

PROCESSO - A. I. N° 206955.0006/10-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FERROLENE S/A. – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS.
RECORRIDOS - FERROLENE S/A. – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF n° 0213-01/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/04/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0093-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** TRANSFERÊNCIAS. A transferência de mercadorias ou bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica se encontra no campo de incidência do ICMS. O art. 12, I, da LC 87/96, prevê que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, mesmo para outro estabelecimento do mesmo titular, cuja disposição foi acolhida no art. 4º, I, da Lei n° 7.014/96. Mantida a Decisão; **b)** REMESSAS INTERESTADUAIS DE DEPÓSITO. Não restou comprovada a alegação recursal de que as mercadorias foram destinadas ao estabelecimento na Bahia. A Carta de Correção não se presta para mudança do estabelecimento destinatário; **c)** INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. RETORNO COMO REMESSA PARA DEPÓSITO FECHADO. Nas Cartas de Correção, referentes às citadas notas fiscais, constam as alterações das mudanças do código fiscal de operações de “Remessa para Depósito Fechado” para “RETORNO SEM INDUSTRIALIZAÇÃO (CFOP 5903)”. Item insubsistente. Mantida a Decisão. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE CONSUMO. **a)** TRANSFERÊNCIAS. Constatada a existência de valores lançados em duplicidade, bem como objeto de denúncia espontânea. Redução do valor exigido; **b)** COMPRAS. Item insubsistente. Valores objeto de denúncia espontânea anterior à ação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão n° 0213-01/15, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$305.539,25, em razão da constatação de cinco irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 3, 4 e 5, e do Recurso Voluntário as infrações 1, 2 e 3, a seguir descritas:

Infração 1. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$39.081,46, em razão da prática de operações tributáveis

como não tributáveis, regularmente escrituradas, ao realizar transferências interestaduais sem destaque do imposto nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2005;

Infração 2. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$34.058,96, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ao realizar remessas interestaduais sem tributação e sem comprovação de retorno, nos meses de abril a junho e agosto de 2005;

Infração 3. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$20.297,73, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas transferências recebidas de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a abril, agosto, novembro e dezembro de 2005;

Infração 4. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$1.392,10, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março, novembro e dezembro de 2005;

Infração 5. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$210.709,00, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ao realizar saídas de mercadorias, utilizando o CFOP 5905, 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 da Vega do Sul, tendo sido remetidos sem destaque de ICMS para depósito fechado.

A Decisão, não unânime, proferida através do Acórdão nº 0213-01/15, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$91.138,09, após esclarecer que o lançamento de ofício já havia sido objeto de decisão anterior, através do Acórdão JJF 0317-01/13 (fls. 645/659), o qual foi anulado pelo Acórdão CJF 0215-12/14 (fls. 690/699), por não ser observada a reabertura do prazo de defesa de trinta dias, determinado pelo órgão julgador.

No mérito, em relação à infração 1, a JJF após algumas considerações, concluiu que:

[...]

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.

Já a infração 2, o voto vencedor julgou procedente, diante das seguintes razões:

[...]

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 1^{as} 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 1^{as} 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.

Quanto às infrações 3 e 4:

[...]

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.

Por fim, inerente à infração 5:

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 1ªs. 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 1as. 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 [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 1as. 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.

Assim, a JJF concluiu pela procedência dos itens 1 e 2; pela procedência parcial da exação 3 e pela improcedência das infrações 4 e 5, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 912 a 914 dos autos, o recorrente, inicialmente, diz reiterar todos os termos de sua defesa e pede que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas aos seus advogados.

Em seguida, manifesta seu pedido de nulidade de todo o PAF, visto que o Acórdão CJF nº 0215-12/14 (que “de ofício” determinou a nulidade da primeira decisão da JJF) prejudicou o sujeito passivo, uma vez que, conforme consta do mencionado acórdão, no Recurso Voluntário anterior, o recorrente não alegou a matéria relativa à concessão de prazo (10 ou 30 dias), para se manifestar sobre o Parecer 59/2012, da ASTEC. Assim, o recorrente entende que se encontrava, portanto, precluso o direito a esse reclame.

Logo, ao determinar a nulidade da decisão, “de ofício”, pela mesma motivação, a CJF impôs grave prejuízo ao autuado, posto que a nova decisão, ora combatida, ampliou a condenação, em R\$34.058,96 (item 2), ainda que de forma “não unânime”.

Diz que a matéria relativa ao item 2, que inicialmente havia sido julgado “improcedente”, diante da inércia do autuado sobre a questão do prazo (e não havia motivação para arguição), haveria que ser apreciada em sede de “Recurso de Ofício”. Aduz *“Flagrante o prejuízo à defesa e o vício processual, devendo ser decretada a nulidade de todo o PAF”*.

No mérito, no que tange ao item 1, reitera sua alegação da não ocorrência do fato gerador do ICMS, aduzindo acórdão da Segunda Câmara Cível, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, anexa, que decidiu matéria semelhante, em benefício do recorrente, lastreada na Súmula 166 do STJ, sob pena, inclusive, de futuro prejuízo ao Erário, decorrente de igual sucumbência judicial. Assim, pela improcedência do item 1.

Com relação ao item 3, que diz ser correlato ao item 1, o recorrente diz que servem os mesmos argumentos da defesa, que ficam ratificados, bem como a própria decisão acima indicada. Assim, requer o reexame de toda a matéria e a improcedência deste item.

Quanto ao item 2, cuja decisão, agora, foi contrária aos interesses do recorrente, vencido o relator, a JJF se apegou na suposta “ausência de provas”. Contudo, reiterando todos os termos da defesa, basta a transcrição de parte do “voto vencido”, para se ter convicção de que deve a “nova decisão” ser reformada, cujo texto transcreve, conforme a seguir:

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 1as. 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.

Assim, o recorrente aduz que “Como visto, o voto do Relator, que havia inclusive sido VENCEDOR na decisão irregularmente anulada, teve como base o Parecer da ASTEC, cujas motivações são suficientes para determinar a total improcedência da exigência fiscal”.

Diante de tais considerações, protesta pelo provimento do presente recurso e, por via conexa, pela NULIDADE de todo o PAF, ou pela IMPROCEDÊNCIA dos itens 1, 2 e 3.

As fls. 926 a 929 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, pois, em relação à primeira infração, encontra sua base legal na Lei nº 7.014/96 e no art. 27 do RICMS, cujas 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, I, do RICMS/BA, que trata apenas do benefício de isenção do ICMS para operações dentro do Estado da Bahia.

Quanto à infração 2, o opinativo da PGE/PROFIS é de que não procede os argumentos recursais de que o relator do voto vencido se apegou a “ausência de provas”, do que salienta que o referido lançamento tem por finalidade “recuperar” o ICMS não recolhido pela falta de retorno de

produtos enviados para a matriz, localizada no Estado de São Paulo, por estes não terem retornados e não terem sido escriturados no Registro de Inventário como materiais em poder de terceiros e que esta infração é procedente.

Por fim, inerente à infração 3, o Parecer é de que a isenção do ICMS sobre operações de saídas de materiais de uso e consumo é restrita ao Estado de São Paulo e na Bahia as operações são tributadas normalmente. Ressalta que não se trata de desoneração concedida por convênio que abranja os Estados conveniados. Em consequência, não há como se acolher a tese recursal referente à infração, por falta de lastro probatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido na infração 3, assim como dos débitos integrais exigidos nas infrações 4 e 5 do lançamento de ofício, cujo montante do débito exonerado foi superior a R\$100.000,00, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de piso, em relação às exações 1 a 3 do Auto de Infração.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, verifica-se que, em relação à terceira infração, os valores parciais excluídos decorreram da exigência em duplicidade do mesmo documento fiscal contido, simultaneamente, nas infrações 3 e 4, a exemplo das Notas Fiscais de nºs: 126921, 161834, 11684 e 11685, como também decorre do valor exigido já ter sido objeto de denúncia espontânea, a exemplo da nota fiscal nº 159821, reduzindo o valor da infração 3 de R\$20.297,73 para R\$17.997,67.

Já a quarta infração a exoneração integral do débito decorreu em razão de todas as notas fiscais do demonstrativo, à fl. 26 dos autos, fazerem parte da Denúncia Espontânea nº 600000.1798/10-6, como se pode constatar do cotejo do levantamento fiscal com os dados da denúncia espontânea, às fls. 95 e 644 dos autos, através da qual, em 28/05/10, o contribuinte pagou o valor de R\$12.988,61, valendo-se da anistia concedida pela Lei nº 11.908/10.

Por fim, a exoneração integral da quinta exação decorreu da comprovação pela diligente, conforme Parecer ASTEC nº 48/2013, às fls. 542 a 545 dos autos, de que não há diferença a recolher no caso de se considerar as cartas de correção apresentadas pelo contribuinte com alterações de mudança dos códigos de 5905 para 5903, ou seja, “Remessa para Depósito Fechado” para “Retorno de mercadoria recebida para industrialização e não aplicada no referido processo”.

Trata-se de operações no exercício de 2005 e, à época, a redação vigente do art. 201, §6º, do RICMS/97 previa que as “cartas de correção” apenas seriam admitidas quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto ou quando não implicarem mudança completa do nome do remetente ou do estabelecimento destinatário. Logo, apropriada ao caso concreto, por modificar apenas a natureza da operação.

Por outro lado, na própria acusação fiscal consta que “*A VEGA DO SUL faz remessa de produtos para a FERROLENE com o objetivo de industrialização por encomenda. Os produtos objeto desta infração não retornaram da VEGA SUL, e foram remetidos sem destaque de ICMS, pois foram remetidos para depósito fechado*”.

E, para fundamentar a exigência do imposto, apresenta demonstrativo, à fl. 28 dos autos, no qual faz o cotejo entre as remessas e retornos para, afinal, apurar remessas sem retorno de bobinas, cuja quantidade aplica o preço médio unitário das remessas para depósito fechado, determinando a base de cálculo do imposto.

Por sua vez, a “VEGA DO SUL”, cuja razão social à época era ARCELOMITAL TUBARAO COMERCIAL S.A., localizava-se no Polo Petroquímico de Camaçari, tinha como atividade econômica principal a produção de laminados planos de aço ao carbono e como atividade

secundária a de operador portuário, as quais não são condizentes com as remessas para depósito fechado, como consignado nos documentos fiscais, objeto desta infração.

Diante de tais constatações é crível e admissível o equívoco da natureza da operação de “Remessa para depósito fechado”, consignado nos documentos fiscais, objeto desta exação, sendo apropriada a ferramenta da “Carta de Correções” para alterá-la para “Retorno de mercadoria recebida para industrialização e não aplicada no referido processo”, conforme foi apurado através da diligência da ASTEC, principalmente, em razão da assertiva na acusação fiscal de que “A VEGA DO SUL faz remessa de produtos para a FERROLENE com o objetivo de industrialização por encomenda”.

Ressalte-se que na hipótese de exigir o ICMS sobre valores agregados no processo de industrialização, além de não restar explícito na acusação fiscal, tendo em vista se fundamentar no demonstrativo cotejando remessa e retorno de bobinas para depósito, peca também na apuração da base de cálculo do suposto ilícito fiscal, pois, no caso da acusação fiscal ser sobre o retorno de produto enviado para industrialização, a base imponível para tributação seria o valor agregado relativo ao beneficiamento resultante do processo de industrialização, o que não ocorreu, isso se comprovado o efetivo processo de industrialização, haja vista a alegação recursal de “RETORNO SEM INDUSTRIALIZAÇÃO (CFOP 5903)”, à fl. 92 dos autos, fato este, facilmente comprovado em razão do valor agregado, ou não, à operação de retorno, o que também não ocorreu.

Assim, entendo correta a Decisão e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo recorrente, visto que compete à Câmara de Julgamento Fiscal, mesmo de “ofício”, declarar a nulidade da decisão exarada pela JJF, conforme ocorreu através do Acórdão CJF nº 0215-12/14, por detectar incidente processual de não se cumprir a determinação expressa dos membros da JJF de reabrir o prazo de defesa de 30 dias, após a realização da diligência, de forma a restabelecer o direito de defesa do contribuinte, em cumprimento ao devido processo legal e ao controle da legalidade exercido por aquele Colegiado.

No mérito, quanto à infração 1, a alegação da não ocorrência do fato gerador do ICMS, citando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em benefício do recorrente, lastreado na Súmula 166 do STJ, há de salientar que as citadas decisões não vinculam os atos administrativos deste Estado, bem como não afasta a aplicabilidade da legislação tributária pertinente, a qual o órgão julgador administrativo está vinculado, prevista no art. 12, I, da LC 87/96 que considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, cuja disposição foi recepcionada no art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, a transferência de mercadorias ou bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica se encontra no campo de incidência do ICMS.

Inerente à infração 2, ao contrário do que ocorreu com a infração 5, as “cartas de correção” não se prestam para mudança do estabelecimento destinatário, conforme previa, à época, o art. 201, §6º, do RICMS/97.

Logo, no caso concreto, não servem para modificar as operações de remessa para depósito fechado (CFOP 6905), destinadas ao estabelecimento matriz do recorrente, localizado no Estado de São Paulo, consoante foi consignado nas Notas Fiscais nºs: 169, 473, 800 e 1729, cujas provas documentais, produzidas pelo próprio contribuinte, são suficientes para fundamentar a acusação fiscal de “operações tributáveis como não tributáveis”, pois, por se tratar de uma operação interestadual, a remessa para depósito é tributada.

Assim, não restou comprovada a alegação recursal de que as mercadorias foram destinadas ao estabelecimento de Simões Filho, cujos ônus é de quem alega, a exemplo de lançamento no Registro de Entradas do estabelecimento destinatário e escrituração no Registro de Inventário do

estabelecimento remetente de materiais em poder de terceiros, especificando o estabelecimento depositário, de modo a destituir as provas documentais existentes.

Por fim, no tocante à infração 3, as razões recursais apenas se limitam a fazer uma conexão com a infração 1, ou seja, o recorrente alega que nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa não incidem ICMS e a DIFAL, do que cita a Súmula 166 do STJ.

Entretanto, o ICMS incide sobre a entrada de mercadorias em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria for destinada a uso, consumo ou ativo permanente, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º, c/c o art. 12, I, da LC nº 87/96 e art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, cuja legislação, conforme já dito, o órgão julgador administrativo está vinculado, sendo irrelevante para caracterização do fato gerador, o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular e a natureza jurídica da operação.

Assim, entendo correta a Decisão e não dou provimento ao Recurso Voluntário.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$91.138,09, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS