

PROCESSO - A. I. N° 206891.0050/13-9
RECORRENTE - ARCELORMITTAL BRASIL S/A. (BMP SIDERURGIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
ECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0087-04/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0378-11/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À PREVISTA EM LEI COMPLEMENTAR. Não apresentado prova ou argumentos jurídicos capazes de modificar a Decisão recorrida. Infração mantida. A multa aplicada possui caráter legal e foi tipificada em consonância com a infração cometida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. De ofício, corrigida a tipificação da multa aplicada para a prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96, que é a prevista para a infração cometida. Rejeitado o pedido de cancelamento da multa. Reformada a Decisão pela procedência parcial da infração 2. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 10/12/13, acusando as seguintes infrações:

1. *Falta de recolhimento do tributo, apurado por meio de arbitramento, em virtude da não apresentação de documentos fiscais e contábeis, mesmo após 12 (doze) intimações. A auditoria visou analisar a utilização indevida de crédito nas transferências interestaduais, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à definida na Lei Complementar 87/1996. Em razão do não cumprimento das intimações, o cálculo da base de tributação tida como correta pela fiscalização, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, foi efetuado com base na Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica de 2009 (DIPJ) e no livro Registro de Entradas (LRE), com fundamento no art. 22-B da Lei do ICMS/BA nº 7014/1996 (fl. 04). Trata-se de operações nas quais os remetentes fabricaram as mercadorias transferidas. R\$899.113,06 e multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, Lei 7.014/1996.*
2. *Falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos através de intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de R\$ 244.745,81, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/1996.*

Na Decisão proferida pela 4ª JJF (fls. 244/249) foi apreciado que:

Verifico que os auditores expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveram as infrações pormenorizadamente, indicaram os documentos e demonstrativos, seus dados e cálculos, assim como o supedâneo jurídico.

Não foi identificada cobrança em duplicidade, violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, inclusive aqueles encartados no art. 2º do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia).

No que concerne à metodologia adotada na apuração do imposto, tem fundamento no art. 22-B, Lei 7.014/1996, abaixo transcrita.

Art. 22-B A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS admitida nos termos do § 4º do art. 13 da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, para efeito de apropriação de crédito fiscal nas transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, oriundas de outra unidade da Federação, quando a empresa não fornecer os arquivos magnéticos para a apuração do valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou o detalhamento da composição do custo da mercadoria produzida.

(...)

II - nas transferências de mercadorias produzidas pela própria empresa, a base de cálculo será encontrada pela aplicação, sobre o valor da transferência, do percentual relativo ao somatório do valor da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra sobre o custo total do produto vendido, informados na Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - DIPJ, admitindo-se como crédito fiscal o valor encontrado pela aplicação da alíquota interestadual sobre a base de cálculo arbitrada.

Melhor sorte não merece a preliminar atinente à segunda imputação, a qual o deficiente disse ter base legal genérica (art. 42, XIII-A, "j", Lei 7.014/1996). O referido comando estatui a penalidade de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e de prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, ou do valor dos estornos de débitos, pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade.

Quanto à prejudicial de decadência, deve ser observado que o art. 150, § 4º do CTN dispõe sobre lançamento por homologação, sendo que tal atividade (de homologar) guarda relação com o recolhimento necessária e antecipadamente efetuado. Sem o pagamento anterior, não há que se falar em homologação, pois nada existe para ser homologado.

Assim, nas hipóteses de falta de pagamento ou pagamento a menor, a contagem do instituto em comento deve ser efetuada com base no art. 173, I do referido Código.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

Estão presentes nos autos todos os elementos aptos a formar a convicção dos julgadores, em virtude de que, com supedâneo no art. 147, I, "a" do Decreto 7.629/1999, entendo ser desnecessária a conversão do feito em diligência ou perícia.

No tocante ao endereço para intimações e notificações, bem como à forma das mesmas e a quem serão dirigidas, devem ser observados os arts. 108 a 110 do RPAF/BA.

Quanto ao mérito da infração 01, primeiramente, data vênia, a Súmula 166 do STJ foi publicada antes da Lei Complementar 87/1996 e não é vinculante.

Ademais, é importante frisar que a sobredita Lei Complementar, a quem coube estabelecer normas gerais sobre o imposto em enfoque, denominada Lei Kandir, dispôs em seu art. 13, § 4º sobre critérios de determinação da base para o cálculo dos créditos nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que não se pode concluir que tais operações estejam fora do campo de incidência do ICMS.

No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do art. 12 da LC, ao informar que ocorre o fato gerador do gravame no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.

Pois bem, apesar dos posicionamentos antigos sobre a matéria, que privilegiavam a Súmula 166, a discussão sobre a base de cálculo nas transferências foi submetida e apreciada pela Segunda Turma do STJ (uma das duas turmas componentes da Primeira Seção, regimentalmente competente para julgar matéria de direito público), que decidiu pela aplicação daquilo que o legislador complementar positivou.

Em seguida transcreveu a ementa do REsp 1109298/RS, cujo Relator foi o Ministro CASTRO MEIRA, da segunda Turma, julgado em 26/04/2011, no qual deu conhecimento e provimento, decidindo que aplica-se o disposto no art. 13, § 4º, da LC 87/96, nas operações realizadas entre a Fábrica (SP), o Centro de Distribuição (SP) e a Filial situada no Rio Grande do Sul, adotando a base de cálculo da saída de produtos do Centro de Distribuição com destino ao Estado gaúcho, concluindo que o recorrente registrava como valor das mercadorias um preço superior ao custo

de produção, próximo ou maior do que o valor final do produto alienado no comércio varejista ou atacadista daquele Estado. Conclui que:

Por conseguinte, não há razão em se afirmar que não incide o ICMS sobre as operações em enfoque.

Trata-se de lançamento por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, decorrente de operações interestaduais de transferência de mercadorias remetidas por estabelecimentos localizados em outra unidade da Federação, para o autuado, situado na Bahia, com base de cálculo superior ao custo de produção, correspondente ao somatório dos custos de matéria prima, acondicionamento, material secundário e mão de obra, conforme estabelecido no art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar 87/1996.

Para efeito de apuração da base de tributação quando das transferências interestaduais de produtos fabricados e remetidos por estabelecimento industrial para filiais, deverá ser adotado o custo de produção, definido no art. 13, § 4º, II da LC nº. 87/1996, norma esta reproduzida na Lei nº. 7.014/1996, no seu art. 17, § 7º, II, como também no art. 56, V, “b” do RICMS/1997, ou seja, a soma dos custos de matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

A definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, “a” da Constituição Federal, sendo que o comando contido no art. 13, § 4º da Lei Complementar 87/1996 é específico e não admite interpretação distinta daquela perpetrada pelos auditores ou até mesmo extensiva.

Logo, os gastos não definidos no art. 13, § 4º, II da LC nº. 87/1996 devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do crédito, conforme procederam os autuantes.

Infração 01 caracterizada.

Com respeito à infração 02, uma vez que o texto do art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/1996 contém a expressão “sem o nível de detalhe exigido na legislação”, e a legislação, no art. 22-B da mesma Lei, tem como irregular o não fornecimento dos arquivos magnéticos para a apuração do valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou o detalhamento da composição do custo da mercadoria produzida, autorizando arbitramento para tal hipótese, concluo que é correta a cobrança.

Observe-se que o caput do art. 22-B da Lei instituidora do ICMS na Bahia, acima transscrito, não exige intimação prévia para configurar a obrigação de transmitir os arquivos com as informações dos custos de transferência. Assim, o lançamento de ofício beneficiou o sujeito passivo, porquanto a aplicação de penalidades deve ser cumulativa (R\$ 1.380,00 + 1%), determinação não observada com o lançamento tão somente do percentual.

Tendo-se em vista a proibição de reforma para pior, isso não pode ser feito no presente momento.

Infração 02 caracterizada.

O caráter supostamente confiscatório, desproporcional ou inconstitucional das multas das infrações 01/02 não pode ser julgado neste foro, consoante norma do art. 167, I do RPAF/BA, tampouco o pedido de redução ou cancelamento daquela concernente à primeira imputação (artigos 158/159, RPAF/BA).

Indefiro o pleito de redução ou cancelamento da penalidade por descumprimento de obrigação acessória (infração 02), por não estar presente uma das condições estatuídas no art. 42, §7º, Lei 7.014/1996, qual seja, a falta de pagamento do tributo, constatada na primeira acusação.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 260 a 273), o recorrente ressalta a tempestividade do Recurso, faz um breve relato dos fatos e da Decisão que entende estar desvinculada da realidade dos fatos por ter sido fundamentada de forma incoerente e desarrazoada da legislação.

Esclarece que o ICMS exigido parte da premissa que nas transferências entre os estabelecimentos do mesmo titular, deve ser aplicado o disposto no art. 13 da LC 87/96, ou seja, soma do custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. E que, não tendo sido apresentado os documentos necessários, foi apurado de acordo com a DIRPJ;

Afirma que tal premissa está equivocada e em seguida, às fls. 261 a 273 reapresenta o mesmo conteúdo da defesa inicial às fls. 147 a 159, que por ser repetitiva faço uma síntese:

- A) não há incidência do ICMS nas transações entre filiais, conforme sumulou o STJ (166/STJ);
- B) recolhe o imposto com base no custo contábil, sem auferir ganhos, em obediência à LC 87/96;

- C) a autuação retrata a insegurança jurídica que assola este País, visto que procede de acordo com a lei complementar, cujo entendimento conflita com o Estado de origem e o de destino;
D) Inexiste sentido jurídico em instituir base de cálculo inferior ao custo, nas transferências.

Discorre sobre conceitos de custo contábil, princípios contábeis, Pronunciamento Técnico do CPC 16 (estoques), avaliação de ativos (artigos 177 e 183 da Lei das S.A), Regulamento do Imposto de Renda (artigos 290 a 294), Parecer Normativo CST 6/79 (avaliação de estoques), Port. SSER 35/13 para reforçar seu entendimento de que aplica o custo de produção em obediência à legislação.

Comenta sobre o art. 13 da LC 87/1996 e afirma que no que se refere a operações de transferências entre estabelecimentos, trouxe uma base de cálculo própria no seu §4º, II, que desconsidera na sua formação diversos elementos de custos, sendo claro que é meramente exemplificativo.

Contesta a fundamentação de que a Súmula 166 do STJ não tem efeito vinculante, por entender que ela registra o entendimento pacificado dos Tribunais, buscando uniformizar decisões, inclusive de que não houve modificação de entendimento após a Lei Kandir (LC 87/96), à vista dos Resp 659569/RS e 121738/RJ, cuja ementas transcreveu às fls. 268/269.

Requer que seja declarada a improcedência da infração 1, em razão de ter sido apurado a base de cálculo com base na DIRPJ com base em dados anuais, ao invés dos mensais que servem de base para a apuração do ICMS, por incorrer em vício material, ao teor dos artigos 3º e 142 do CTN.

Afirma que os cálculos efetuados pela fiscalização viola o disposto no art. 148 do CTN, por não ter utilizado o melhor método para apurar a base de cálculo, ou seja, o “do último custo conhecido” que poderia ser feito a partir das bases de dados e documentos que tem disponível. Cita Decisão contida no AC 1998.04.01.061640-0/SC que preconiza só ocorrer arbitramento se inexistir “elementos contábeis confiáveis”, ao teor do art. 148 do CTN.

Quanto às penalidades aplicadas de 100% na primeira infração e de 1% sobre o valor das operações de saídas, afirma que a segunda deve ser afastada por possuir capituloção genérica e ter fim arrecadatório. Já a primeira com porcentual de 100% possui efeito de confisco, devendo ser cancelada ou reduzida ao porcentual de 25%, como decidido no RE 754.554/GO, em virtude do comando do art. 108, IV do CTN que preconiza graduação em função da gravidade da infração.

Por fim, requer reconhecimento do Recurso, reconhecendo a improcedência da autuação, visto que o arbitramento realizado pela fiscalização decorreu de interpretação própria da LC 87/96 e também em função da inexigibilidade do ICMS nas operações de transferências, bem como requer o cancelamento ou redução das multas aplicadas.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 291 a 294, inicialmente discorre sobre as infrações e Decisão da primeira instância, afirmando que a aplicação do arbitramento tem respaldo nos artigos 26 da Lei 3.956/81; art. 22-B da Lei nº 7.014/96 e art. 937 e 408-R do RICMS/97.

Opina que o método que não apura o montante real do imposto, deve ser utilizado quando houver impossibilidade de aplicar outro roteiro de fiscalização, o que ocorreu na situação em exame, visto que foram expedidas doze intimações antes da lavratura do AI, como determina o art. 13 cc o art. 22-B da Lei nº 7.014/96, que não tendo sido atendido, justifica a aplicação do arbitramento.

Da mesma forma, ressalta que foram expedidas oito intimações para apresentação de arquivos magnéticos, que não foram entregues a fiscalização, o que motivou a aplicação da multa cabível.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Conforme ressaltado no relatório, no Recurso Voluntário interposto o recorrente reapresentou o mesmo conteúdo da defesa inicial, cujos fundamentos foram apreciados na Decisão recorrida.

No tocante à infração 1, quanto aos argumentos de que (i) não há incidência do ICMS nas

transações entre filiais (Sum. 166 do STJ) e (ii) inexistência de base legal para apurar o ICMS com base em elementos de custo e não do custo de produção, verifico que a 4ª JJF fundamentou sua Decisão em que a LC 87/96 estabelece no seu art. 13, §4º critérios de determinação da base para o cálculo nas operações de transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte e que há incidência do ICMS.

Também, no que concerne à metodologia adotada na apuração do imposto, fundamentou amparo no art. 22-B, Lei nº 7.014/96, que prevê autorização para arbitrar a base de cálculo do ICMS admitida nos termos do § 4º do art. 13 da LC 87/96, para efeito de apropriação de crédito fiscal nas transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, quando a empresa não fornecer os arquivos magnéticos para a apuração do valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou o detalhamento da composição do custo da mercadoria produzida.

O inciso II do mesmo dispositivo legal prevê que a base de cálculo será encontrada pela aplicação, sobre o valor da transferência, do percentual relativo ao somatório do valor da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra sobre o custo total do produto vendido, informados na DIRPJ, admitindo-se como crédito fiscal o valor encontrado pela aplicação da alíquota interestadual sobre a base de cálculo arbitrada.

No que tange ao argumento de que não há incidência do ICMS nas operações de transferências interestaduais, verifico que a JJF apreciou que “apesar dos posicionamentos antigos sobre a matéria, que privilegiavam a Súmula 166, a discussão sobre a base de cálculo nas transferências foi submetida e apreciada pela Segunda Turma do STJ”, que decidiu pela aplicação daquilo que o legislador complementar positivou conforme REsp 1109298/RS, julgado em 26/04/2011.

Pelo exposto, constato que os argumentos recursais de que não há incidência do ICMS nas operações de transferências e que foi aplicada metodologia inadequada para apurar a base de cálculo, já foram apreciados na Decisão ora recorrida e deve ser mantida, visto que há incidência prevista na LC 87/96 (art. 13, §4º) e o arbitramento foi feito com suporte no que determina a Lei nº 7.014/96 e art. 148 do CTN.

Quanto ao argumento de que só se justifica a apuração mediante arbitramento, quando inexistir dados contábeis confiáveis (art.148 do CTN), observo que conforme ressaltado no Parecer exarado pela PGE/PROFIS, a fiscalização intimou o estabelecimento autuado diversas vezes para apresentar os componentes de custos (fls. 18 a 32), inclusive informando que, caso não disponibilizado os dados relativos aos custos dos produtos transferidos, seria arbitrado a base de cálculo nos termos do art. 22-B da Lei nº 7.014/96. Logo, não tendo sido atendido, justifica-se a aplicação do arbitramento.

Observo ainda, que o art. 144, §1º do CTN estabelece que:

Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Logo, concluo que a regra instituidora do arbitramento prevista no art. 22-B da Lei nº 7.014/96 é aplicável aos fatos ocorridos em período anterior ao da sua vigência.

Ressalte que em relação ao argumento de que há diferentes interpretações quanto ao disposto no art. 13, §4º, II da LC 87/96, por parte da administração tributária de diversas unidades da Federação, realmente há de se constatar que há um conflito de interesse entre os Estados produtores e consumidores, ora limitando a constituição da base de cálculo ao somatório dos custos da matéria prima, acondicionamento, material secundário e mão de obra, enquanto outros interpretam que estes elementos são apenas exemplificativos. Entretanto, em se tratando de exigência fiscal decorrente de operações de transferências, o entendimento prevalente nas decisões deste Conselho é de que a base de cálculo deve ficar restrita aos elementos indicados no art. 13, §4º da LC 87/96 (Acórdãos CJF 03-12/14; CJF06-13/14; CJF; CJF 28-12/14; CJF 38-11/14 e CJF 39-12/14).

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas nas infrações 1 e 2, possuem efeito confiscatório; pedido de redução ou cancelamento, bem como o afastamento da multa de 1% aplicada na infração 2, sobre o valor das operações de saídas, por possuir capituloção genérica e ter fim arrecadatório, faço as seguintes observações.

Com relação à infração 1, a multa capitolada no art. 42, IV, “i” da Lei nº 7.014/96, se coaduna com a descrição dos fatos da infração que acusa falta de recolhimento do imposto em decorrência de apuração por meio de arbitramento da base de cálculo. Portanto a multa aplicada é legal e está correta.

Quanto ao efeito confiscatório e suposta inconstitucionalidade, conforme observado pelo Relator da primeira instância, o art. 167 do RPAF/BA, prevê que não compete ao julgador administrativo declarar inconstitucionalidade da legislação tributária.

No que se refere ao pedido de cancelamento ou redução, quanto à infração 1, em se tratando de descumprimento de obrigação principal, falece competência de apreciação por esta instância julgadora ao teor do art. 159 do RPAF/BA.

Com relação à infração 2, verifico que conforme descrição contida nos autos, a aplicação da multa de 1% prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei 7.014/1996, decorreu da não apresentação dos arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, “com informações das operações ou prestações realizadas” conforme detalhamento no corpo do AI, tendo inclusive sido indicado “multa pela falta de entrega dos meios eletrônicos ou magnéticos previstos em lei”.

Na apreciação deste argumento, a 4ª JJF fundamentou que o texto do art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96 contém a expressão “sem o nível de detalhe exigido na legislação” e a legislação, no art. 22-B da mesma Lei, estabelece como irregular o não fornecimento dos arquivos magnéticos para a apuração do valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou o detalhamento da composição do custo da mercadoria produzida. Também, que inexiste exigência para intimação prévia de obrigação de transmitir os arquivos com as informações dos custos de transferência.

Concluiu que o lançamento de ofício beneficiou o sujeito passivo, visto que o dispositivo legal prevê aplicação de duas penalidades (R\$1.380,00 + 1%), e tendo sido aplicado o porcentual, sua correção implica em reforma para pior, o que não poderia ser feito no presente momento.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que as intimações juntadas às fls. 12/14 e 18/20 de 26/02/13 e 23/04/13 indicam a exigência do arquivo magnético contendo informações sobre as operações de transferências, com indicação de que o não cumprimento submete-se a penalidade prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96.

Verifico que o art. 263 do RICMS/12 prevê que o contribuinte que receber por transferência mercadorias de outro localizado em outro Estado, deve manter à disposição do Fisco arquivo eletrônico, contendo planilha de custos de produção, ainda que remetida por estabelecimento atacadista. Já o Parágrafo único, do mesmo dispositivo legal, prevê que a falta da entrega, quando intimado, dos arquivos eletrônicos implica em cassação de tratamento tributário diferenciado obtido mediante termo de acordo ou Regime Especial, sem prejuízo da penalidade prevista art. 42, XX da Lei nº 7.014/96 que prevê:

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

- a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;
- b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;
- c) R\$ 1.380,00 (mil e trezentos e oitenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes;

Logo, a penalidade cabível pela não entrega de arquivos magnéticos contendo informações sobre custo de produção prevista no art. 263 do RICMS/12 é a prevista no art. 42, XX da Lei nº 7.014/96 e incorreta a Decisão proferida pela 1^a JJF de que devia ser aplicada a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “j” da citada Lei.

Entendo que, a exceção indicada no art. 42, inciso XX que prevê a aplicação da multa prevista no inciso XIII-A do mesmo artigo, aplica-se à falta de entrega de arquivos previsto nos artigos 259 a 262 do RICMS/12 que trata de envio de arquivo eletrônico à SEFAZ, de usuário do SEPD, atendendo as especificações técnicas estabelecidas no Convênio ICMS 57/95, cujo descumprimento, prevê expressamente no seu § 6º que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstas no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

Pelo exposto, constato que apesar de o corpo do AI indicar que foram expedidas doze intimações, foi identificado no processo apenas duas, com datas de 26/02/13 e 23/4/13 (fls. 14 e 20).

Por isso, utilizando as prerrogativas previstas no art. 142 do CTN, visto que a fiscalização propôs aplicação de penalidade incorreta, de ofício faço a correção de penalidade da infração 2, para o valor R\$1.380,00, correspondente ao valor de R\$460,00 pelo não atendimento do primeiro pedido e R\$920,00 pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente, previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Com relação ao pedido de redução ou cancelamento da multa de caráter acessório, conforme anteriormente apreciado a multa foi corrigida o que implicou em redução substancial de valor. Quanto ao pedido de cancelamento, o art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, estabelece que depende de comprovação de que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. Dessa forma, não tendo o recorrente fornecido às informações requisitadas mediante intimação, para aferir a apuração correta do ICMS relativo às operações de transferências, considero que não preenche ao requisito de que o procedimento do contribuinte não tenha implicado na falta de recolhimento do imposto.

Reformada a Decisão da primeira instância, de Procedente para Procedente em Parte a infração 2.

Por tudo que foi exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, fazendo a correção da penalidade aplicada na infração 2.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o voto do n. Conselheiro Relator, peço *venia* para discordar do seu entendimento quanto a aplicação da Súmula nº 166 do STJ, para acatar as alegações recursais de que não incidência de ICMS em transações entre filiais de uma mesma empresa.

Compulsando os autos, vejo que infração 01 está lançada diante da transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, ou seja, entre unidades de uma mesma empresa, situadas em outros Estados da Federação.

Nessa esteira, como bem apontado no Recurso Voluntário, 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, que resultaram na edição da sua Súmula nº 166, que entende não existir fato gerador de ICMS quando houver mera transferência física de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo proprietário, pois não ocorre o ato jurídico de aquisição da mercadoria, ou seja, não houve mudança de titularidade, o que corresponde a circulação jurídica do bem.

Tenho como certo que, neste caso, não pode haver a cobrança do ICMS, haja vista que a exação se condiciona à circulação da mercadoria, o que não se subsume à ocorrência apenas e tão-somente da 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, refletindo a capacidade contributiva do adquirente.

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.

Portanto, alinho-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, mesmo após a edição da Lei Kandir, 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 imponível 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)

Portanto, acolho o solicitado pelo Recorrente em sua peça recursal, devendo ser excluídos todos os valores referentes às transferências entre os estabelecimentos comerciais, pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

Infração 1 improcedente.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para considerar insubsistente a infração 1, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206891.0050/13-9**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S/A. (BMP SIDERURGIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$899.113,06**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00**, prevista no inciso XX, alíneas “a” e “b”, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/2005.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel, Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Rosany Nunes de Mello Nascimento

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO DIVERGENTE

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS