

PROCESSO - A. I. Nº 269132.0006/14-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.
RECORRIDOS - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0102-01/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0264-11/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. O art. 93, § 1º, I do RICMS-BA/1997 estatui que a utilização do crédito relativo às aquisições de mercadorias, matérias primas, produtos intermediários e materiais de embalagem condiciona-se a que os bens adquiridos estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, sejam consumidos no processo e integrem o produto final na condição de elemento indispensável. O gás não entra em contato e não é consumido na corrente principal de industrialização. Conforme Parecer Técnico do IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas), "*a vaporização é feita pela injeção de vapor no refeedor da torre [de destilação]*", e não no fluxo em que se encontram as matérias primas e produtos intermediários. A função do material em análise - que não integra o produto final na condição de elemento indispensável -, assim como a da água de resfriamento, em relação à qual não há direito de crédito, é a de estabelecer as condições físicas de temperatura e pressão para que as reações químicas principais ocorram. Indeferido o pleito de diligência. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão 1ª JJF nº 0102-01/16 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, "a" do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado, apresenta a peça de irrisignação com respaldo no art. 169, I, "b" do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 24/09/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico total de R\$ 1.271.890,07, sob a acusação do cometimento de 02 (duas) irregularidades, das quais permanece em lide apenas a segunda.

INFRAÇÃO 02. Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de material para uso e consumo. Segundo os autuantes, "nas aquisições de gás natural, 15% delas são utilizadas na queima de gases residuais resultantes do processo. Essa parcela do gás natural tem como finalidade o craqueamento dos mencionados gases residuais, reduzindo, com isso, a toxidade dos mesmos antes de serem expurgados na atmosfera. Assim sendo, o percentual de gás natural acima descrito (15%, conforme informado pela empresa) enquadra-se como material de uso/consumo". R\$656.542,09 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a controvérsia no dia 09/06/2016 (fls. 264 a 275) e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade, *in verbis*:

"VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 1, apesar de o autuado na defesa inicial ter apresentado o seu inconformismo quanto à autuação, em momento posterior reconheceu e efetuou o pagamento deste item da autuação com o benefício da Lei Estadual nº 13.449/2015, conforme Processo SIPRO nº 247620/2015-8, acostado aos autos às fls. 189 a 204 dos autos.

Diante disso, este item da autuação é subsistente, cabendo homologação do pagamento e, consequentemente, a extinção do crédito tributário.

A infração 2 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. A acusação fiscal é complementada pelos autuantes no Auto de Infração da seguinte forma: Nas aquisições de gás natural, 15% delas são utilizados na queima de gases residuais resultantes do processo. Essa parcela do gás natural tem como finalidade o craqueamento dos mencionados gases residuais, reduzindo, com isso, a toxidade dos mesmos antes de serem expurgados na atmosfera. Assim sendo, o percentual de gás natural acima descrito (15%, conforme informado pela empresa) enquadra-se como material de uso/consumo. Conforme demonstrativos constantes dos Anexos II-A e II-B do presente processo.

Ou seja, segundo os autuantes – fundamentados em informação prestadas por preposto do contribuinte - 15% das aquisições de gás natural realizadas pelo autuado se enquadram como material de uso/consumo, em face de não participarem do processo produtivo do estabelecimento industrial.

O impugnante, contrariamente, entende que o gás natural afigura-se em efetivo insumo do seu processo produtivo. Para sustentar o seu entendimento vale-se das informações contidas no Parecer Técnico 20.677/301, elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas - IPT. Chama a atenção dos julgadores sobre a informação contida no laudo do IPT acerca do denominado “Processo de incineração de Gases e Geração de Vapor”.

Alega que se verifica que a parcela de 12% do gás natural que é utilizado no “Sistema de Incineradores” não se destina à queima de gases residuais, reduzindo, com isso, a toxidade dos mesmos antes de serem expurgados na atmosfera, conforme faz crer a Fiscalização.

Sustenta que, contrariamente, trata-se de insumo indispensável ao denominado “Processo de Incineração de Gases”. Ou seja, à geração do vapor necessário para se alcançar o produto final com as especificações técnicas desejadas, nada tendo a ver com a queima de gases para a atmosfera.

Alega ainda que, se não bastasse a importância do Gás Natural ao emprego energético da planta, cerca de 3% deste gás natural adquirido é utilizado no flare para a eliminação da toxidade dos resíduos gasosos das áreas industriais.

Observa que o flare afigura-se como um importante equipamento que compõe o conjunto industrial do estabelecimento autuado e que, além de garantir a segurança da planta, viabiliza, através da queima de parte do Gás Natural adquirido, a manutenção de níveis normais de pressão nas linhas e equipamentos, permitindo a eficiência e rendimento do processo.

Assevera que resta demonstrada a intrínseca relação do consumo do Gás Natural com o processo produtivo, sem o qual não seria possível atingir a produção de PVC, sendo imperativo o reconhecimento integral do crédito fiscal apurado, tendo em vista que grande parte do volume glosado é utilizada na produção do vapor utilizado, conforme elucidado linhas acima.

Por se tratar de matéria que necessariamente exigiria uma verificação aprofundada sobre a efetiva utilização do Gás Natural no processo produtivo do autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência a ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para que analisasse o processo produtivo do estabelecimento autuado, no intuito de esclarecer se o percentual de 15% de gás natural adquirido é utilizado na queima de gases residuais reduzindo, com isso, a toxidade dos mesmos antes de serem expurgados na atmosfera – conforme a acusação fiscal – ou, se procedia a alegação defensiva de que 12% do gás natural se trata de insumo indispensável ao “Processo de Incineração de Gases”, que gera o vapor necessário para se alcançar o produto final com as especificações técnicas desejadas.

O diligenciador da ASTEC/CONSEF, de forma técnica e muito bem detalhada, consignou no Parecer ASTEC Nº 001/2016, que em visita no local da empresa constatou que o Gás Natural é indispensável no “Processo de Incineração e Geração de Vapor”, que gera o vapor necessário para se alcançar o produto final com as especificações técnicas desejadas na planta industrial de PVC. Mencionou a existência do Parecer nº 07072/2015, de 06/04/2015, da Superintendência de Administração Tributária/Diretoria de Tributação/ Gerência de Consulta e Orientação Tributária, que aponta no sentido do caráter indispensável do Gás Natural no processo produtivo.

Entretanto, no que tange ao percentual de 12% das operações de aquisição de Gás Natural, destinado ao “Processo de Incineração e Geração de Vapor”, apontado pelo sujeito passivo do total de 15%, valor glosado pelos autuantes, observou o diligenciador que os valores mensais declarados na Tabela 1 - Valores médios mensais realizados do percentual de consumo de GN no flare incluindo paradas e manutenções e suas respectivas justificativas, do “Relatório Técnico - MEM 200095197 - Esclarecimentos do Consumo de Gás

Natural no Flare" são superiores ao valor percentual médio, para o ano de 2011, de 3% das citadas operações, alegado pelo autuado para o "Sistema Flare" na fl. 149.

No presente caso, é inegável o direito do contribuinte ao crédito fiscal relativo às aquisições de Gás Natural utilizado no processo de incineração e geração de vapor – vapor este necessário a obtenção do produto final com as especificações técnicas pretendidas na planta industrial de PVC -, por se tratar de um insumo do seu processo produtivo (art. 93, I, do RICMS/BA/97).

Nesse sentido, coaduno com os termos do Parecer nº 07072/2015, de 06/04/2015, da Superintendência de Administração Tributária/Diretoria de Tributação/ Gerência de Consulta e Orientação Tributária, cuja resposta dada foi no sentido de admissibilidade do crédito fiscal na aquisição de gás natural para geração de vapor utilizado no processo produtivo.

Entretanto, também é inegável que o gás natural utilizado fora do processo produtivo não tem natureza de insumo, mas sim de uso/consumo do estabelecimento.

Assim é que, a aquisição de gás natural destinado ao "Sistema Flare", inclusive, decorrentes de paradas e manutenções da planta industrial não admitem a utilização de crédito fiscal, por não se tratar de insumo, mas sim uso/consumo.

Isso porque, materiais de uso/consumo são aqueles utilizados à parte do processo produtivo, ou, mesmo utilizados ou consumidos no setor de produção não têm vinculação direta com o produto elaborado ou em elaboração. Este é o caso especificamente do gás natural empregado como combustível para queima de gases residuais do processo fabril flare, visando posterior descarte no meio-ambiente. Ou seja, o gás natural, no caso, não faz parte nem integra diretamente o processo produtivo do autuado, haja vista que a sua utilização se dá em etapa distinta, não tendo qualquer relação direta com a transformação das matérias primas, sendo, desse modo, material de uso/consumo.

No caso, trata-se de típico material de uso e consumo, estando vinculado a processo de tratamento de efluentes, conservação de equipamentos e queima de resíduos tóxicos, a exemplo do GLP (gás liquefeito de petróleo) e inibidores de corrosão. São itens que não participam dos processos de transformação das matérias-primas

Nesse sentido, vale registrar a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, no Acórdão C.J.F. Nº 0275-11/14 no qual o ilustre Conselheiro/Relator consignou: [...] Também, o GLP (gás natural) é utilizado no "flare" como combustível para queimar os gases indesejáveis gerados nas reações químicas do processo. A queima é efetuada para evitar danos ao meio ambiente. Logo, conforme apreciado, o produto não é utilizado como matéria prima ou produto intermediário."

No que tange ao percentual de 12% das operações de aquisição de Gás Natural, destinado ao "Processo de Incineração e Geração de Vapor", apontado pelo sujeito passivo do total de 15%, valor glosado pelos autuantes, acolho o resultado apresentado pelo diligenciador da ASTEC/CONSEF, no sentido de considerar os valores médios mensais realizados do percentual de consumo do gás natural no flare, incluindo paradas e manutenções, superiores ao valor percentual médio alegado pelo impugnante de 3% das citadas operações, para o "Sistema Flare", conforme demonstrativo que elaborou de fls. 222 a 226 dos autos.

Assim sendo, com as correções e ajustes procedidos este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de ICMS exigido de R\$183.955,38, conforme demonstrativo elaborado pelo diligenciador acostado a fl. 227 dos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado".

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, "a" do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF Nº 0102-01/16.

Com supedâneo no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 286 a 294, no qual inicia sintetizando os fatos e argumentando, no que tange ao percentual de gás natural empregado no sistema flare, que este é equipamento indispensável para a segurança da planta, viabilizada pela queima de parte do material (gás natural), o qual configura verdadeiro insumo industrial.

O referido equipamento (flare), conforme alega, contribui para manter níveis normais de pressão nas linhas e máquinas, permitindo a eficiência e o rendimento do processo produtivo e evitando explosões ou emissão atmosférica de produtos tóxicos, nos termos determinados pela Portaria nº 249 da ANP (Agência Nacional de Petróleo), de 1º de novembro de 2010.

De acordo com o art. 2º da referida Portaria, o não cumprimento das suas disposições implica "sujeição às severas penalidades previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e no Decreto

nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999".

Protesta pela ulterior juntada de documentos, bem como pela produção de provas por intermédio de diligência, e conclui pleiteando o provimento do apelo para que seja julgada improcedente a infração 2.

VOTO

O art. 93, § 1º, I do RICMS-BA/1997 estatui que a utilização do crédito relativo às aquisições de mercadorias, matérias primas, produtos intermediários e materiais de embalagem condiciona-se a que os bens adquiridos estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, sejam consumidos no processo e integrem o produto final na condição de elemento indispensável.

Nesse sentido, excetuando-se as situações nas quais a razoabilidade requer que tal raciocínio seja mitigado, deve ser observado o critério do crédito físico, segundo o qual é de nenhuma relevância a essencialidade do bem ou as eventuais consequências advindas da sua não utilização, sejam industriais, sejam ambientais. Sob esse prisma, não possui efeitos tributários o fato de que sem o uso do material em enfoque as temperaturas e pressões alcançariam níveis perigosos ou de que o meio ambiente restaria prejudicado, uma vez que o art. 93, § 1º, I do RICMS-BA/1997, cuja eficácia não pode ser negada por esta Câmara (art. 167, III do RPAF-BA/1999), não contemplou tais aspectos.

A matéria não é nova neste Conselho de Fazenda. Já foi decidida, por exemplo, nos seguintes Acórdãos de segunda instância.

Acórdão CJF nº 0275-11/14. Também, o GLP (gás natural) é utilizado no "flare" como combustível para queimar os gases indesejáveis gerados nas reações químicas do processo. A queima é efetuada para evitar danos ao meio ambiente. Logo, conforme apreciado, o produto não é utilizado como matéria prima ou produto intermediário. Portanto, conforme manifestado no Parecer opinativo da PGE/PROFIS o princípio da não cumulatividade do ICMS está associado a todo o ciclo de circulação econômica, tendo com requisitos para se caracterizar como produto intermediário que o material tenha: a) contato direto com o produto objeto da nova fase de circulação econômica; b) integre o produto final ou consumação total e imediata na fase anterior de circulação do bem.

Acórdão CJF nº 0073-12/16. O GLP (gás liquefeito de petróleo) é empregado como combustível para queima de gases residuais do processo fabril no incinerador "flare", visando posterior descarte no meio ambiente. Não faz parte nem integra as cadeias de produção, assim como anticorrosivos, dispersantes, anticlorificantes, biocidas e similares (utilizados na água de resfriamento).

Acórdão CJF nº 0113-12/12. Assinalo, por oportuno, que foi constatado pelos autuantes, e explicitado no Auto de Infração, que o Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, adquirido da Petrobrás, não é utilizado como combustível, e para este fim utiliza-se Gás Natural Combustível, adquirido da Bahiagás, conforme Anexo XIV do Auto de Infração. O contribuinte afirma que usa o GLP para manter o "flare" aceso, conforme exposto no Relatório que antecede este voto, mas não contradiz a afirmativa do Fisco no sentido de que na realidade usa o Gás Natural Combustível adquirido da empresa Bahiagás como combustível.

A autuação, conforme assinalaram os auditores à fl. 123, refere-se ao percentual de gás natural destinado ao uso no incinerador e no flare: 15%, segundo os autuantes, parcela que restou confirmada no laudo técnico de fl. 32, elaborado por dois engenheiros de produção da Braskem: "o percentual típico de consumo de gás natural para queima dos gases de processo (flare e incinerador), considerando a operação normal da planta, é de 14 a 15% do consumo total".

Entretanto, às fls. 131/132, a JJF converteu o feito em diligência, pois considerou a possibilidade de ser verídico o argumento defensivo de que 12 desses 15% constituem "insumo indispensável ao denominado processo de incineração de gases, que gera o vapor necessário para se alcançar o produto final com as especificações técnicas desejadas".

À fl. 220, o preposto da ASTEC, após ter visitado as instalações da sociedade empresária, concluiu que "gás natural é insumo indispensável no processo de incineração e geração de vapor, que gera o vapor necessário para se alcançar o produto final com as especificações técnicas". Elaborou, por isso, a planilha de fl. 221, com os percentuais de gás não destinados ao processo

produtivo, maiores do que aquele tido como correto pelo contribuinte, de 3% (demonstrativos de revisão às fls. 222 a 227).

Ou seja, uma fração do gás natural tido pela Fiscalização como de uso no sistema *flare* ou no incinerador, na verdade, faz parte do processo produtivo, na medida em que fornece o calor, a energia necessária para que ocorram as reações físico-químicas almejadas na cadeia de industrialização, atingindo as especificações do produto (fl. 62).

No entanto, isso não significa que o gás utilizado para tal fim entre em contato ou seja consumido na corrente principal de industrialização. Observe-se, às fls. 176/177, no Parecer Técnico do IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas), que "*a vaporização é feita pela injeção de vapor no refervedor da torre [de destilação]*", e não no fluxo em que se encontram as matérias primas e produtos intermediários.

Na verdade, a função do material em análise - que não integra o produto final na condição de elemento indispensável -, é a de produzir vapor, de modo que este (vapor) estabeleça as condições físicas de temperatura e pressão para que as reações químicas principais ocorram. Sua destinação, portanto, é muito mais física do que química, já que não participa diretamente da fabricação.

Não se encarta, por conseguinte, na previsão do art. 93, § 1º, I do RICMS-BA/1997, motivo pelo qual deve ser modificada a Decisão recorrida para restaurar, na íntegra, a exigência contida na segunda imputação.

Com fulcro no art. 147, I, "a" do RPAF-BA/1999, indefiro o pleito de realização de diligência. Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros desta Câmara estão presentes nos autos.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, com a homologação dos valores já recolhidos.

VOTO DIVERGENTE

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, observo que constam informações despiciendas no Auto de Infração, que nada tem a ver com os fatos geradores de ICMS que justificaram a exigência do imposto ora analisado.

A autuação fiscal ora analisada exige ICMS sobre as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, em razão de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas.

Logo, as informações sobre as operações de circulação de mercadorias anteriores às transferências, vendas efetuadas por estabelecimento que possui benefício fiscal do Desenvolve, são impertinentes ao julgamento do crédito tributário ora analisado e sequer deveriam constar do Auto de Infração. Da mesma forma, as informações referentes ao estorno do crédito, com base no art. 100, IX, do RICMS/2012 também não se aplicam ao caso ora analisado.

Entendemos que todas essas informações confundem o contribuinte e também o julgador, o que poderia acarretar a nulidade da autuação fiscal em razão da insegurança quanto à infração imputada (art. 18, IV, "a", do RPAF). Não há dúvidas de que houve de fato uma certa confusão em razão de tantas informações, e que somente foi possível se identificar corretamente a infração que está sendo imputada ao contribuinte, após vários esclarecimentos prestados pelas partes envolvidas (autuante e autuado) em sessão de julgamento.

Todavia, em razão da norma constante no parágrafo único do art. 155 do RPAF, afasto a preliminar de nulidade suscitada, pois, de ofício, observo que o mérito da autuação fiscal não merece prosperar.

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. *Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

Ora, a autuação não merece prosperar porque não há que se falar em incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular.

A circulação de mercadoria tributável pelo ICMS é a circulação jurídica e não a simplesmente física, interessa a saída em razão da venda e que implica, necessariamente, na transferência de propriedade do bem. Este elemento compõe a hipótese de incidência tributária do ICMS, de modo que a mera circulação física, que não apresenta tal elemento, não constitui fato gerador do ICMS, está fora do âmbito de incidência do imposto.

A circulação física da mercadoria, como ocorre no caso de uma transferência de bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa, está fora do âmbito de incidência deste tributo. Não é fato gerador do ICMS.

Nesse sentido, a doutrina do professor Roque Carrazza:

“Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular a 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 da titularidade da mercadoria, não há de se falar em tributação por meio do ICMS.

(...)

O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais”.

(ICMS, 10ª ed. Ed. Malheiros, p. 36/37) (grifamos)

Tal entendimento resta totalmente pacificado no âmbito dos Tribunais Superiores, STF e STJ, tendo este já editado uma Súmula a respeito:

Súmula 166: *NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.*

A Súmula nº 166 do STJ, que foi editada em 1996, continua sendo aplicada até hoje e foi, mais uma vez, confirmada no julgamento do REsp 1125133/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, em 2010:

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

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

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

Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008)

2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).

3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de

1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"

4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.

(...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da 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. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010) (grifamos)

Assim, desde 1996 até hoje o entendimento do STJ é pacífico pela não incidência do ICMS sobre transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, como se pode perceber da decisão proferida em Junho/2012:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DESLOCAMENTO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, SEM TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE.

NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. SÚMULA 166/STJ. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1.125.133/SP, MIN. LUIZ FUX, DJE DE 10/09/2010, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSES PRECEDENTES (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(AgRg no REsp 1271520/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012) (grifamos)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA - VALOR ADICIONADO - NÃO-OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

1. O cálculo do valor adicionado de participação do Município no produto da arrecadação do ICMS inclui o valor das mercadorias saídas – acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; sendo que as operações imunes do ICMS, entre as quais se inserem as que destinem energia elétrica a outros Estados da Federação (artigo 155, § 2º, X, "b", da CF/88), são computadas, para cálculo do valor adicionado em tela.

2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS, cujo fato impositivo demanda a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada para o cálculo do valor adicionado de participação do Município na arrecadação da exação pelo Estado Membro.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 933.890/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 1) (grifamos)

Por sua vez, o entendimento do STF também resta pacificado no mesmo sentido. Veja-se decisão recente proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Setembro/2012:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE

CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. 1. O SIMPLES DESLOCAMENTO DA MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE, NÃO CARACTERIZA A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES. 2. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO AO CRÉDITO DO VALOR ADICIONADO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL (LEI COMPLEMENTAR N. 63/1990). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 3. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 466526 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012) (grifamos)

Ora, não se pode fechar os olhos para um entendimento pacificado há muito tempo pelos Tribunais Superiores. As decisões judiciais proferidas pelas mais altas Cortes de Justiça do nosso país não são mera recomendação. Ademais, não nos parece que seja necessário que o STF analise especificamente a legislação do Estado da Bahia para que se aplique o entendimento jurisprudencial pacificado de forma incontestada nos Tribunais Superiores.

Frise-se, ainda, que a exigência de ICMS sobre transferência entre estabelecimentos do mesmo titular acarretará, sem sombra de dúvidas, sérios prejuízos ao Erário Estadual em virtude da sucumbência judicial, haja vista a matéria resta pacificada em sentido contrário nos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, de ofício, declaro a Improcedência da autuação fiscal em razão da não incidência do ICMS sobre transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

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** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269132.0006/14-2, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$656.542,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$615.347,98**, prevista no inciso XI, do referido diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados as quantias já recolhidas.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Luiz Alberto Amaral Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS