

A. I. Nº - 279757.0090/15-4
AUTUADO - GALVANI INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.07.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-04/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO ESTABELECIDO EM LEI COMPLEMENTAR, CONVÉNIOS OU PROTOCOLO. Utilização de crédito fiscal a maior do que aquele fixado através do Convênio ICMS 100/97. **b)** FALTA ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS SUBSEQUENTES AMPARADAS POR ISENÇÃO. Diante da norma posta, quer seja do RICMS/97, quer do RICMS/12, a manutenção dos créditos fiscais, em uma empresa industrial com os produtos relacionados no Convênio ICMS 100/97 somente se dar se as saídas isentas internas posteriores foram de produtos fabricados pelo próprio estabelecimento. Caso contrário, os créditos fiscais devem ser estornados. 2. OPERAÇÕES LANÇADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, MAS CONSIDERADAS TRIBUTÁVEIS. 3. DIFERIMENTO. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. Infrações não contestadas. 4. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO SITUADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. Por se tratar, o autuado, de contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, obriga-se a cumprir a legislação baiana do ICMS, a qual estabelece em seu art. 17, § 8º, II, da Lei n. 7.014/96, que na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento. A empresa destacou imposto nas notas fiscais de remessas, apenas o fez em desconformidade com a legislação posta. Exigida a diferença. Razões de defesa não elidem a ação fiscal. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2015, exige ICMS no valor de R\$532.725,01 em razão das infrações à legislação, a seguir relacionadas:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênio e protocolo, referente as entradas no estabelecimento de Granulados, Micronutrientes, MAP, KLC, oriundas de outros Estados da Federação, com redução de base de

cálculo em desacordo com o previsto no Convênio ICMS nº 100/97. Período: exercício de 2010. Valor: R\$137.364,73.

Infração 02 – Deixpu de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Referente ás saídas de Cloreto de Potássio, MAP, Micronutrientes. Período: janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2010. Valor: R\$362.050,33.

Infração 03 – Efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, pertencendo ao mesmo titular com preço inferior ao custo de produção, Referente ás sucessivas saídas de Enxofre e Micronutrientes utilizados para uso, utilização como insumo na produção de fertilizantes, para suas filiais nos estados de São Paulo e Srgipe. Período: março, abril e dezembro de 2010. Valor: R\$2.670,86.

Infração 04 – Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente ás saídas de uréia e granulados, no Estado, para estabelecimento industrial não pertencente à cadeia produtiva de fertilizantes, e saídas para outras unidades da Federação, sob CFOP 6116 - Venda de produção do estabelecimento originada de entrega futura. Período: abril, maio, setmbro a dezembro de 2010. Valor: R\$21.492,28.

Infração 05 – Deixou de proceder ao recolhimento de ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Referente ás sucessivas saídas de sucata, neste Estado, com diferimento do imposto, para contribuinte não habilitado pela Secretaria da Fazenda ao benefício do diferimento do ICMS. Período: fevereiro, março, maio a dezembro de 2010. Valor: R\$9.146,81.

A empresa apresenta impugnação ao lançamento fiscal (fls. 36/56). Após demonstrar a tempestividade de sua defesa e transcrever as infrações ora acusadas, apresenta questão prejudicial preliminar de mérito no que diz respeito aos prazos decadenciais.

Afirma que demonstrará que o débito ora exigido está extinto pela decadência, quer seja em razão da aplicação do art. 150, § 4º, quer em razão da aplicação do art.173, inciso I, ambos do CTN.

Discorre sobre a finalidade do instituto da decadência, trazendo lições do Professor Paulo de Barros Carvalho (Curso de Direito Tributário, 19ª Rev - Ed. Saraiva - 2007) e ressalta de que o disposto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional - CTN consigna o prazo de 05 anos para que se opere a decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (ou autolançados, como no caso do ICMS), a partir da data de ocorrência do fato jurídico tributário da respectiva operação.

Por outra banda, o artigo 173, I do referido CTN prevê o prazo decadencial de 05 anos, aplicável nos casos de tributos com lançamentos de ofícios, como também, nas hipóteses de tributos lançados por homologação, mas sem pagamento da obrigação tributária principal por parte do próprio sujeito passivo e nos casos de ocorrência de fraude e/ou simulação. Nesta hipótese, a data do fato jurídico tributário deixa de ser o marco inicial da decadência, passando ela a ser o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento tributário poderia ter sido efetuado para que a Fazenda Pública constitua o crédito tributário.

Transcorridos esses prazos sem que a Fazenda Pública se manifeste, efetivar-se-á a caducidade, ou seja, a decadência do direito do Fisco em efetuar a cobrança do crédito tributário..

Observa que ao examinar o caso em tela, verifica-se que no período objeto do auto de infração (janeiro a dezembro de 2010) a empresa entregou ao fisco todas as suas DMAs e realizou os respectivos pagamentos do ICMS apurado. Além do mais, não foram identificados quaisquer elementos caracterizadores da ocorrência de dolo, fraude e/ou simulação da sua parte, o que afasta a aplicação do art. 173, I do CTN.

Em assim sendo, “*a decadência atingiu todos os valores de ICMS objeto da autuação, tendo em vista, que para, como exemplo o fato gerador de 31/15/2010 a Fiscalização tinha até o dia*

31/15/2015 para exigir referidos valores e assim sucessivamente para os demais fatos geradores também autuados, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN”.

Ressalta de que a decadência e o lançamento tributário não podem coexistir com referência a um mesmo objeto, *pois não se pode constituir direito de um lançamento já decaído. Que o “lançamento tributário de direito decaído é em verdade um não-lançamento, um “nada jurídico”, cujo reconhecimento deve ser acolhido, já que trata-se de matéria de ordem pública”*.

Assim sendo, como o Auto de Infração e a sua ciência ocorreram em 21/12/2015, já se encontrava expirado o prazo decadencial de todos os fatos geradores exigidos no presente auto, com a consequente extinção do crédito tributário nos termos do art. 156 V, do CTN.

Traz doutrina sobre a matéria em questão, jurisprudência do STJ e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Diante de tudo exposto, afirma que resta demonstrado de que o “*crédito tributário exigido no presente auto de infração foi atingido pela decadência do art. 150, § 4º do CTN, bem como que não há que se cogitar a hipótese de aplicação do art. 173, inciso I do CTN, conforme exposto nos tópicos acima. Portanto, resta comprovado que a presente autuação dever ser integralmente cancelada, em razão da decadência*”.

Passa ao mérito da acusação fiscal com base na inocorrência do fato gerador do ICMS em virtude da aplicação da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça- STJ, principalmente em relação à infração 03

Diz ser pacífico o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da inocorrência do fato gerador do ICMS incidente sobre as operações de transferência interestadual de mercadoria entre estabelecimentos situados em outros Estados da Federação.

Afirma que, conforme provados pelos documentos carreados aos autos, as operações tratam-se de simples deslocamento de mercadorias entre seus estabelecimentos, não se configurando a ocorrência da hipótese de incidência do ICMS.

Transcreve as determinações do art. 155, II da Constituição Federal e art. 2º, I da Lei Complementar 87/96, para afirmar que o ICMS apenas incidirá sobre a efetiva circulação de mercadorias (não física), uma vez que “*as transferências de quaisquer espécies de coisas corpóreas, inclusive mercadorias, entre estabelecimento da mesma indústria, não constituem fatos geradores de ICMS, pois é elementar o entendimento de que não há negócio (operação) consigo mesmo, haja vista a relação jurídica envolver obrigatoriamente a participação de no mínimo duas pessoas, o titular da mercadoria e o adquirente do bem*”.

Para embasar a sua tese, transcreve entendimentos de juristas (Arnaldo Wald e Paulo de Barros Carvalho) e a Súmula 166 do STJ, afirmando: “*Destes ensinamentos, conclui-se que a inexistência de mutação patrimonial não materializa o ICMS, por não tipificar a realização da “operação jurídica”, mas importar em simples circulação física que sequer denotam relevância para o Direito. Assim, é latente e imperativo o entendimento de que não há valor de mercancia para os bens transportados, não ensejando a exigência de ICMS sobre tais operações*”. Transcreve o teor do RE 2005/0132562-0; Relator(a) Ministro LUIZ FUX e do AgRg no Ag 1403362 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2011/0074326-0; Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES.

Ressalta ser pacificado o entendimento quanto à ausência da hipótese de incidência do ICMS nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, que o Fisco Paulista, voluntariamente, alterou seu ordenamento de forma a reconhecer e legitimar a impossibilidade de tributação nestas operações, conforme inciso XV, art. 7º do Decreto Paulista nº 45.490/00, para os casos de material de uso e consumo, bem como, de ativo permanente ou destinadas a armazéns, como transcreveu.

Continua sua impugnação afirmando: “*para que o ato emanado pelo contribuinte seja passível de*

tributação com a consequente exigência da exação fiscal, é mister que a operação mercantil: a) seja regida pelo Direito Comercial; b) tenha sido praticada num contexto de atividades empresariais; c) tenha por finalidade ou princípio o lucro; e d) tenha por objeto uma mercadoria”.

Diz não desconhecer a independência deste CONSEF em face do Poder Judiciário. Porém, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da celeridade processual, requer que seja aplicado o pacífico entendimento dos Tribunais Superiores acerca da não ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações de transferência interestadual de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Transcreve diversas decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Apelações e Embargos de Declaração: 0323677-51.2012.8.05.0001, 0073842-49.2010.8.05.0001 e 0001754-76.2011.8.05.0001

Conclui requerendo a improcedência total do Auto de Infração. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, bem como, pela sustentação oral em julgamento. Solicita que todas as intimações sejam realizadas em nome do impugnante e encaminhadas para sua matriz, localizada na Av. Professor Benedito Montenegro, 1300, Bairro Betel, em Paulina/SP.

O autuante presta informação fiscal (fls. 116/119).

Quanto á preliminar de mérito a respeito da decadência do imposto ora exigido, sacando das determinações do art. 150, § 4º e art. 173, I, ambos do CTN e do art. 965, I, do RICMS/97, afirma que diante da legislação citada não se pode falar em decadência do crédito tributário.

Abordando o mérito da autuação, inicialmente ressalta de que no presente processo não há questionamento quanto aos números e valores levantados nos demonstrativos de fls. 19/27 e CD á fl. 28. E, sem seguida, observa de que a empresa somente contestou a infração 03, relativa ás trasnferências abaixo do custo de produção/aquisição.

Informa que a empresa tem como atividade a produção de fertilizantes. Além de comercializar seus produtos no Estado, também as transfere para outras filiais, situadas em outras unidades da Federação, tanto das mercadorias que produz, quanto insumos utilizados na produção deles.

Que por força do Convênio ICMS nº 100/97 e art. 20, do RICMS/97, as mercadorias comercializadas neste Estado (operações internas) são amparadas pela isenção do ICMS. No entanto, aquelas destinadas a outras unidades da Federação são beneficiadas com o instituto da redução da base de cálculo.

Informa, em seguida, de que embora a empresa tenha se defendido da exigência do ICMS calculado a menor nas transferências de “fosfato natural”, a presente infração trata das mercadorias enxofre e micronutrientes.

Discordando dos argumentos trazidos pelo defensor, traz aos autos as determinações do art. 56, V, “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para provar o acerto da ação fiscal, observando que “se assim não fosse o entendimento da Legislação Tributária pelas Secretarias de Fazenda das demais unidades da Federação o crédito fiscal destacado nas operações relacionadas no demonstrativo de fls. 12/13 (completos na mídia de fls. 50) o Estado de São Paulo teria feito a glosa no estabelecimento de destino”.

Requer a procedência da ação fiscal.

VOTO

Preliminarmente quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes a presente lide sejam realizadas em nome da empresa autuada, este é pedido sem motivação, já que elas serão sempre assim realizadas. Já quanto ao pedido de que sejam encaminhadas á sua matriz estabelecida em São Paulo/SP, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões a matriz do estabelecimento autuado, mas sim à parte envolvida na lide, nada obsta de que seu pleito seja

atendido. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem tampouco determinara a nulidade do lançamento fiscal, uma vez que a presente lide ainda se encontra na esfera administrativa, a empresa autuada tem endereço e, igualmente, seus sócios, não havendo previsão legal no RPAF/BA para tal comportamento.

E, para não restar qualquer dúvida, relembro ao defendant de que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda, podendo ele realizar a sua sustentação oral na forma que convier, já que sessões públicas.

Passo a analisar a questão prejudicial de mérito levantada pelo impugnante.

A respeito de prazos decadenciais, este CONSEF, em inúmeras decisões não unâimes, se alinha ao entendimento firmado pela PGE/Profis a respeito da matéria ora em discussão.

Para melhor compreensão do que ora se coloca, transcrevo, a seguir, voto proferido recentemente pela 2º Instância deste Colegiado, com o apoio da PGE/Profis, instância esta que firma a jurisprudência administrativa deste Estado.

ACÓRDÃO CJF Nº 0012-12/16

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Não se vislumbra o fenômeno da fruição do prazo decadencial, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como termo “a quo”, determinação esta refletida no art. 107-A do Código Tributário da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/1981, abaixo transcrita, “in verbis”.

“Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.

Relativamente à revogação do sobreditivo artigo do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei 13.199, de 28/11/2014, cabe esclarecer que decadência é instituto de direito material, porquanto extingue o direito em si. Assim, não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS ocorridos antes da vigência da Lei 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências, encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014).

“XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Por exemplo, em matéria previdenciária, a Lei Federal nº 9.728/1997 instituiu prazo decadencial em desfavor dos requerentes de revisão de renda mensal de benefício. Veja-se o que têm decidido os tribunais pátrios acerca do assunto.

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 E ALTERADO PELA LEI 9.711/98. I - Desmerece conhecimento o recurso especial, quanto à alínea “c” do permissivo constitucional, visto que os acórdãos paradigmáticos se referem aos efeitos de lei processual, enquanto o instituto da decadência se insere no campo do direito material. II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97. III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 254.186/PR, 5ª Turma, Relator o Ministro GILSON DIPP, publicado no DJU de 27/8/2001).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI N°. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP N° 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI N°. 9.728/97. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI. 1. O prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, estabelecido pela Medida Provisória n°. 1.523/97, convertida na Lei n°. 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei n°. 8.213/91, somente pode atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. 2. Precedentes. 3. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 479964/RN; 6ª Turma, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI , publicado no DJU de 10/11/2003).

A PGE/PROFIS, nos autos do processo 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento equivalente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei n° 13.199/2014 conter norma jurídica não procedural, os seus efeitos não podem retroagir.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

Diante do exposto, o Auto de Infração açambarca fatos geradores do período de 31/01/2010 a 31/12/2010. Neste caso a contagem do prazo decadencial teve início em 01/01/2011, com término em 31/12/2015, conforme entendimento deste Colegiado acima exposto. O Auto de Infração foi lavrado em 21/12/2015

Rejeito a preliminar prejudicial de mérito a respeito dos prazos decadências levantados pelo impugnante.

Passo ao mérito da autuação para decidir a lide.

O presente Auto de Infração é constituido de cinco infrações. A empresa embora requera a sua total improcedência, centra-se, unicamente, a respeito do seu entendimento sobre a não incidência do imposto nas operações de transferências de mercadorias, matéria que ele próprio acusa como “principalmente” da infração 03.

Para não haver dúvidas, já que o impugnante foi bastante genérico na sua impugnação quando apontou as infrações do presente lançamento fiscal, descrevo, a seguir, as infrações 01, 02, 04 e 05.

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, em operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem em desacordo com o previsto no Convênio ICMS nº 100/97 (redução irregular da base de cálculo do imposto).

Infração 02 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto.

Infração 04 – Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente às saídas de uréia e granulados, no Estado, para estabelecimento industrial não pertencente à cadeia produtiva de fertilizantes, e saídas para outras unidades da Federação, sob CFOP 6116 - Venda de produção do estabelecimento originada de entrega futura.

Infração 05 – Deixou de proceder ao recolhimento de ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido (sucessivas saídas de sucata), para contribuinte não habilitado pela Secretaria da Fazenda ao referido benefício.

Como visto estas quatro infrações não se referem à matéria abordada na defesa do contribuinte. Em assim sendo, não havendo lide estabelecida sobre as mesmas as mantenho em sua totalidade.

Passo a única infração contestada.

A infração 03 trata de saídas de produtos (Enxofre e Micronutrientes) em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção (levantamentos fls. 23/24).

Toda a sustentação do defendente, em síntese, é que em uma transferência de mercadorias não existe mercancia, portanto inexiste fato gerador do imposto.

Ressalto, a respeito do argumento do impugnante de que no caso presente deva ser aplicada as determinações da Súmula 166 do STJ e toda a jurisprudência apresentada, que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, portanto integra o Poder Executivo Estadual. Compete a ele, no âmbito administrativo, “ *julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, obedecendo aos princípios do contraditório, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito*”.

Conforme competência administrativa, a norma regulamentadora do processo administrativo fiscal expressamente retira da competência desse Colegiado abordar questões de constitucionalidade da legislação tributária vigente. Tal previsão encontra-se expressa no art. 167, I, do RPAF/BA. E neste mesmo artigo ainda veda, inclusive, que seja negada a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior (inciso III).

Afora tais considerações, observo de que a Súmula 166, do STJ não é vinculante, além de ser anterior à Lei Complementar nº 87/1996, a chamada Lei Kandir.

Quanto às menções de decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Tribunal de Justiça deste Estado, é sabido de que tais decisões não vinculam, obrigatoriamente, nem o legislador e sequer o julgador. Além do mais, as próprias decisões da Corte Superior não são definitivas, a se observar no julgamento do Recurso Especial 1109298/RS, tendo como Relator o Ministro CASTRO MEIRA, da SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011, no qual este adentra no exame de mérito da base de cálculo estabelecida na Lei Complementar nº 87/96, art. 13, em operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Passo a análise da infração.

O fato gerador do ICMS, entre outros, tem por definição não somente a circulação de mercadoria, mas sim as **operações relativas** à circulação de mercadorias, não se confundindo com transporte de mercadorias, nem com seu mero deslocamento físico.

A Constituição Federal reservou à legislação infraconstitucional as regras para a cobrança do ICMS (art. 155, § 2º, XII).

Isto posto, a Lei Complementar nº 87/96, pelo permissivo constitucional, deu a competência, no seu art. 1º, aos estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS nos seus respectivos territórios. Também deu o norte sobre a incidência do imposto (art. 2º), ressaltando de que “*a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua*” (§ 2º do art. 2º) e, quando aborda o local da operação ou prestação, para os efeitos da cobrança do imposto, e definição do estabelecimento responsável (art. 11) no seu § 3º, II considera “*autônomo cada estabelecimento do mesmo titular*”. Indo adiante, o seu art. 12, I determina que a ocorrência do fato gerador do imposto se dá no momento da saída de mercadoria dO estabelecimento de contribuinte, *ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*, sendo que a base de cálculo do imposto é o “*valor da operação*” (art. 13, I). E ainda dispõe em seu art. 13, § 4º sobre critérios de determinação da base para o cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que não se pode concluir que tais operações estejam fora do campo de incidência do ICMS.

Em assim sendo, nas operações de transferência de mercadoria, apesar de não existir a transmissão de titularidade, tais transferências são consideradas fatos geradores de ICMS, tendo em vista a opção exercida pelo legislador, quando da edição da Lei Complementar nº 87/96, já que estas transferências interestaduais, e em função da regra matriz do ICMS, trazem reflexos tributários aos estados envolvidos no processo de transferência, pois o ciclo econômico se desenrola parte em um Estado, parte em outro. E, caminhando no sentido de equilibrar as receitas estaduais dos entes federativos (§ 3º, II do art. 11) determina a autonomia de cada estabelecimento do mesmo titular.

Todo este caminho percorrido pela Lei Complementar visa não somente equilibrar a equação do princípio da não-cumulatividade do imposto (débito X crédito), bem como, o pacto federativo.

A Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia seguindo o que dispõe o art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, determina no seu art. 2º, § 1º, I: *São irrelevantes para caracterização do fato gerador: a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo.* E no seu § 2º: *Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes, energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento.*

E obedecendo a Lei Complementar nº 87/96 repete todas as suas determinações quanto a ocorrência do fato gerador do imposto e da sua base de cálculo, assim expressa:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade, previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 4º, o valor da operação;

[...]

§ 8º Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Por fim, ressalta-se, o próprio impugnante quando da realização das operações obedeceu, em parte, à norma de regência, apenas calculou o imposto em desconformidade com a legislação posta. A acusação diz respeito à exigência do ICMS em relação a esta diferença.

Com base nas determinações expressas na norma estadual deste Estado a autuação foi corretamente realizada. A empresa não contestou os cálculos efetuados pelo autuante.

Voto pela PROCEDÊNCIA da autuação no valor de R\$532.725,01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0090/15-4**, lavrado contra **GALVANI INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$532.725,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea "a" e "f" e VII, "a" e "b" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – JULGADORA