

A. I. N°	- 206955.0006/10-7
AUTUADO	- FERROLENE S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS
AUTUANTE	- MARIA DAS GRAÇAS LEMOS CARVALHO
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET - 21.12.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0213-01/15

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) TRANSFERÊNCIAS. Não acatada a tese da inexistência de fato gerador da obrigação tributária nas transferências. Os estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular são juridicamente autônomos. Nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do imposto. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96. A autonomia dos estabelecimentos é reforçada pelo art. 12, I, 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. As decisões dos tribunais superiores, como a doutrina, constituem balizamentos respeitáveis, porém não são vinculantes. Este órgão decide com base no direito posto. Mantido o lançamento. **b) REMESSAS INTERESTADUAIS SEM COMPROVAÇÃO DE RETORNO.** Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. **c) SAÍDAS DE MERCADORIAS PARA EMPRESA QUE FAZ REMESSAS DE PRODUTOS PARA O AUTUADO COM O OBJETIVO DE INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA, NÃO TENDO OS PRODUTOS OBJETO DESTA AUTUAÇÃO RETORNADO PARA A REFERIDA EMPRESA, TENDO AS SAÍDAS SIDO FEITAS SEM DESTAQUE DE ICMS PARA DEPÓSITO FECHADO.** Comprovado, mediante diligência por fiscal estranho ao feito, que houve equívocos documentais de cunho formal, haja vista que, feitos os exames e confrontos dos elementos apresentados com os dados demonstrados pelo autuante, foi constatado que nas 1^{as} 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 fiscal de operações, informando a auditora que os dados demonstrados pelo autuado mostram que não há diferença a ser recolhida, caso se considerem as cartas de correção. Lançamento indevido. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. a) TRANSFERÊNCIAS.** Constatada a existência de valores lançados em duplicidade, bem como de débitos que já haviam sido objeto de denúncia espontânea. Reduzido o valor do imposto a ser lançado. **b) COMPRAS.** Valores

incluídos em denúncia espontânea anterior à ação fiscal. Lançamento indevido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22.9.10, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis – transferências interestaduais sem destaque do imposto nos documentos fiscais –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 39.081,46, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis – remessas interestaduais sem tributação e sem comprovação de retorno –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 34.058,96, com multa de 60%;
3. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais (transferências) de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$ 20.297,73, com multa de 60%;
4. falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.392,10, com multa de 60%;
5. 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 –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 210.709,00, com multa de 60%.

O autuado impugnou os lançamentos (fls. 67/94) alegando, 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.

Quanto ao item 2º, diz que não nega que as mercadorias não retornaram da matriz em São Paulo, porém os produtos seguiram de fato foi para a filial no município de Simões Filho, inscrição estadual nº 64.530.195-EP. Diz que explicou à fiscalização que a divergência existente entre os dados das Notas Fiscais, como sendo a matriz em São Paulo, com aquele estabelecimento destinatário que efetivamente recebeu as mercadorias, a filial de Simões Filho, foi em decorrência de erro por parte de seus funcionários, provando-se com as inclusas cartas de correção. Sustenta que o erro não representa a real vontade e intenção, devendo ser reparado a fim de que prevaleça o princípio da boa-fé, e juridicamente o erro deve ser corrigido a qualquer tempo. Observa que, além das cartas de correção, foram adotadas outras providências, que corroboram para a existência do mencionado erro. Assinala que não faz qualquer sentido dizer que os produtos deveriam transitar cerca de 1.000 km em sentido de São Paulo para depois fazer o retorno dos mesmos 1.000 km até Camaçari. Observa que existe uma sequência de remessas e retornos de produtos da filial de Camaçari para outra filial situada em Simões Filho, o que justifica uma rotatividade de estocagem de produtos para uma área de 2.000 m², conforme contrato de locação anexo, enquanto que, em se comparando com a suposta remessa para São Paulo, caso fosse realidade, seria uma porcentagem irrisória, com nenhum significado plausível. Como não foi possível corrigir a Nota Fiscal, foi emitida carta de correção.

Impugna também 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 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.

Quanto ao item 4º, diz que pagou em 28.5.10 o valor de R\$ 12.988,61 mediante a Denúncia Espontânea nº 600000.1798/10-6, valendo-se da anistia concedida pela Lei nº 11.908/10, conforme elementos anexos, estando naquele pagamento compreendidas as Notas Fiscais objeto da autuação.

No tocante ao item 5º, alega que, muito similar ao ocorrido no item 2º, as operações sem tributação correspondem a remessas para depósito fechado para a sua parceira comercial Vega do Sul S.A., estabelecida no mesmo endereço do estabelecimento autuado, de modo que não foi feita comprovação do retorno das mercadorias da Vega do Sul porque não houve uma remessa, o que houve foram erros, pois as Notas Fiscais 1010, 1026, 1760, 2151, 2152, 2269, 2873, 2932, 3003, 3231, 3233, 3348 e 3566 saíram erradas, como se fosse remessa para depósito fechado, quando o correto seria retorno sem industrialização, e outro erro consistiu em que as Notas Fiscais 1939, 2239, 2399, 2409, 2500, 2829, 2837 e 3020 saíram erradas, como se fossem destinadas à Vega do Sul S.A., quando o correto seria para a Ferrolene S.A. Indústria e Comércio de Metais, na Via das Torres. nº 2, CIT, Simões Filho. Aduz que para se entender a diferença entre os dois erros basta comparar as datas de emissão das Notas Fiscais entre uma situação com a outra.

Pede que o Auto de Infração seja cancelado. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 211/213) dizendo que esta infração [item 1º] “está fundamentada” no art. 27 do RICMS. Explica que as operações autuadas foram realizadas entre Estados da Federação, uma vez que foram transferidos materiais de uso e consumo para a matriz localizada no Estado de São Paulo, não estando contida nos preceitos regulamentares do art. 27, inciso I, que trata apenas das operações dentro do Estado da Bahia.

Relativamente ao 2º item, informa que o lançamento tem por finalidade “recuperar” o ICMS não recolhido pela falta de retorno de produtos enviados para a matriz, localizada em São Paulo, por não terem retornado e não foram escriturados no Registro de Inventário como materiais em poder de terceiros.

Quanto ao item 3º, considera que a fundamentação apresentada pelo contribuinte na defesa não é cabível, uma vez que a isenção do ICMS sobre as operações de saídas de materiais de uso e consumo é restrita ao Estado de São Paulo, e na Bahia as operações são tributadas normalmente. Observa que não se trata de desoneração concedida por convênio que abranja os Estados conveniados.

No tocante ao item 4º, informa que as Notas Fiscais constantes na planilha apresentada pela defesa, referentes à diferença de alíquotas que segundo o contribuinte teria sido paga, constam também na planilha fiscal, e o autuado não apresentou o DAE com a discriminação das Notas Fiscais ou o requerimento em que postulou a denúncia espontânea com homologação da SEFAZ. Segundo o autuante, não existe uma correlação entre o documento de pagamento e as Notas Fiscais cujo crédito está sendo “reclamado” [leia-se: lançado]. Considera que não foi comprovado o pagamento do imposto.

Quanto ao item 5º, o fiscal diz que mantém o conteúdo da infração, uma vez que a fiscalização envidou todos os esforços no sentido de que o autuado comprovasse o retorno dos produtos remetidos para depósito fechado. Informa que a remessa não foi direcionada para o depósito fechado do autuado e sim para a empresa que faz a remessa para industrialização por encomenda sem o devido retorno. A seu ver, está caracterizado que houve saída de produtos tributados sem tributação, pois os produtos deveriam retornar ou serem registrados no Registro de Inventário na condição de material em poder de terceiros.

O processo foi dado como instruído pela então Relatora, Dra. Osmira Freire, e posto em pauta para julgamento (fl. 216-verso). Na sessão de julgamento, o advogado do autuado alegou que a informação fiscal não teria abordado todos os itens da impugnação apresentada, em especial no tocante ao item 5º. Alegou também que na impugnação não foi exposto que nos casos dos itens 2º e 5º se trata de chapas de aço cujo destino final é a empresa Ford. Alegou que o autuado e a empresa Vega do Sul têm regime

especial concedido pela SEFAZ, funcionando ambas no endereço da Ford. Em razão disso, o processo foi retirado de pauta para realização de diligência, a fim de que o fiscal autuante intimasse o contribuinte para apresentar os documentos ali indicados (fls. 234/236). Foi solicitado ainda que o autuante explicitasse o teor do demonstrativo de fls. 28 em diante, relativo ao item 5º.

Em atendimento à diligência, o autuante prestou informação (fls. 239-240) dizendo que com relação ao 5º item mantém todo o conteúdo da infração, uma vez que a fiscalização envidou todos os esforços no sentido de que o autuado comprovasse o retorno dos produtos remetidos para depósito fechado. Quanto à alegação da defesa de que as Notas Fiscais foram emitidas com CFOP errado, o autuante diz que a defesa apresenta dados subjetivos que não conduzem a nenhuma conclusão lógica, não sendo possível aceitar suas justificativas de erro, pois a fiscalização lida com dados registrados nos livros e documentos. Aduz que para cada Nota Fiscal de remessa deve haver uma Nota Fiscal correspondente de retorno, e caso isso não seja possível, pelo menos é necessário que o autuado junte (some) todas as Notas Fiscais de remessa para depósito fechado e compare essas Notas com as Notas Fiscais de retorno dos materiais, fazendo menção nas Notas Fiscais de retorno que as mesmas se referem às Notas Fiscais recebidas para depósito fechado, provando com documentos fiscais que os materiais remetidos para depósito retornaram. Diz que o contribuinte anexou uma planilha que não estabelece ligações com as Notas Fiscais emitidas no CFOP 5905, que deveriam ter retornos registrados, o que significa que a operação não foi com a finalidade de depósito fechado, devendo portanto ser tributada. Pondera que quanto à alegação de erro na emissão das Notas Fiscais não cabe ao fiscal acatar e liberar o contribuinte do pagamento do ICMS. Frisa que a remessa não foi direcionada para depósito fechado e sim para a empresa que faz a remessa para industrialização por encomenda sem o devido retorno, ficando caracterizado que houve saída de produtos tributados sem tributação, pois os produtos deveriam retornar ou serem registrados no Registro de Inventário na condição de material em poder de terceiros. Considera que essas operações não têm nenhuma ligação com o regime especial da Ford, que estabelece procedimentos especiais para a circulação de materiais através da emissão de uma Nota Fiscal pela Ford, no final do dia, para evitar que a cada material recebido das empresas situadas no mesmo local seja emitida uma Nota Fiscal, e assim elas seriam somadas e no final do dia seria realizada a emissão de uma Nota Fiscal, porém essa disposição está restrita à Ford, não existindo nenhuma disposição no regime especial contrária à emissão de Nota Fiscal.

Dada ciência da Informação ao contribuinte, este se manifestou (fls. 244/247) reclamando que, a despeito da forma clara e pontuada da diligência solicitada pelo órgão julgador, a autuante e a INFAZ se limitaram a mandar para o autuado cópia das fls. 211 e 213 e das fls. 239 e 240, não tendo portanto sido atendidas as solicitações à fl. 235, e o contribuinte não foi intimado para apresentar os documentos ali referidos (Notas Fiscais e demais comprovantes referentes ao item 3º, regime especial da Vega do Sul e Parecer nº 3.025/01), bem como não houve qualquer explicação sobre o demonstrativo às fls. 28 e seguintes, relativas ao item 5º. Reclama ainda que a INFAZ, ao invés de sanear os erros iniciados pela autuante, deu seguimento ao processo de forma também equivocada, e ainda expediu intimação com prazo de 10 dias, e não de 30. Reclama que nem mesmo a informação as fls. 239-240 atende ao que foi solicitado, ofendendo novamente o art. 127 do RPAF.

A autuante intimou o contribuinte (fl. 251). Em outro instrumento (fl. 306), observou que os documentos requisitados foram juntados. Grifa que não restou nenhuma pendência.

Ao ter ciência dos novos elementos, o contribuinte voltou a pronunciar-se (fls. 309/312) reclamando que mais uma vez não foi cumprida a diligência na forma determinada pelo órgão julgador.

A autuante também se pronunciou (fl. 317) dizendo que o autuado não acrescentou nenhum fato novo ao processo.

A então Relatora, Dra. Osmira Freire, determinou nova diligência (fls. 320/323), a fim de que a Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho intimasse o contribuinte para apresentar:

- a) em relação ao item 2º: demonstrativo relacionando as remessas das mercadorias indicadas no demonstrativo fiscal (fl. 16), com o retorno dessas mercadorias para o estabelecimento do

autuado, ou destinação diferente desta, devendo o demonstrativo vir acompanhado das Notas Fiscais, comprovando a alegação defensiva de que as mercadorias não teriam ido para São Paulo, pois se tratava de operações internas na Bahia, no município de Simões Filho;

- b) em relação ao item 3º: cópia do Parecer nº 3.025/01, mencionado na impugnação escrita como documento emitido pela DITRI no Processo nº 089664/2001-4, que segundo o contribuinte teria relação com o item 3º;
- c) em relação ao item 5º:
 - prova da existência do regime especial da empresa Vega do Sul, especificando em que consiste tal regime especial, e comprovando o seu período de vigência;
 - demonstrativo relacionando cada remessa das mercadorias para a empresa Vega do Sul relacionadas no demonstrativo fiscal (fls. 28 a 30), com o respectivo retorno das mercadorias para o estabelecimento do autuado, ou destinação diferente desta, devendo o demonstrativo estar acompanhado de todos os comprovantes das alegações defensivas referentes a este item 5º.

Na mesma diligência, foi recomendado que, atendida a intimação pelo sujeito passivo, deveria o fiscal diligente, em relação ao item 2º, elaborar demonstrativo referente às operações com as mercadorias para as quais o contribuinte não tivesse trazido a comprovação documental de que se tratava de operações internas na Bahia, no município de Simões Filho, e em relação ao item 5º, comparar os dados do demonstrativo fiscal (fls. 28 a 30) e cópias de Notas Fiscais e do Registro de Inventário acostadas pelo fisco (fls. 33 a 62) com os dados do demonstrativo elaborado pelo sujeito passivo e documentos por este apresentados, elaborando então um demonstrativo referente aos retornos não comprovados referentes a este item.

Recomendou-se que ao final fosse dada ciência do resultado da diligência ao contribuinte, reabrindo-se o prazo de defesa (30 dias), e, caso o autuado se manifestasse, fosse o processo encaminhado ao autuante para prestar nova informação. Se houvesse modificação do débito na nova informação, deveria ser intimado o contribuinte, concedendo-se o prazo de 10 dias para se pronunciar.

Em cumprimento da diligência, o auditor indicado pela ASTEC emitiu parecer (fls. 325/327) informando que intimou o contribuinte e este apresentou demonstrativos e documentos, sendo que:

- a) com relação ao item 2º, não foi apresentado nenhum demonstrativo ou documento referente a esse item, e por isso não foi elaborado o demonstrativo solicitado no despacho da diligência;
- b) com relação ao item 3º, no que tange ao Parecer nº 3.025/01, o autuado apenas apresentou o “Ementário – pareceres da DITRI – consultas tributárias”, onde consta, entre outros, o referido Parecer nº 3.025/01 (fl. 407). Acrescenta que no demonstrativo à fl. 330 o autuado informa que houve o recolhimento da diferença de alíquotas das Notas Fiscais relacionadas, porém não juntou o DAE correspondente. Em consulta ao sistema SEFAZ-CPT – Sistema de Controle de Processos Tributários –, foi localizado o Parecer nº 3.025/01, que se encontra às fls. 413/416;
- c) com relação ao item 5º, o autuado apresentou as cópias dos Pareceres 5.284/04 (Processo 11683620043 – fls. 393/396), 3.994/02 (Processo 19572820026 – fls. 397-398) e 3.992/02 (Processo 17026320027 – fls. 399-400), todos do contribuinte Vega do Sul, referentes à consulta da antecipação parcial das mercadorias destinadas à produção compartilhada, art. 352-A [do RICMS/97]. Quanto aos dados demonstrados (fls. 331/337) e às Notas Fiscais apresentadas (fls. 339/392), após os devidos confrontos e comparações com os dados demonstrados, não foram comprovados os retornos das mercadorias autuadas, tendo em vista que as Notas Fiscais apresentadas não correspondem às Notas Fiscais demonstradas pelo autuado, e por essa razão não foi elaborado o demonstrativo solicitado no despacho da diligência.

Em conclusão, informa o fiscal diligente que, após a análise e confronto dos dados demonstrados pelo autuante com os demonstrativos e documentos apresentados pelo autuado, não foram alterados os valores dos itens 2º 3º e 5º, por falta de comprovação.

Deu-se ciência do resultado da diligência à autuante e ao autuado (fls. 327 e 418-419).

O autuado manifestou-se (fls. 421/424) declarando reiterar todos os termos da defesa. Requer que todas as intimações sejam encaminhados aos profissionais contratados, seus legítimos representantes. Pede a nulidade da intimação por não se ter feito acompanhar do pedido de diligência formulado pela Junta, conforme orientado à fl. 417 pela ASTEC.

Observa que a Junta investiu três tentativas no sentido de sanear o processo sem ter completo acesso à solicitação que originou o parecer que está comentando, ficando a seu ver evidente o cerceamento do direito de defesa. Aduz que, além disso, nas diligências anteriores a Junta determinou a reabertura do prazo de defesa, sendo que, desta feita, realizado o trabalho antes não alcançado, foi concedido o prazo de apenas 10 dias, o que igualmente gera cerceamento de defesa, não sabendo o autuado se tal ocorreu por ordem do julgador ou não. Pondera que, se nos pedidos anteriores foi estipulado o prazo de 30 dias, o lógico seria a manutenção de tal concessão.

No que tange ao trabalho realizado pela ASTEC, relativamente ao item 2º, aduz que, conforme alegado desde a defesa, as supostas remessas para depósito em São Paulo teriam sido realizadas mediante as Notas Fiscais 169, 473, 800 e 1729, em relação às quais não haveria comprovações de retornos, porém, na verdade, as mercadorias seguiram de fato para Simões Filho, para filial da empresa, CNPJ 61.881.017/0009-47 e Inscrição Estadual 64.530.195-EP, sendo que a indicação nas Notas dos dados de São Paulo aconteceu por erro operacional, estando tudo registrado nas cartas de correção apresentadas ao fisco e que constam no processo. Destaca que era impossível o cancelamento das referidas Notas (art. 211 do RICMS/97) e não existe nelas indícios de trânsito para São Paulo, registros pela fiscalização de trânsito, no CFAMT, etc., e não faria sentido admitir que os produtos transitassem cerca de 1.000 km, até São Paulo, para depois retornar para a Bahia. Por essas razões, considera que em nada prejudica a defesa a constatação da ASTEC de que não foi apresentado nenhum demonstrativo ou documentos fiscais referentes a esta infração, pois toda documentação necessária foi acostada ao processo com a defesa, sendo a demonstração aludida pela ASTEC feita no próprio corpo da peça defensiva. Argumenta que o que deve ser analisado é se existe comprovação do trânsito das mercadorias até São Paulo, o que, por si só, não existindo, acarreta eficácia às cartas de correção emitidas, sendo portanto improcedente esta parte da exigência fiscal. Aduz que segue novamente em anexo a demonstração produzida pela empresa, que já se encontra nos autos.

Quanto ao item 3º, assinala que veio aos autos cópia do Parecer GETRI nº 3.025/01, que servirá de base para a análise da tese defensiva, à luz do art. 7º, XV, do RICMS/SP.

No que tange ao item 5º, diz que, mesmo sem conhecer o teor da solicitação da Junta, considera que o órgão julgador cometeu os mesmos erros e omissões do autuante, reforçando a impropriedade do lançamento. Observa que a ASTEC anexou os Pareceres 5.284/04, 3.994/02 e 2.992/02.

Quanto à informação da ASTEC de que não foram comprovados os retornos das mercadorias porque as Notas Fiscais apresentadas não correspondem às demonstradas pelo autuado, o autuado contrapõe que à fl. 325 a ASTEC cita o que teria sido solicitado pela Junta, ou seja, a comprovação do regime especial da Vega do Sul, o que foi atendido pela empresa, e sendo assim se impõe a análise dos fatos em consonância com os regimes especiais, o que não foi levado a efeito, quer pelo autuante, quer pela ASTEC.

Prossegue dizendo que, além desse aspecto, a empresa apresentou os demonstrativos às fls. 331 a 337, além das Notas correspondentes, elementos esses que já se encontravam no processo, e portanto a sucinta informação prestada pela ASTEC não se presta a dar suporte ao lançamento, e, pelo contrário, denota ainda mais a insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, notadamente levando em consideração o sistema de produção compartilhada, não contemplado na apuração, inclusive pela ASTEC.

Conclui dizendo que, apresentando, novamente, os demonstrativos analíticos com demonstração dos fatos, pretende demonstrar que todo o controle é feito pelo “volume”, ou seja, a cada bobina de aço produzida pela Vega é dado um identificador para rastreamento e controle de qualidade, como se fosse o chassi de um carro, e esse “volume” se encontra nas Notas Fiscais, embora a Ferrolene nem sempre o digitou no corpo de suas Notas, mas isso não inviabiliza a “correspondência”. Afirma que não se pode dizer que tem sustentação a acusação de operações tributáveis efetuadas como não tributáveis, sem que as peculiaridades da atividade compartilhada e sujeita a regime especial. Considera que o órgão julgador enxergou bem isso no Acórdão JJF 0120-03/12, em processo similar contra essa mesma empresa, e o lançamento é nulo, por falta de certeza e por inobservância do devido processo legal.

Pede a nulidade do 5º item, ou a devolução do prazo para manifestação sobre a “parte atendida” da diligência, aduzindo que renuncia ao pleito do prazo, por economia processual, se a decisão lhe for favorável.

Com relação aos demais itens contestados, protesta pela nulidade ou improcedência.

Dada vista dos autos à autoridade autuante, esta se declarou de acordo com os termos do parecer da ASTEC (fl. 442).

O processo foi dado como instruído e posto em pauta para julgamento (fl. 444-v).

O contribuinte deu entrada de petição requerendo a juntada de pareceres, juntando ainda outros elementos (fls. 446 e ss.).

Na sessão do dia 15.10.12, o defensor do autuado alegou que não foram analisados os elementos apresentados pela defesa relativamente aos itens 2º e 3º. Sustentou que no caso do item 2º o que a empresa pretende que se verifique não é se houve retorno das mercadorias da matriz de São Paulo, porque não haveria como haver retorno, já que as mercadorias não foram para São Paulo, e sim para a filial de Simões Filho. Quanto ao item 5º, alega que a ASTEC confirmou que a empresa apresentou os Pareceres 5284/04, 3994/02 e 2992/02 da DITRI, porém não apreciou os demonstrativos e as Notas Fiscais apresentadas pelo contribuinte. Alegou que a empresa já havia apresentado duas vezes os demonstrativos e as Notas Fiscais correspondentes. Requereu a juntada de cópias dos regimes especiais, de demonstrativos e de Notas Fiscais.

O processo foi adiado para a sessão do dia 22.10.12. O autuado deu entrada dos instrumentos às fls. 445/531. Na sessão de julgamento, decidiu-se remeter o processo em nova diligência à ASTEC (fls. 534/538), para novas verificações dos elementos relativos aos itens 2º e 5º, tendo em vista: os elementos solicitados na diligência às fls. 234/236 e os elementos apresentados pelo contribuinte às fls. 255 a 305; a diligência às fls. 320/323 e os elementos apresentados às fls. 328/408; as ponderações às fls. 421/424 e os elementos às fls. 425/441; e os elementos apresentados às fls. 445/531. Solicitou-se à ASTEC:

- item 2º: que fosse verificado, de acordo com os demonstrativos 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 têm 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 (por exemplo, às fls. 129, 135, 138, 142, 146, 149, 153, 156, 161, 166, 169, 172, 175, 179, 182, 186, 189, 192, 195, 198, 201, 205;
 - c) deveriam ser analisados os demonstrativos apresentados pelo contribuinte, relativamente à situação em exame;

- item 5º: 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 às fls. 255/305, 328/408, 425/441 e 445/531, em especial os demonstrativos às fls. 331/337, além das 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 1^{as} vias das Notas Fiscais, cartas de correção e outros elementos de que o contribuinte porventura dispusesse.

A auditora designada pela ASTEC emitiu parecer (fls. 540/545) informando que, tendo sido intimado o contribuinte, este apresentou os demonstrativos e documentos solicitados, os quais foram arrecadados para os devidos exames e depois foram devolvidos, conforme protocolo à fl. 551. Informa que, feitos os exames e confrontos dos demonstrativos e documentos apresentados às fls. 552/623 com os dados demonstrados pelo autuante, constatou que:

a) no caso do item 2º, nas 1^{as} vias das Notas Fiscais 169, 473, 800 e 1729, autuadas, cujas cópias foram anexadas às fls. 553/557, não consta nenhum carimbo dos postos fiscais que indicasse o trânsito das mercadorias. Nas cartas de correção referentes às citadas Notas Fiscais (fls. 344, 354, 366 e 378) constam as alterações de mudança de endereço, CNPJ e inscrição estadual da Ferrolene de São Paulo para a Ferrolene de Simões Filho, todas com datas seguintes à data de emissão. 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;

b) no tocante ao item 5º, nas 1^{as} vias das Notas Fiscais 1010, 1026, 1760, 2151, 2152, 2269, 2873, 2932, 3003, 3231, 3233, 3348, 3566, 1939, 2239, 2399, 2409, 2500, 2829, 2837 e 3020, autuadas, cujas cópias foram anexadas às fls. 553/623, não consta nenhum carimbo dos postos fiscais que indicasse o trânsito das mercadorias. Nas cartas de correção referentes às citadas Notas Fiscais (fls. 135, 138, 142, 146, 149, 153, 156, 161, 166, 169, 172, 175, 179, 182, 186, 189, 192, 195, 198 e 201) constam as alterações das mudança do código [CFOP]: onde se lê “Remessa para depósito fechado”, leia-se “Retorno industrialização 5903”. 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 nas 1^{as} vias das Notas Fiscais carimbos dos postos fiscais que indicasse o trânsito das mercadorias.

A auditora conclui o parecer dizendo que não alterou os valores dos itens 2º e 5º porque, caso o órgão julgador acate as cartas de correção apresentadas, não existem as infrações imputadas ao autuado.

Dada ciência do resultado da diligência ao contribuinte, este se manifestou (fls. 627-628) dizendo que reitera todos os termos de sua defesa e pede que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas aos profissionais regularmente contratados, legítimos representantes legais da empresa.

Considera que o parecer da ASTEC atesta a veracidade das alegações da defesa, mostrando, no que concerne ao item 2º, que na verdade as mercadorias seguiram para a filial de Simões Filho, e não há prova em contrário, e a indicação da remessa para São Paulo aconteceu por erro operacional, tudo registrado nas cartas de correção regularmente emitidas e anexadas ao processo, sem que houvesse indício de trânsito para São Paulo, inclusive através dos postos de fronteira. Destaca que era impossível o cancelamento das referidas Notas (art. 211 do RICMS/97) e não existe nelas indícios de trânsito para São Paulo, registros pela fiscalização de trânsito, no CFAMT, etc., e não faria sentido admitir que os produtos transitassem cerca de 1.000 km, até São Paulo, para depois retornar para a Bahia.

Quanto ao item 5º, diz que a situação é idêntica, servindo o parecer da ASTEC, e a ausência de prova em contrário, para solidificar a defesa, na mesma forma do item 2º. Aduz que todas as etapas e documentos foram listados pela ASTEC, não permanecendo qualquer dúvida ou motivação para manutenção da exigência. Observa que houve uma decisão recente do CONSEF em situação similar, conforme acórdão anexo.

Pede a nulidade ou improcedência dos itens contestados.

Ao ter vista dos autos, a autuante prestou informação (fls. 633/642), em que faz uma síntese da última manifestação do contribuinte, descreve o teor da imputação do item 2º, reproduz as alegações do autuado, faz uma síntese da informação fiscal, comenta em síntese o primeiro parecer da ASTEC, e em seguida o segundo parecer, transcreve o art. 42 do RICMS e reproduz pareceres da DITRI acerca do conteúdo das cartas de correção. Consideram que os cálculos realizados pela ASTEC ferem a legislação. Diz que mantém o lançamento do item 2º e pede que os membros do órgão julgador analisem a petição do autuado, pois ela causa grande prejuízo aos cofres públicos. Diz que também mantém o lançamento do item 5º, pois não devem ser aceitas as cartas de correção apresentadas, e não dá para acatar argumentos tão frágeis como os do autuado.

Esta Junta julgou o Auto procedente em parte, mediante o Acórdão JJF 0317-01/13 (fls. 645/659). Houve recurso de ofício.

O contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 671-672).

A 2ª Câmara, mediante o Acórdão CJF 0215-12/14 (fls. 690/699), anulou a decisão de primeira instância. O motivo da anulação foi que, mesmo em face de diversas orientações expressas da Junta, não foi respeitado o direito do contribuinte relativamente ao prazo de 30 dias, depois da diligência, conforme havia sido determinado pelo órgão julgador, devendo ser intimado o contribuinte acerca do resultado de todas as diligências e informações fiscais, com reabertura do prazo de defesa de 30 dias, “sendo anulados todos os atos processuais a partir da diligência revisora”.

Para sanar o vício assinalado, o processo foi remetido em diligência (fls. 712-713), observando-se que, quanto aos itens 2º e 5º, a 2ª Câmara havia decretado a nulidade de todos os atos processuais “a partir da diligência revisora”, constante às fls. 234/236, determinada em face da alegação do defensor do autuado em sustentação oral de que a informação fiscal não teria abordado todos os itens da impugnação apresentada, e de que nos casos dos itens 2º e 5º se trata de chapas de aço cujo destino final é a empresa Ford, sendo que o autuado e a empresa Vega do Sul têm regime especial concedido pela SEFAZ, funcionando ambas no endereço da Ford. Na aludida diligência, foi solicitado que a autoridade autuante:

- a) intimasse o contribuinte, no endereço informado na procuração acostada à fl. 219, a fim de apresentar:
 - a.1 - todos os comprovantes das alegações defensivas, em especial as Notas Fiscais relativas ao item 2º, e provasse que as mercadorias não foram remetidas para São Paulo, e sim para Simões Filho;
 - a.2 - prova da existência do regime especial da empresa Vega do Sul, especificando em que consiste tal regime e comprovando o seu período de vigência;
 - a.3 - cópia do Parecer 3.025/01 da DITRI, mencionado na defesa, relativo ao Processo 089664/2001-4, que segundo o autuado tem relação com o item 3º;
- b) explicitasse o teor do demonstrativo fiscal da fl. 28 em diante, relativo ao item 5º.

Foi observado que, na mesma diligência, havia sido determinado que a INFAZ de origem, após o atendimento do que foi solicitado à autoridade autuante, intimasse o contribuinte no endereço informado na procuração acostada à fl. 219, e lhe fornecesse, contra recibo, com comprovação da relação do signatário com o contribuinte autuado, cópia da informação fiscal às fls. 211/213, da diligência às fls. 234/236 e dos novos documentos acostados ao processo pela autuante em seu atendimento. Foi frisado que, na entrega desses documentos ao contribuinte, deveria ser reaberto o prazo de defesa, de 30 dias. Frisou-se que, a partir deste ponto, todos os atos processuais tinham sido declarados nulos, conforme Acórdão CJF 0215-12/14 (fls. 690/699).

Solicitou-se então que a autoridade fiscal autuante procedesse ao cumprimento da diligência determinada às fls. 234/236, rigorosamente na forma assinalada. Recomendou-se que a autoridade fiscal se inteirasse das considerações feitas pelo Relator do Acórdão CJF 0215-12/14, em seu voto às fls. 698-699.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 716-717) fazendo inicialmente uma resenha da imputação fiscal relativa ao item 5º, pontuando que: o autuado realizou operações de saídas de produtos utilizando o CFOP 5.905, tendo como destinatária a empresa Veja do Sul [leia-se: Vega do Sul]; a Vega do Sul faz a remessa de produtos para a Ferrolene para industrialização por encomenda, sendo que os produtos remetidos não retornam à Vega do Sul; durante a ação fiscal foram realizados demonstrativos das remessas de produtos oriundos da Vega do Sul para a Ferrolene; foi verificado se houve retorno desses produtos para a Vega do Sul, uma vez que foi utilizado o CFOP 5.905 (remessa para depósito fechado), sendo notado que houve o retorno de apenas 36,67 toneladas, de um total de 614,73 toneladas remetidas; não foi constatado o retorno de 578,06 toneladas de bobinas remetidas pela Vega do Sul, como também não houve registro no livro de inventário de material em poder de terceiros. Feita essa resenha, a autoridade autuante diz que já houve revisão efetuada pela ASTEC, na qual foram ratificados os registros levantados na autuação e os resultados foram ratificados por unanimidade pelo órgão julgador na primeira instância. Diz que, para esclarecimento, anexou as planilhas que fundamentaram a 5ª infração, bem como a intimação feita ao autuado. Quanto à alegação do autuado de que dispõe de Notas Fiscais que comprovam o retorno das bobinas, a autoridade fiscal considera que, depois de transcorrido tanto tempo, não se faz necessário conceder prazo para que sejam anexadas as Notas Fiscais, pois elas já estavam disponíveis desde a data da ocorrência das operações em 2005.

Depois de prestada a informação, datada de 2.12.14 (fls. 716-717), foi feita intimação ao contribuinte no dia 16.12.14 para apresentação de documentos fiscais no prazo de 48 horas (fl. 718).

O representante do contribuinte pediu vista dos autos (fl. 720).

Foram anexadas planilhas às fls. 721/724 firmadas pela autoridade autuante. Não há despacho da juntada dessas peças.

O autuado requereu cópia do despacho constante às fls. 712-713 (despacho de diligência), pleiteando a prorrogação do prazo por mais 5 dias para se manifestar (fl. 726).

Em nova petição (fl. 742), requereu a juntada dos elementos que haviam sido solicitados pela fiscalização (intimação à fl. 718). Os documentos apresentados encontram-se às fls. 744/828.

A autoridade fiscal prestou informação (fl. 831) dizendo que já tomou as providências indicadas à fl. 713, que se reporta às fls. 234/236, tendo intimado o contribuinte, conforme fl. 718. Quanto à solicitação do órgão julgador para que explicitasse o teor do demonstrativo fiscal à fl. 28 e seguintes, relativo ao item 5º, diz que já providenciou isso, com a explicitação do demonstrativo fiscal às fls. 716, 717, 721, 722, 723 e 724.

O contribuinte foi intimado, com entrega de cópia dos elementos listados no respectivo instrumento (fls. 833-834), e pronunciou-se (fls. 836-837) observando que a diligência teve como base o Acórdão CJF 0215-12/14, que determinou o saneamento do feito, com reabertura do prazo, mas ocorre que a mencionada “reabertura”, que não teria sido observada durante a instrução, foi decorrente de diligências pertinentes aos itens 2º e 5º do Auto de Infração, os quais foram julgados indevidos pela 1ª JF. Sustenta que, tendo tais itens sido julgados indevidos, com base na instrução processual, isso significa que as pretensões da empresa foram alcançadas, tornando inócuos os “vícios” apontados, na medida em que os mesmos causariam prejuízos, somente, ao contribuinte. Assinala que a empresa apresentou Recurso Voluntário apenas em relação aos itens 1º e 3º. Aduz que, com relação às parcelas julgadas indevidas, a empresa apenas renova todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos nos autos, aderindo aos termos da conclusão da junta de julgamento. Acrescenta que anexou cópia de decisão, referente aos mesmos fatos e fundamentos, cujos itens exatamente iguais foram julgados improcedentes pelo CONSEF, em decisão definitiva.

Com relação aos itens 1º e 3º, pede a juntada de cópia de decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, e solicita que os lançamentos sejam julgados também improcedentes.

Pede que, em relação aos itens 2º e 5º, seja mantida a posição já adotada, pela impertinência da autuação, e, quanto aos itens 1º e 3º, que sejam julgados improcedentes, na esteira da decisão do Tribunal de Justiça da Bahia.

O processo foi mais uma vez dado como instruído e posto em pauta para julgamento.

Na sessão de julgamento do dia 5.5.15, decidiu-se retirar o processo de pauta e enviá-lo em diligência à repartição fiscal de origem (fl. 865), a fim de que a autoridade autuante intimasse o contribuinte no endereço informado na procuração acostada à fl. 219, para que, em face da alegação de que as mercadorias objeto do item 2º deste Auto de Infração foram destinadas à sua filial no município de Simões Filho, Inscrição Estadual nº 64.530.195, apresentasse cópia do Registro de Entradas da referida filial de Simões Filho, onde constem os registros das Notas Fiscais objeto do levantamento fiscal de que cuida o referido item 2º. De posse das cópias do Registro de Entradas da filial, deveria a autoridade fiscal informar se as Notas Fiscais objeto do levantamento se encontram registradas no aludido livro.

A repartição expediu intimação nos termos dos instrumentos às fls. 871/873. Na informação prestada (fls. 868-869), a autuante transcreve o teor da intimação. Aduz que verificou no sistema INC [Informações do Contribuinte] que, de acordo com os dados cadastrais da “empresa” localizada em Simões Filho, ela foi incluída no cadastro no exercício de 2004 na condição de normal, permanecendo nessa condição até 2011, quando foi baixada de ofício pela Sefaz, e a informação de que a “empresa” localizada em Simões Filho, inscrição estadual nº 64.530.675 [*sic – outro estabelecimento*] estava inscrita na condição de especial não é verdadeira. Transcreve o enunciado da infração objeto do item 2º do Auto.

Dada ciência do resultado da diligência ao contribuinte, este se manifestou (fls. 879/880) dizendo que reitera todos os termos de sua defesa e renova a solicitação no sentido de que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas aos profissionais regularmente contratados, seus legítimos representantes legais. Observa que a ASTEC já havia emitido parecer confirmando a veracidade das alegações da defesa, mostrando, no que concerne à 2ª infração, que as mercadorias seguiram de fato, não existindo prova em contrário, para Simões Filho, para filial da empresa, CNPJ nº 61.881.017/0009-47 e I.E. nº 64.530.195-EP, o que inclusive havia motivado a decisão de primeira instância. Aduz que a própria empresa prestou a informação fornecida à ASTEC, conforme impresso e-mail anexo. Diz que, por uma questão de lealdade processual, outra não poderia ser a postura do advogado subscritor, senão transmitir a informação obtida, porém, não obstante, não existe motivação suficiente para a alteração da decisão. Sustenta que, ainda que o estabelecimento que recebeu as mercadorias não tenha registrado as operações em seu Registro de Entradas, tal fato caracteriza infração autônoma, punível a forma da lei – art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96. Conclui dizendo que reitera os termos e pedidos de todo o contexto da defesa, e pede que a Junta mantenha a posição anteriormente manifestada, novamente declinando pela nulidade ou improcedência dos itens contestados.

VOTO VENCIDO – ITEM 2º

Este Auto de Infração é composto de 5 lançamentos.

O processo já foi objeto de decisão por esta Junta – Acórdão JJF 0317-01/13 (fls. 645/659). Houve recursos de ofício e voluntário.

A 2ª Câmara, mediante o Acórdão CJF 0215-12/14 (fls. 690/699), anulou a decisão de primeira instância. O motivo da anulação foi que, mesmo em face de diversas orientações expressas da Junta, não foi respeitado o direito do contribuinte relativamente ao prazo de 30 dias, depois da diligência, conforme havia sido determinado pelo órgão julgador, devendo ser intimado o contribuinte acerca do resultado de todas as diligências e informações fiscais, com reabertura do prazo de defesa de 30 dias, “sendo anulados todos os atos processuais a partir da diligência revisora”.

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 recai 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, o 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 diligência às fls. 534/538, foi solicitado à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho 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 1^{as}. vias das Notas Fiscais:

a.1) deveria ser informado se as 1^{as}. 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 1^{as} 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 1^{as} 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 (fls. 540/545), estou convicto de que o lançamento do item 2º é indevido. O que houve foram 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. Nas cartas de correção referentes às Notas Fiscais autuadas constam as alterações de mudança de endereço, CNPJ e inscrição estadual, todas com datas seguintes à data de emissão das Notas. De acordo com o instrumento à fl. 551, a auditora designada pela ASTEC examinou os livros e documentos ali especificados em detalhes. As 1^{as} vias originais se encontram no estabelecimento do autuado situado em Simões Filho, o que atesta que as mercadorias realmente não foram para São Paulo, pois, se tivessem ido para São Paulo, as 1^{as} vias estariam em São Paulo. Outra circunstância que contribui para o meu convencimento de que as mercadorias não foram para São Paulo consiste em que, segundo atesta a auditora designada pela ASTEC, nas 1^{as} vias das Notas Fiscais autuadas não consta nenhum carimbo dos postos fiscais que indicasse o trânsito das mercadorias no percurso Bahia-São Paulo. Estou convicto de que houve simplesmente um erro na emissão dos documentos fiscais, e que as mercadorias não foram remetidas para São Paulo, e sim para a filial de Simões Filho. Erro não é fato gerador de nenhum tributo. Os documentos solicitados pela ASTEC encontram-se às fls. 551/623. Os livros e os documentos originais foram devolvidos pela ASTEC ao contribuinte. Esses elementos são corroborados pelos documentos às fls. 744/828. Não há diferença a ser recolhida.

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 1º 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 1^{as}. 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 1^{as}. 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 da mudança 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 1^{as} 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 encaminhadas aos profissionais contratados, seus legítimos representantes (fl. 421). Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressaltando-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.

VOTO VENCEDOR – ITEM 2º

Respeitosamente, divirjo do Relator no que tange à infração 02.

Inicialmente, cabe observar que a decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão CJF 0215-12/14, anulou a decisão desta Junta de Julgamento Fiscal exarada no Acórdão JJF 0317-01/13, quanto às infrações 02 e 05, tendo sido decretada a nulidade de todos os atos processuais “a partir da diligência revisora”, constante às fls. 234/236.

Decidiu a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão CJF 0215-12/14, que:

(...)

*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**(grifei).*

Portanto, a decisão da Segunda Instância foi no sentido de que o processo “seja submetido a novo julgamento,” relativamente às infrações 02 e 05.

Após o atendimento da determinação da 2ª CJF, para que contribuinte fosse intimado do resultado de todas as diligências e informações fiscais apresentadas pelo autuante, assim como da reabertura do seu prazo de defesa e pronunciamento da autuante, o ilustre Relator considerou instruído o processo encaminhando-o ao setor competente para inclusão em pauta de julgamento.

Ocorreu que na sessão de julgamento do dia 05/05/2015, após análise e discussão, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou, por unanimidade, em retirar o processo de pauta e enviá-lo em diligência à repartição fiscal de origem, a fim de que a autuante intimasse o contribuinte, para que, em face da alegação defensiva de que as mercadorias objeto da infração 02 foram destinadas à sua filial no município de Simões Filho, Inscrição Estadual nº 64.530.195, apresentasse cópia do livro Registro de Entradas da referida filial de Simões Filho, onde constem os registros das Notas Fiscais arroladas neste item da autuação. Foi solicitado que de posse das cópias do livro Registro de Entradas da filial, deveria a autuante informar se as Notas Fiscais objeto do levantamento se encontravam registradas no aludido livro.

A diligência foi cumprida. O autuado intimado a apresentar o livro Registro de Entrada, no qual constasse a escrituração das Notas Fiscais arroladas na infração 02, alegou não dispor do referido livro, tendo em vista que a filial localizada em Simões Filho, inscrição estadual nº 64.530.675 estava inscrita na condição de especial, portanto, desobrigada de ter referido livro.

A autuante contestou a alegação defensiva. Afirma que no sistema - INC Informações do Contribuinte - , de acordo com os dados cadastrais da empresa localizada em Simões Filho, ela foi incluída no cadastro no exercício de 2004 na condição de normal, permanecendo nessa condição até 2011, quando foi baixada de ofício pela SEFAZ, e a informação de autuado de que, a empresa localizada em Simões Filho, inscrição estadual nº 64.530.675 estava inscrita na condição de especial não é verdadeira.

Por certo que a emissão equivocada da Nota Fiscal não se apresenta como um fator determinante para exigência de um cumprimento de obrigação tributária principal, haja vista a possibilidade concreta de o contribuinte comprovar a ocorrência do equívoco. No caso de comprovação haverá sempre que prevalecer o princípio da verdade material, norteador do processo administrativo fiscal, tornando-se incabível a exigência de imposto.

No presente caso, a realização de um novo julgamento atinente à infração 02 - conforme determinado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal - possibilitou aos membros desta Junta de Julgamento Fiscal reanalisar, discutir e concluir pela necessidade de realização de diligência, a fim de que o autuado comprovasse a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento filial de Simões Filho, mediante a apresentação do livro Registro de Entradas. Apenas isso seria suficiente para provar o alegado. O registro da entrada das mercadorias no estabelecimento permitiria, a qualquer momento, a verificação e comprovação pela Fiscalização do efetivo ingresso.

Ocorreu que o resultado da diligência apontou precisamente no sentido contrário. Ou seja, o autuado alegou não dispor do livro Registro de Entradas por se tratar de um estabelecimento inscrito na condição de especial. Entretanto, os registros existentes no sistema da SEFAZ/BA, precisamente no INC Informações do Contribuinte, infirmam tal alegação. Claramente se verifica que o estabelecimento filial de Simões Filho se encontrava cadastrado na condição de “normal”, conforme inclusive informado pela autuante, portanto, obrigado a possuir e escriturar o livro Registro de Entrada.

Vale registrar que o voto proferido pelo ilustre Relator se fundamenta apenas no resultado da penúltima diligência que foi realizada pela ASTEC/CONSEF, no qual foi consignado pela diligenciadora 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.

A ausência de carimbos de postos fiscais nas 1ª vias das Notas Fiscais pode indicar que as mercadorias não tenham transitado até o destino apontado no documento fiscal, no caso o Estado de São Paulo. Contudo, a ausência de carimbos nas 1ªs vias, por si só, não pode servir para confirmar a entrada das mercadorias no estabelecimento de Simões Filho. Do mesmo modo, as cartas de correção que indicam o estabelecimento destinatário de Simões Filho, não comprovam o ingresso das mercadorias no citado estabelecimento.

Conclusivamente: a acusação fiscal 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. O levantamento levado a efeito pela autuante se baseou nas Notas Fiscais emitidas pelo autuado, cujo destinatário se localiza em São Paulo. Portanto, a imputação se apresenta correta. Na impugnação o autuado alegou erro no preenchimento das Notas Fiscais, sustentando que as mercadorias foram destinadas ao estabelecimento de Simões Filho. Tal alegação não restou comprovada.

Diante disso, este item da autuação é procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206955.0006/10-7**, lavrado contra **FERROLENE S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$91.138,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de dezembro de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR – ITEM 2º

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO – ITEM 2º

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR