratar-se de operação com bens sujeitos ao regime de Substituição Tributária e que houve Carta de Correção para mudança do CFOP e Natureza Tributária e indicação e indicação da NF Compl do ICMS-ST (1674 – Protocolo 6201535). Constato que, diferentemente do alegado o autuado, o produto “Válvula Esfera” consta do Convênio ICMS 52/91, tendo sido corretamente calculada a DIFAL no levantamento fiscal com a respectiva redução da base de cálculo, conforme se verifica no Anexo A, fl. 26, portanto, afigura-se corretamente apurada.

Assim, de acordo com as ponderações acima enunciadas, fica patente a improcedência das alegações do impugnante em relação às Notas Fiscais nºs 46, 48, 128, 1515, e 1523, e nesses termos, concluo pela manutenção da infração 01.

As infrações 02 e 04, cuidam da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição por transferência de bens oriundos de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - infração 02, e destinadas a e consumo do estabelecimento - infração 04.

O sujeito passivo se insurgiu contra a exigência que se refere às transferências entre os estabelecimentos da mesma empresa, ou seja, transferências de ativo fixo, relativa à infração 02 e transferências de material de uso e consumo quanto à infração 04.

A insurgência do sujeito passivo se restringe ao entendimento, por ele já firmado, quanto a não ocorrência de fato gerador do ICMS nas transferências de mercadorias que ocorrem entre os estabelecimentos da mesma empresa, amparado no argumento de que não existe circulação por falta de mudança de titularidade nos casos de transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa e que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 166, de 23/08/1996, segundo a qual: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Quanto ao entendimento do sujeito, com base doutrinária e jurisprudencial, citando a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, não deve prosperar, uma vez que o art. 12, I da Lei Complementar 87/96, e o art. 4º, I da Lei 7.014/96, asseguram a ocorrência do fato gerador nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, in verbis:

“ Art. 4º 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;”

Logo, ante a expressa previsão na Lei nº 7.014/96, resta indubitosa a incidência do ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo, efetuadas entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular.

No que diz respeito à alegação do sujeito passivo de que não ocorrera a circulação jurídica essencial ao lançamento, não merece prosperar, uma vez que a incidência do imposto está prevista na Lei nº 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.

Ressalto que somente através de Decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo de ADIN, estará o Estado da Bahia obrigada a acompanhar a posição. Também falece competência a esse Contencioso Administrativo para deixar de aplicar os dispositivos legais vigentes em conformidade com o art. 167, III do RPAF-BA/99.

Assim, diante da insurgência do sujeito passivo que se restringiu às notas fiscais de transferências arroladas no levantamento fiscal, amparada no entendimento de que não há ocorrência de fato gerador nas transferências de bens para o ativo imobilizado e material de uso e consumo, entendimento esse que não encontra amparo na Legislação Tributária do ICMS, concluo pela subsistência integral das infrações 02 e 04.

No que diz respeito à infração 03 o sujeito passivo refutou somente o lançamento em relação às Notas Fiscais nº.s 387, 240, 768, 43, 49, 51, e 58, não reconhecendo o valor de R\$ 4.354,76 correspondente a esses documentos fiscais arrolado no levantamento fiscal.

Sustentou o autuado que as Notas Fiscais nº.s 43, 49 e 51 devem ser excluídas por se tratar de cloreto de sódio utilizado como insumo no tratamento e remoção de H2O do Diesel. Entretanto, constato que não deve prosperar a pretensão do autuado, uma vez que, além de constar dos autos que o próprio autuado adota o tratamento tributário de material de uso e consumo, como se pode verificar no Anexo C, fls. 165 a 169, com recolhimento da DIFAL para o Cloreto de Sódio, não carregou aos autos o sujeito passivo uma comprovação inequívoca de que esse material é consumido no processo produtivo ou integra o produto Óleo Diesel na condição de elemento indispensável à produção, na forma prevista no §1º, inciso I, alíneas “b” e “c” do art. 93, do RICMS-BA/97, portanto, a indicação de que o Cloreto de Sódio é utilizado no tratamento e remoção de H2O não ultrapassa o nível de mera alegação, portanto não tem o condão de elidir a acusação fiscal. Logo, deve ser mantida a exigência fiscal.

A Nota Fiscal de nº 240 - Barrafix para Tanque de NCM 73090090 fl. 397, verifico que não assiste razão ao autuado, tendo em vista que ao compulsar o Convênio ICM 52/91, verifico que esse produto não consta do Convênio. Assim deve ser mantida a exigência.

Quanto à Nota Fiscal nº 768, fl. 398, Caixa de Rolamento - NCM 84834090, constato que não deve prevalecer a pretensão do contribuinte, uma vez que foi considerada a base de cálculo reduzida constante da nota fiscal no valor de R\$2.708,20, fl. 165, efetuando-se a DIFAL a 10%.

No que diz respeito às Notas Fiscais nº.s 58 e 387, fls. 396 e 395, “Caixa de Trava”, não consta elencada no Anexo de Substituição Tributária, seja pela descrição ou pela NCM. São notas fiscais que pertencem à microempresa optante pelo Simples, também sujeita ao recolhimento da DIFAL pelo adquirente dos produtos. Portanto, devem também ser mantidas no levantamento fiscal.

Infração 03, por conseguinte, é procedente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação dos pagamentos realizados.

Como é possível constatar da análise do voto condutor do acórdão recorrido acima reproduzido, os membros integrantes da 3ª JFJ refutaram os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva e entenderam por bem julgar Procedente o Auto de Infração.

Inconformado o passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 473/482), sustentando preliminarmente a nulidade da Decisão de base. No seu entender, a negativa do pedido de diligência lhe cerceou o direito de defesa na medida em que o seu pedido teve por finalidade o cotejo dos fatos descritos na autuação com as respectivas provas materiais trazidas aos autos de modo que restem evidenciadas as falhas cometidas pela fiscalização.

Fundamenta as suas assertivas no quanto previsto nos artigos 2º e 150, II do RPAF, aduzindo que caso seja mantida a Decisão graves prejuízos lhe serão causados.

No mérito, reitera os argumentos apresentados na defesa, afirmando quanto aos itens 01 e 03 que não é devido o diferencial de alíquotas em relação às operações a seguir especificadas, em razão das seguintes circunstâncias fáticas:

Item 1

- (a) Nota Fiscal de nº 1515, em razão de os bens terem sido adquiridos com diferimento do diferencial de alíquota no âmbito do programa DESEVOLVE, conforme atesta o Certificado de Habilitação de nº 032817/2008-9;
- (b) Nota Fiscal nº 1523 trata de bens submetidos à substituição tributária, tendo o CFOP da operação tido sido objeto de carta de correção e indicação na Nota Fiscal complementar do ICM-ST de nº 1674;
- (c) Notas Fiscais de nºs 46, 48 e 128 se referem à aquisições de bens de ativo imobilizado na forma do Convênio ICMS 52/91.

Item 3

- (a) Notas Fiscais de nºs 43, 49 e 51, em razão de se referirem à aquisição de insumo – Cloreto de Sódio – utilizado no tratamento e remoção do H₂O do óleo diesel que produz. Com o objetivo de comprovar as suas alegações procede à juntada de laudo técnico expedido pelo INT – Instituto Nacional de Tecnologia, esclarecendo que embora o laudo trate do produto Cloreto de Sódio no processo fabril de querosene de aviação, este tem a mesma função no processo de fabricação do óleo diesel;
- (b) Notas Fiscais nºs 240 e 768 tratam de aquisições de ativo fixo na forma do Convênio ICMS 52/91;
- (c) Notas Fiscais nºs 58 e 387 se referem à aquisição de bens submetidos à substituição tributária.

Requer sejam reapreciadas as suas razões e reconhecida a improcedência parcial das exigências.

Quanto aos itens 2 e 4, que se referem à exigência de diferencial de alíquota nas operações de transferência, o sujeito passivo esclarece que as notas fiscais arroladas no demonstrativo dizem respeito à aquisições de peças e partes de reposição e sobressalentes de bens que integram o seu ativo imobilizado.

Apresentando excertos da doutrina especializada, argumenta que operações desta natureza não se submetem à incidência do ICMS por que não traduzem operações mercantis. Aduz que a tese defendida encontra guarida na jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça, notadamente na Súmula nº 166.

Requer a reforma da Decisão de base de modo que seja reconhecida a improcedência das exigências.

Instada a se manifestar a PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, afastando de logo a preliminar de nulidade da Decisão. No entender do procurador representante a prova se constitui num ato processual ínsito à atividade do julgador, sendo este soberano para definir, com base no princípio do livre convencimento, acerca da necessidade ou não de diligência.

No mérito, quanto às imputações 1 e 3 reafirma os termos em que lavrado o voto condutor do acórdão recorrido, opinando pela sua manutenção.

No que diz respeito aos itens 2 e 4, após fazer um arrazoado acerca da legislação que rege estabelece a incidência do ICMS nas operações de transferência, bem assim colacionar ementas de julgados emanados do Poder Judiciário, conclui que embora as operações de transferências realizadas entre estabelecimentos do mesmo titular não se constituam em operações de cunho mercantil são elas, sem dúvida, operações relativas à circulação de mercadorias, evento que, no seu entender, se subsumi ao fato gerador do ICMS.

Afasta a incidência da Súmula nº 166, sustentando que os termos em que prolatada são

inaplicáveis às operações de transferências interestaduais, concluindo que ainda que se pudesse admitir tal hipótese, falece competência a este Conselho de Fazenda para apreciar matérias de foro constitucional.

VOTO

Conheço do Recurso em face da tempestividade e regularidade de sua interposição, pelo que passo a analisar as razões de apelo aduzidas.

Início pela preliminar de nulidade suscitada para afastá-la. Com efeito, dispõe o artigo 137 do RPAF que *compete ao relator, tanto na primeira como na segunda instância, avaliar se o processo se encontra em condições de ser levado a julgamento a salvo de dúvidas ou incorreções*, decidindo sobre a necessidade de realização de diligência levando em consideração a necessidade e possibilidade.

No presente caso, entendeu o relator de primeira instância pela desnecessidade de realização de procedimento de diligência, já que todos os elementos necessários ao julgamento do feito encontram-se nos autos e, ademais, a matéria em debate não demanda de análise especializada ou mesmo transcendente aos elementos já carreados ao PAF.

Diante de tais circunstâncias e à luz da legislação de regência, não vislumbro o cerceamento de defesa alegado na negativa de realização de diligência capaz de ensejar a nulidade da Decisão de base.

No mérito, quanto às infrações 1 e 3 passo a análise dos documentos, cuja exigência do diferencial de alíquotas foi objeto de Recurso:

ITEM 1

Nota Fiscal de nº 1515 – Alega o Recorrente que em relação a tal operação não é devido o diferencial de alíquotas, pois é beneficiário do programa DESEVOLVE e tem o direito ao diferimento do imposto para o momento em que ocorre a desincorporação do ativo.

De fato, no âmbito do referido programa, em regra, é garantido aos beneficiários o diferimento do DIFAL quando das aquisições de ativo fixo. Tal diferimento, contudo, deve constar expressamente de Resolução Própria expedida pelo Conselho Deliberativo de Programa nos termos do artigo 2º do Decreto nº 8.205/02.

Ocorre, todavia, que o Recorrente não trouxe aos autos cópia da competente Resolução com vigência no período autuado, documento hábil a comprovar suas alegações. Por esta razão, tal como procedeu a Decisão de base, refuto a alegação, mantendo a exigência.

Ressalto, por oportuno, que também não consta dos autos a cópia do Certificado de Habilitação de nº 032817/2008-9, mencionado no Recurso.

Nota Fiscal nº 1523 – Verifico se tratar de aquisição de produto capitulado na NCM sob o código nº 84818095, não sujeita à substituição tributária no Estado da Bahia. Constato ainda que o Recorrente, apesar de alegar ter sido emitida nota fiscal complementar, relativamente ao ICMS-ST, não anexou aos autos cópia do referido documento.

Constato, ademais, que a NCM do produto objeto da exigência encontra-se listada no Anexo I do Convênio 52/91 e que a redução de base de cálculo a ele aplicável foi observada quando da confecção do demonstrativo que instrui o Auto de Infração, razão pela qual entendo procedente o lançamento.

Notas Fiscais de nºs 46, 48 e 128 – Sustenta o Recorrente que as aquisições acobertadas por estes documentos fiscais se referem a bens listados no Convênio ICMS 52/91, razão pela qual o cálculo do diferencial de alíquota deve observar a redução de base ali prevista.

Observo que as NCMS dos bens adquiridos através das mencionadas notas fiscais não fazem parte do Anexo I do Convênio ICMS 52/91, pelo que não procedem as razões de apelo.

ITEM 3

Notas Fiscais de nºs 43, 49 e 51 - Estes documentos acobertam aquisições do produto Cloreto de Sódio que o Recorrente sustenta não se constituir em material de uso e consumo e sim em insumo utilizado no tratamento e remoção do H2O do óleo diesel que produz.

Com o objetivo de comprovar as suas alegações procede à juntada de laudo técnico expedido pelo INT – Instituto Nacional de Tecnologia, esclarecendo que embora o laudo trate do produto Cloreto de Sódio no processo fabril de querosene de aviação, este tem a mesma função no processo de fabricação do óleo diesel.

De fato, o laudo do INT acostado aos autos descreve a funcionalidade do Cloreto de Sódio no processo industrial do Querosene de Aviação, produto distinto do óleo diesel a que se refere o contribuinte em suas razões de Recurso. Nestes termos, entendo como imprestável a referida prova para o caso dos autos.

Verifico, por outro lado, que quando prestou as suas informações, os auditores fiscais autuantes esclareceram que o próprio contribuinte confere ao referido produto o tratamento de material de consumo, oportunidade em que listou uma série de aquisições de Cloreto de Sódio para as quais foi recolhido o diferencial de alíquota.

Apesar de entender que um procedimento porventura adotado pelo contribuinte não tem o condão de sobrepujar a verdade material, não posso deixar apontar que existe uma inconsistência entre a conduta do contribuinte e suas razões de apelo.

Ante a tal dicotomia e considerando que o Recorrente não trouxe aos autos sequer um descritivo de seu processo fabril que permita a este órgão julgador identificar com segurança a semelhança de funcionalidade do Cloreto de Sódio nos processos fabris de óleo diesel e querosene de aviação, de modo que se tornasse possível aproveitar os termos do laudo do INT trazido à colação, entendo que a Decisão de primeira instância também quanto a este particular não merece reparos.

Notas Fiscais nºs 240 e 768 – Verifico que as NCMS dos bens adquiridos através das mencionadas notas fiscais não fazem parte do Anexo I do Convênio ICMS 52/91, pelo que também quanto estes documentos não procedem as razões de apelo;

Notas Fiscais nºs 58 e 387 – Tal como o relator de primeira instância, constato que os produtos adquiridos através destes documentos fiscais não estão submetidos ao regime de Substituição Tributária, não havendo como acolher as razões de Recurso.

Quanto às exigências consubstanciadas nos itens 2 e 4, apesar de me alinhar ao entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não incidência do ICMS sobre as operações de transferência realizadas entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, bem como de entender que os termos da Súmula nº 166 não restaram superados após o advento da Lei Complementar nº 87/96, já que esta norma em nada alterou o aspecto material da regra matriz de incidência do ICMS em relação à legislação pretérita, tenho que declinar ao quanto previsto no artigo 167 do RPAF que nega competência a este Conselho para declarar a inconstitucionalidade/ilegalidade de Leis.

Ocorre que no caso dos autos para concluir pela improcedência do lançamento do DIFAL por se tratar de operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular este Conselho haveria, necessariamente, de afastar a disposição contida no inciso I do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 em face da sua patente incompatibilidade com os comandos extraídos do inciso II do artigo 155 da Constituição Federal e do inciso I do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, que prescrevem como hipótese de incidência do ICMS as operações relativas à circulação de mercadorias, assim entendidas aquelas em que se constate o ato de mercância, cuja consequência jurídica é a transferência de propriedade, gênero do qual as operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular não são espécies.

Não se trata aqui, ressalte-se, de conferir a uma norma natureza infra legal uma interpretação conforme a Lei a quem esta deve guardar obediência, procedimento que, a meu ver, é inerente ao controle da legalidade do ato de lançamento, atividade que se insere nas atribuições deste órgão

juiz, mas sim de reconhecer e declarar a inconstitucionalidade/ilegalidade de determinada disposição contida em Lei Ordinária regularmente promulgada pelo Poder Legislativo Estadual.

Nestes termos, NEGOU PROVIMENTO ao apelo do Recorrente para, mantendo a Decisão de piso, julgar procedente o lançamento de ofício que inaugurou o presente PAF, devendo ser homologados os recolhimentos efetuados.

VOTO EM SEPARADO (Infrações 2 e 4)

Voto pelo não provimento do Recurso Voluntário, e neste sentido acompanho a conclusão do voto proferido pela nobre Relatora.

Contudo, em relação às imputações 2 e 4 dirijo quanto à fundamentação do voto da digna Relatora, neste aspecto comungando do entendimento expressado no Parecer PGE/PROFIS de fls. 491 a 504, proferido pelo nobre Procurador José Augusto Martins Júnior.

Estes itens do lançamento tratam de operações relativas a transferências interestaduais de bens, material de consumo, ou mercadorias, conforme demonstrativos fiscais de fls. 57 a 163, e de fls. 220 a 263. A rigor, inclusive, tratando-se de operações interestaduais, coadunando-me com o mencionado parecer PGE/Profis observo que quanto a estas, mais ainda, não se aplica o teor da Súmula 166 do STJ, citada também no voto divergente.

Tal como bem dito no texto do mencionado Parecer, nos termos do artigo 155, II, da Constituição da República, o ICMS incide sobre as operações relativas a circulação de mercadorias e a prestação de serviços, não se tratando de tributo que incida apenas sobre operações de venda de mercadorias. Por seu turno a LC 87/96, em seu artigo 12, I, determina:

LC 87/96:

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;

Assim, uma vez vigente a Lei Complementar, a ela submete-se o crivo deste julgamento.

Por outro viés, ainda que se possa querer entender que apesar dos efeitos tributários da transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, em âmbito estadual, poderia ser aplicável o entendimento que desaguou na publicação a Súmula 166 do STJ, faz-se necessário frisar que as operações objeto das imputações 2 e 4 são operações interestaduais, quando tais efeitos tributários são ainda mais acentuados, posto que o crédito fiscal oriundo da entrada de mercadorias, em operação interestadual, será suportado pela Unidade Federativa de destino, em que pese ter sido o valor pago de imposto, que autoriza a dedução do valor do débito tributário ocasionado pela saída do bem, recolhido a favor do Estado de origem. A implicação econômico-tributária da circulação da mercadoria chega assim a nível Federativo.

Ademais a legislação do ICMS do Estado da Bahia, em conformidade com a LC 87/96, prevê a incidência do referido imposto nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, visto que os estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular são considerados autônomos entre si, conforme o princípio da autonomia dos estabelecimentos, art. 11, § 3º, II, da já citada LC 87/96.

Pelo exposto, endossando o quanto dito no voto da Conselheira Relatora quanto aos demais itens da autuação, igualmente voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Aplicação da Súmula nº 166)

Em que pese o voto da n. Conselheira Relatora, peço *venia* para discordar do seu entendimento quanto a não aplicação da Súmula 166 do STJ ao presente caso, com base no art. 167, I do RPAF.

Entendo que o referido preceito sumulado pelo STJ se aproveita ao presente caso a) tanto por ser

uma questão já debatida pelas mais altas cortes nacionais (STF e STJ), com entendimento pacificado, não cabendo mais nenhuma reforma no seu posicionamento; b) quanto pelos próprios princípios constitucionais, legais e do próprio RPAF (legalidade, eficiência e legalidade) que balizam a administração pública e o próprio procedimento administrativo.

Deste modo, não se trata de uma declaração de inconstitucionalidade a ser efetuado por essa Câmara, como entendeu a n. Relatora, eis que, tal questão já foi decidida pelos órgãos competentes mesmo após a edição da Lei Kandir, quando apreciaram a exigência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular. Vários são os julgados acolhendo a tese da não incidência.

Alinhamos, portanto, ao entendimento já consolidado pelos Tribunais Superiores, no intuito de se ver resguardando tanto os direitos dos contribuintes, sob a égide da constitucionalidade e da legalidade, quanto também os próprios cofres públicos que suportarão o ônus da sucumbência das ações que gravitarem sobre o tema no Poder Judiciário, situação que onera duplamente as classes produtoras e dos contribuintes.

Do manuseio dos autos, ficou assentado que parte da autuação (itens 2 e 4), está calcada em operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, ou seja, entre unidades de uma mesma empresa, situadas em outros Estados da Federação e no Estado da Bahia.

Diante deste quadro, resta claro que houve transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica devendo ser acolhidas as arguições do Contribuinte e aplicado o quanto disposto na Súmula nº 166 do STJ, afastando, assim, a incidência de ICMS e tornando o Auto de Infração parcialmente subsistente.

Nesta senda, reproduzo posicionamento já exposto neste Conselho, em votos vencidos por maioria, em questões de mesma ordem e da lavra do i. Cons. Carlos Henrique Jorge Gantois, nos Acórdãos nºs 0321-12/11; 0289-12/11 e 0300-12/11, ao qual me filio.

Pela sua clareza, transcrevo as razões exaradas no voto divergente do Acórdão nº 0321-12/11, prolatado no dia 05 de outubro de 2011, *in litteris*:

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Aplicação da Multa)

Compulsando os autos, pude constatar que a autuação trata de exigência do ICMS no valor total de R\$45.438,75, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Constatado que o recorrente arguiu que o fulcro da autuação originou-se da transferência pela matriz, em Ilhéus, para a filial, em Lauro de Freitas, de 375 unidades de microcomputadores, através da Nota Fiscal nº 277, ao tempo que afirmou que essa operação é não tributável pelo fato de que, tanto a matriz, quanto a filial possuírem o regime de diferimento que se encontrava vigente na data da emissão e circulação das mercadorias.

Com a devida vênia do ilustre Conselheiro Relator José Franklin Reis, em que pese seu brilhante voto, estou convencido do equívoco do seu julgamento acerca da infração em tela. O motivo de tal divergência segue a esteira de outros votos já exarados por mim, nesta egrégia 2ª CJF, em matéria de similar teor.

Da análise dos autos, conforme já susomencionado, verifiquei que a origem da autuação está na simples transferência de mercadorias entre estabelecimentos, ou seja, entre matriz e filial, de uma mesma empresa situada no Estado da Bahia.

Estou convencido de que as mercadorias simplesmente transferidas entre a matriz localizada em Ilhéus/BA e Lauro de Freitas/BA, não representam uma operação tributável, ou seja, não se constitui fato gerador de ICMS e, portanto, a exigibilidade do referido imposto estadual resta prejudicada, vez que não houve a circulação econômica, isto significa dizer que não ocorreu o ato ou negócio jurídico perfeito que suscitasse tal circulação.

Em que pese entendimentos diferentes advindos de juristas e do seio do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), existem Pareceres de inúmeros juristas, diversos Acórdãos prolatados por Tribunais de Justiça Estaduais, inclusive pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e, sobretudo, do Superior Tribunal de Justiça, através da sua Súmula nº 166, que entendem que não existe fato gerador de ICMS quando houver mera transferência física de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo proprietário, não ocorrendo o ato jurídico de aquisição da mercadoria, ou seja, não houve mudança de titularidade.

Nesta esteira, me permito reiterar que, neste caso, não pode haver a cobrança do ICMS, posto que a exação se condiciona à circulação da mercadoria, o que não se subsume à ocorrência apenas e tão-somente a circulação física.

Com efeito, é cediço que a atividade tributária do Estado se condiciona, por força da capacidade contributiva, a gravar situações que revelem riqueza, ou seja, dirige-se apenas aos signos presuntivos de riqueza.

Nesse sentido, o ICMS só pode incidir quando haja signo presuntivo de riqueza indicativo de circulação da mercadoria que, evidentemente, não pode ser a circulação física, mas a circulação econômica que, naturalmente, resulte de uma circulação jurídica.

A circulação jurídica de mercadoria decorre de operações que envolvam a translação da propriedade da mercadoria, o que não ocorre se há mera circulação de um estabelecimento para outro da mesma sociedade empresarial.

*Entendo, alinhando-me com esta vertente jurídica, que encontra eco no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula nº 166, segundo a qual o **simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui-se fato gerador do ICMS**. Transcrevo a seguir a íntegra do seu teor*

“Súmula 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte(...)”.

Apenas com a mudança de titularidade pode-se conceber a circulação para efeitos jurídicos capaz de ensejar o fator gerador do ICMS. Tal entendimento ainda se mantém firme nos julgados mais recentes, como se vislumbra abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ.

DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783.

Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) 2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).

3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "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;" 4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias.

É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.

(...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa

de bens de ativo imobilizado da fábrica do recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

(Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)

7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a Decisão.

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1125133/SP, Rel. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010)

TRIBUTÁRIO. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. NÃO- INCIDÊNCIA. SÚMULAS 166 E 7 DO STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que houve simples deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, sem finalidade de comercialização e com retorno ao local de origem. Nessas condições, não incide o ICMS, nos termos da Súmula 166/STJ.

2. Rever tal aspecto, indicado pelo TJ-MA, de que não houve efetiva circulação econômica da mercadoria, é inviável em Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

3. Agravo Regimental não provido.

*(AgRg no REsp 780.543/MA, Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 19/12/2008)”.
(grifos nosso)*

Portanto, acolho o quanto solicitado pelo Recorrente em sua peça recursal, que clama pela improcedência das infrações 2 e 4, no que tange às transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar Insubsistentes as infrações 2 e 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2986630001/13-3**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$244.487,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infrações 2 e 4) – Conselheiros(as): Rosany Nunes de Mello Nascimento, Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz.

VOTO EM SEPARADO (Infrações 2 e 4) – Conselheira Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva

VOTO DIVERGENTE (Infrações 2 e 4) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO EM SEPARADO

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO DIVERGENTE

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS