

A. I. Nº - 277992.0301/15-0
AUTUADO - POLY EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - ADILENE VIEIRA TEIXEIRA AMARAL
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03.06.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-04/16

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Embora o inciso I do artigo 2º da Lei nº 7.014/96 estabeleça genericamente que o ICMS incide sobre “*a realização de operações relativas à circulação de mercadorias*”, há de ter em mente que o próprio diploma legal prevê a transferência de débitos e créditos entre os estabelecimentos de cada sujeito passivo, desde que localizados no território baiano, mediante a emissão de nota fiscal para documentar o fato. A previsão legal possui uma lógica incontestável: quaisquer operações realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte dentro do Estado da Bahia, desde que devidamente documentadas por meio de notas fiscais, não têm nenhuma repercussão na apuração do ICMS para a Fazenda Estadual, porque o débito de um estabelecimento corresponderá necessariamente ao crédito do outro, de modo que, para o Estado, não há nenhuma perda ou prejuízo na arrecadação. **Infração insubsistente.** **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. FALTA DE RECOLHIMENTO.** **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO.** **4. DIFERIMENTO. ENTRADAS DE REFEIÇÕES.** Infrações reconhecidas e pagas pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração foi lavrado, em 30/09/15, para exigir ICMS no valor total de R\$126.148,35, em decorrência das seguintes imputações:

Infração 1 - deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$122.052,62, e multa de 60%;

Infração 2 – deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo, no valor de R\$2.198,40, e multa de 150%;

Infração 3 – utilizou indevidamente crédito fiscal referente a aquisição de serviço de transporte a autônomo cujo ICMS não havia sido recolhido, no valor de R\$1.458,55, e multa de 60%;

Infração 4 – deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus empregados, no valor de R\$438,78, e multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 86 a 96), informando, inicialmente, que reconhece a procedência das imputações 2, 3 e 4 do auto de infração.

Quanto à infração 1, preliminarmente suscita a sua nulidade, ao argumento de que a *“acusação fiscal não obedece aos requisitos obrigatórios de clareza e precisão, constantes do art. 39, III, do RPAF, restringindo, substancialmente, o lícito direito de defesa da Autuada”*, tendo em vista que *“limita-se a informar, genericamente, que o Contribuinte “deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis””*.

Ressalta que o procedimento administrativo é dominado pelo princípio inquisitivo, e não pelo dispositivo, o que significa dizer que o próprio fisco investiga se o fato gerador ocorreu, verifica a existência da obrigação e, se for o caso, pune o infrator. Por essa razão, diz que o citado artigo 39, inciso III, do RPAF/99 preleciona que o auto de infração deverá conter a descrição dos fatos, considerados como infrações de obrigações tributárias, de forma clara, precisa e sucinta, o que não ocorreu na situação em exame.

Acrescenta que se faz necessário que o auditor fiscal relate com clareza os fatos ocorridos e as provas a ele correlacionadas, evidenciando, assim, a relação lógica entre estes elementos de convicção e a conclusão advinda deles, o que, à obriedade, não aconteceu no caso em questão, o que prejudicou sobremaneira seu direito à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal).

Discorre sobre o Princípio do Contraditório aduzindo que ele *“contém o enunciado de que todos os atos e termos processuais (ou de natureza procedimental) devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas”*.

No que tange ao Princípio da Ampla Defesa, salienta que *“traduz a liberdade inerente ao indivíduo (no âmbito do Estado Democrático) de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas”*, havendo, portanto, evidente *“correlação entre a Ampla Defesa e o Amplo Debate (Princípio do Contraditório), não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro – daí a inteligência do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, em agrupá-los em um dispositivo.*

Afirma que a Ampla Defesa não é uma generosidade, mas um interesse público, sendo essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático. Reproduz a ementa do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão nº 0045/99 e conclui requerendo a nulidade da imputação por falta de clareza e precisão.

No mérito, afirma que, não obstante a imprecisão e a obscuridade da descrição dos fatos, *“na tentativa hercúlea de exercer o seu direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório”*, parte do pressuposto de que se trata de acusação referente à transferência de matérias primas da sua matriz para a sua filial.

Diz que, *“a partir da minuciosa análise dos demonstrativos colacionados aos autos, é possível pressupor que a Nobre Fiscal entendeu pela incidência de ICMS sob as operações autuadas, nos termos dos arts. 2º, 50, 111, I e 124, I, do RICMS/BA (Decreto 6.284/97) para o período de março de 2012, com vencimento em 09.04.2012; e nos termos do art. 2º, inciso I; e art. 21 da Lei 7.014/96 c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA (Decreto 13.780/2012) para os demais períodos”*.

Argumenta que, *“em que pese o antigo RICMS da Bahia ter previsto que a mera transferência entre estabelecimentos de mesmo titulares constitui regra-matriz de incidência do ICMS, está exaustivamente pacificado que a situação em tela não sustenta a incidência do ICMS, conforme se denota da jurisprudência consolidada nos Egrégios STF e STJ”*, que transcreve.

Prossegue dizendo que no mesmo sentido já se posicionou a doutrina e esse *“entendimento permaneceu uníssono, remansoso e pacífico nos Tribunais Superiores, dando origem à Súmula 166 do STJ, revelando claramente o entendimento de que, para se configurar o fato gerador do ICMS, é necessário que haja o ato de mercancia, ou seja, a venda da mercadoria”*.

Frisa que, *“a fim de afastar qualquer orientação diversa dos Tribunais Estaduais, a 1ª Seção do EG. STJ, através do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº. 1.125.133 – SP, de*

Relatoria do Ministro Luiz Fux, DJe 10.09.2010, ratificou o entendimento de que 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”.

Resume seu pensamento, dizendo que “o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si só, não implica incidência do ICMS, porque, para ocorrer o fato gerador, é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade”.

Ressalta que, no caso em apreço, ocorreu apenas “o mero deslocamento físico entre a unidade matriz da empresa e sua filial, não havendo mudança de titularidade, se albergando, portanto, na moldura jurídica do STJ, em julgamento de Recurso Repetitivo supracitado e da Súmula 166, bem assim no entendimento unânime, e amplamente consolidado, pela Jurisprudência pátria”.

Não obstante reconhecer a “ausência de efeito erga omnes da decisão de rito repetitivo e da Súmula do STJ, além de sua falta de vinculação, a verdade é que se trata de tese sacramentada no Judiciário, cuja constante reiteração de sua desobediência, não deixa de consumir, no mínimo, a clara violação de um dos princípios constitucionais que mais vem se fortificando no Brasil, o da Moralidade Administrativa, bem assim a crescente força dos precedentes judiciais”.

Finaliza aduzindo que se trata de clara tributação indevida e caso essa tese venha a alçar o Judiciário, é evidente a previsível sucumbência do Estado, eis que se trata de matéria firmada e sacramentada pelos Tribunais Superiores.

Por fim, requer a nulidade ou, caso superada, a improcedência da infração 1 e, subsidiariamente, pede que o julgamento seja convertido em diligência, “para que Auditor Fiscal estranho ao feito reveja todos os cálculos e critérios utilizados pelo autuante, especialmente os valores equivocados decorrentes de recolhimentos já efetuados pela autuada”.

A autuante, em sua informação fiscal, afirma que identificou que, nas notas fiscais de transferência de matérias primas, o autuado não destacou o ICMS sob a alegação de ser a operação sem incidência, destacando, como previsão legal, o disposto no artigo 3º, inciso VI, da Lei Complementar nº 87/96.

Alega que o mencionado dispositivo legal se refere a “transferência de propriedade de estabelecimento (em caso de fusão, incorporação, cisão etc), e não de produtos e mercadorias.

Informa, ainda, que o contribuinte transferiu matérias primas para a filial e, portanto, tais operações estão sujeitas à incidência do ICMS, razão pela qual mantém a acusação fiscal.

VOTO

O ICMS foi exigido, neste lançamento de ofício, em decorrência de quatro acusações fiscais, sendo que o sujeito passivo reconheceu a procedência das infrações 2, 3 e 4, razão pela qual devem ser mantidas.

O contribuinte impugnou, entretanto, a primeira infração, inicialmente suscitando a sua nulidade, ao argumento de falta de clareza e precisão, prejudicando, conseqüentemente, o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Analisando os autos, constato que, efetivamente, a acusação é extremamente genérica, porém a agente fiscal anexou, à fl. 12, um demonstrativo com a relação dos documentos fiscais em que, em sua avaliação, teria de ter havido o necessário destaque do imposto estadual. Além disso, juntou aos autos (fls. 13 a 20) fotocópias das notas fiscais relacionadas na planilha.

Ora, como foi o contribuinte que emitiu as notas fiscais e não fez incidir o ICMS em tais operações, cabia a ele apresentar as razões que justificariam seu procedimento e foi exatamente o

que fez em suas razões de mérito, não havendo, assim, a meu ver, o alegado vício à ampla defesa e ao contraditório. Afastada, portanto, a nulidade da autuação.

No mérito, constato, do exame dos documentos fiscais, que se trata de operações de saída, por transferência, de matérias primas, do contribuinte autuado (inscrição estadual nº 44.031.837) para a sua filial (inscrição estadual nº 65.554.053) localizada em Lauro de Freitas, no Estado da Bahia. Saliento, ainda, que, estranhamente, as notas fiscais nºs 2923 e 2942 (fls. 15 e 16) acobertam saídas do autuado para ele mesmo, não havendo sequer, até prova em contrário, deslocamento físico das matérias primas para fora do estabelecimento autuado.

De qualquer forma, em relação às notas fiscais nº 2859, 2905, 2978, 3224, 3337 e 3403, resta comprovado de que se trata de transferências internas de mercadorias, isto é, deslocamento físico de matérias primas dentro do Estado da Bahia.

Embora o inciso I do artigo 2º da Lei nº 7.014/96 estabeleça genericamente que o ICMS incide sobre “a realização de operações relativas à circulação de mercadorias”, há de ter em mente que o próprio diploma legal prevê a transferência de débitos e créditos entre os estabelecimentos de cada sujeito passivo, desde que localizados no território baiano, mediante a emissão de nota fiscal para documentar o fato.

É o que se encontra disposto nos artigos 24, 25 e 26, da Lei nº 7.014/96, a seguir transcritos:

Art. 24. O ICMS será apurado por período, conforme dispuser o regulamento:

Art. 25. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termine o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo:

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;

II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado pela legislação tributária;

III - se o montante dos créditos superar o dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte.

Art. 26. Para efeito de aplicação do disposto nos arts. 24 e 25, os débitos e créditos serão apurados em cada estabelecimento, **compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado**, conforme dispuser o Regulamento (LC 87/96 e 102/00). (grifos não originais)

Já o artigo 306 do RICMS/12 determina que a transferência de saldos credores ou devedores entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte será feita mediante a emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário. Vejamos o dispositivo regulamentar:

Art. 306. A transferência do saldo credor ou devedor entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte será feita mediante a emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito ou débito, na qual serão indicados o valor do saldo a ser transferido, a data e uma das expressões: “Transferência de Saldo Credor” ou “Transferência de Saldo Devedor”, conforme o caso.

Tais previsões legais possuem uma lógica incontestável: quaisquer operações realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte dentro do Estado da Bahia, desde que devidamente documentadas por meio de notas fiscais, não têm nenhuma repercussão na apuração do ICMS para a Fazenda Estadual, porque é óbvio que o débito de um estabelecimento será necessariamente compensado com o crédito no outro, de modo que, para o Estado, não há nenhuma perda ou prejuízo na arrecadação.

Diante de tais considerações, considero que a presente autuação não pode prosperar, já que contraria a própria lógica de apuração do imposto estadual. Insubsistente a infração 1 do lançamento de ofício.

Às fls. 132 e 133 foram juntados documentos que comprovam o recolhimento, pelo autuado, do débito relativo às infrações 2, 3 e 4, com os benefícios da Lei nº 13.449/15 (Concilia Bahia).

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os pagamentos realizados com os benefícios da Lei nº 13.449/15.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **277992.0301/15-0**, lavrado contra **POLY EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.095,73**, acrescido das multas de 150% sobre R\$2.198,40 e de 60% sobre R\$1.897,33, previstas no artigo 42, inciso II, alínea "f", e V, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os pagamentos realizados com os benefícios da Lei nº 13.449/15.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA