

PROCESSO - A. I. N° 297248.0020/15-4
RECORRENTE - BAKER HUGHES DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0101-04/16
ORIGEM - INFAC CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0096-11/17

EMENTA: ICMS. 1. SAÍDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a irregularidade do procedimento adotado pelo sujeito passivo, no que se refere às operações de saídas em relação às notas fiscais autuadas. Argumentos de defesa não foram carreados de provas necessárias à desconstituição do imposto exigido. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Após a impugnação apresentada pelo autuado, houve a desistência desta impugnação a respeito do mérito das infrações 2 e 3. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Não acatada a tese da inexistência de fato gerador da obrigação tributária nas transferências. Os estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular são juridicamente autônomos. Nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do imposto. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96 e reforçada pelo art. 12, I, ao estabelecer que o fato gerador do ICMS se considera ocorrido no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. As decisões dos tribunais superiores, como a doutrina, constituem balizamentos respeitáveis, porém não são vinculantes. Este órgão decide com base no direito posto. A legislação prevê a obrigação de ser feito o pagamento da diferença de alíquotas do imposto por ocasião da entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. Os cálculos não foram impugnados. Mantido o lançamento. Rejeitada a prejudicial de mérito a respeito dos prazos decadenciais. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/06/2015 para exigir ICMS no valor

histórico de R\$804.075,98, acrescido de multa, em decorrência do cometimento de 4 infrações, a seguir transcritas:

Infração 01 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte fez remessas de mercadorias a título de consignação sem, no entanto, destacar o ICMS correspondente na Nota Fiscal eletrônica - NF-e, contrariando as determinações do RICMS/97, art. 409-A, § 4º, II. Mês de fevereiro de 2011. Valor: R\$145.861,84 e multa de 60%.

Infração 02 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Período: março, julho, outubro e dezembro de 2010 e janeiro de 2011. Valor: R\$31.488,35 e multa de 100%.

Infração 03 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Período: março, maio, julho, agosto, setembro e dezembro de 2010 e janeiro e fevereiro de 2011. Valor: R\$293.027,00 e multa de 60%.

Infração 04 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Período: julho, agosto, outubro e novembro de 2010 e janeiro a março, maio, julho a setembro e novembro a dezembro de 2013. Valor: R\$333.698,79 e multa de 60%.

Após a apresentação da Defesa administrativa (fls. 448 a 468), que invocou a decadência de parte da autuação e a improcedência do Auto de Infração, bem como da correspondente Informação Fiscal (fl. 596 a 601) que rechaçou todos os argumentos defensivos.

Seguidamente, em petição de fls. 556/567, a empresa informa que desiste parcialmente de sua defesa, informando o pagamento de algumas ocorrências das infrações 2 e 3, consoante o benefício da Lei nº 13.449/15 (CONCILIA BAHIA).

Concluída a instrução, os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que dirimiu a lide nos seguintes termos:

VOTO

O impugnante trouxe preliminar prejudicial ao mérito das infrações 02 e 03 quanto aos seguintes fatos geradores: 24/03/2010 (infração 02) e 28/02/2010, 31/03/2010 e 31/05/2010 (infração 03), por entender que, diante das disposições do § 4º, do art. 150, do CTN todos eles foram fulminados pela decadência, já que tomou ciência da autuação em 06/07/2015.

A respeito de prazos decadências, 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 N° 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 transcrito, “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 sobredito 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 acordos 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 Nº. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI Nº. 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 nº. 1.523/97, convertida na Lei nº. 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei nº. 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 nº 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 açaibarca fatos geradores do período de 28/02/2010 a 31/05/2010. 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 27/06/2015.

Assim, adotando o entendimento externado por este CONSEF a respeito da matéria ora em questão e expresso no julgado acima transrito, rejeito a preliminar prejudicial de mérito a respeito dos prazos decadências levantada pelo impugnante.

A infração 02 diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A Infração 03 imputa ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Apesar de, inicialmente, contestar integralmente ambas as infrações acima nominadas, posteriormente, a empresa desiste, em parte, desta impugnação, conforme expressa através de sua manifestação às fls. 617/619 dos autos, onde informa o pagamento, com o benefício da Lei nº 13.449/15 (CONCILIA BAHIA) no dia 17/12/2015, conforme a seguir indicado.

INFRAÇÃO 02 - fatos geradores de 01, 12 e 13/2010, 04 e 10/10/2010, 07/12/2010, 03 e 25/01/2011.

INFRAÇÃO 03 - fatos geradores de 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/12/2010, 31/01/2011 e 31/12/2011.

Mantém sua defesa em relação à infração 02 dos fatos geradores ocorridos em 24/03/2010 e em relação à infração 03, daqueles ocorridos em 28/02/2010, 31/03/2010 e 31/05/2010, não pelas razões de mérito que expõe, mas sim, por entender que o imposto sobre eles já se encontravam decaídos.

Diante da decisão ora prolatada a respeito dos prazos decadências, não posso alinhar-me com o entendimento externado pelo impugnante.

Em razão do exposto, as infrações 02 e 03 são mantidas em sua totalidade.

Passo à decisão das infrações contestadas em sua totalidade.

A Infração 01 do presente processo diz respeito a falta de recolhimento do ICMS em razão da empresa ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte fez remessas de mercadorias a título de consignação sem, no entanto, destacar o ICMS correspondente nas Notas Fiscais Eletrônicas - NF-e de nº 1127 e 1129.

A empresa diz não ser devedora do imposto ora exigido, pois as operações realizadas através das nominadas notas fiscais não se referiram às remessas em consignação industrial, mas sim às operações de remessas de bens do seu ativo fixo, havendo erro no preenchimento dos documentos fiscais que, equivocadamente, indicaram o CFOP 5.917 - Remessa de Mercadorias em Consignação Mercantil ou Industrial.

Apresenta dois contratos firmados com a Petrobrás S/A para embasar sua argumentação: o de nº 110.2.127.01-5 (fls. 502/531) e aquele de nº 2700.0038652.07.2 (fls. 533/555).

O autuante discorda. Diz que a escrituração da empresa demonstra a realização de operações de naturezas diversas, tais como: vendas, vendas em consignação, locação de máquinas e equipamentos e remessas destes materiais para prestação de serviços na Petrobrás, principalmente: montagem, instalação e manutenção de bombas de profundidade, com fornecimentos de tubos, motores e outras peças.

Que quando da fiscalização intimou (Intimações de fls. 421/423) a empresa à apresentar recibos, duplicatas ou extratos bancários referentes a pagamentos relativos às locações de equipamentos. Que, de igual forma, fossem apresentados:

1. Contratos de prestação de serviços, fornecimento de bens, equipamentos, máquinas, mercadorias e outros materiais que por acaso tiver firmado com a Petrobrás e a Petroreconcavo.
2. Contratos de comodato, locação e arrendamento mercantil ou industrial de bens, equipamentos, máquinas e outros materiais que por acaso tiver firmado com a Petrobrás e a Petroreconcavo.

Esta solicitação não foi atendida. Além do mais, não existe prova do retorno das mercadorias à empresa autuada.

Analizando as intimações feitas pelo fiscal autuante (fl. 421), denota-se que ele não solicitou recibos, duplicatas ou extratos bancários referentes a pagamentos relativos às locações de equipamentos, mas sim uma “Discriminação do Saldo da conta Fornecedores”. No entanto tal situação não interfere na decisão a ser tomada, como a seguir se expõe.

Os contratos, de fato, foram solicitados (fl. 423).

Ao analisar as NF-e autuadas e com CFOP de nº 5.917 (fls. 344/353 e 499/500) foram remetidas à Petrobrás S/A os seguintes equipamentos: motor de indução trifásico 300CV, bancada de horizontal e bomba centrífuga submersível multi.

Registro, ainda, que conforme o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (fl. 470), a empresa tem como atividade principal “apoio à extração de petróleo e gás natural”. Porém, possui diversas outras atividades secundárias, dentre elas, atua no ramo de comércio atacadista de produtos químicos e petroquímicos, de máquinas e equipamentos para uso industrial, partes e peças; instalação de máquinas e equipamentos industriais e de outros equipamentos não especificados; manutenção e reparação de máquinas e equipamentos para a prospecção e extração de petróleo; fabricação de máquinas e equipamento para a prospecção de petróleo, peças e acessórios; atividades técnicas de engenharia e arquitetura.

Em assim sendo, desenvolve atividade mista, alcançadas quer somente pelo ISSQN e/ou pelo ICMS, ou quando determinado em lei, pelos dois impostos concomitantemente.

Analizando os livros fiscais trazidos aos autos pelo autuante, a empresa pratica operações comerciais de naturezas diversas e que, da análise feita pelo fiscal autuante, são a exemplo: vendas, vendas em consignação, locação de máquinas e equipamentos, remessas destes materiais para prestação de serviços na Petrobrás, principalmente: montagem, instalação e manutenção de bombas de profundidade, com fornecimentos de tubos, motores e outras peças.

Quando de sua defesa, a empresa apresenta cópia de dois contratos, acima nominados, visando descharacterizar a autuação. São eles:

Contrato nº 110.2.127.01-5 (fls. 502/531), de 2001, porém com vários aditivos ao longo do tempo do contrato (reajuste de preço e diminuição do número de equipamentos).

O objetivo deste contrato é a execução (pelo contratado, ora autuado) dos serviços de bombeamento de poços de petróleo, do interior dos poços até o ponto de coleta e armazenamento, nos campos do Ativo de Produção Sul (fl. 502), assumindo ele, todas as atividades inerentes ao mesmo, inclusive com pessoal qualificado para execução do serviço. Ou seja, a participação da Petrobrás S/A se resume a fiscalizar, medir e pagar os valores estipulados.

Em assim sendo, e acolhendo o entendimento externado pelo impugnante, o serviço prestado (perfuração - bombeamento de poços de petróleo) está sujeita ao ISSQN, conforme previsto no item 7.21 da lista de serviço da Lei Complementar 116/2003 (Pesquisa, perfuração, cimentação, mergulho, perfilagem, concretação, testemunhagem, pescaria, estimulação e outros serviços relacionados com a exploração e exploração de petróleo, gás natural e de outros recursos minerais) e não ao item 14, Subitens 14.01, 14.04 e 14.06, como entende o autuante, pois este item 14 da Lei Complementar 116/2003 refere-se a “Serviços relativos a bens de terceiros”, o que não é o objeto do contrato firmado.

Neste caso, determina a Lei nº 7.014/96 (as mesmas disposições contidas no art. 3º, V, da Lei Complementar nº 87/96):

Art. 3º O imposto não incide sobre:

XIV - saídas ou fornecimentos decorrentes de operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída ou do fornecimento, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses de incidência do ICMS previstas em lei complementar;

Contrato nº 2700.0038652.07.2, sem data e com Aditivo em 2012, (fls. 533/555), cujo objetivo é a locação do conjunto de moto-bombas de injeção de água de poços, com todas as especificações nele previstas. E, por tal contrato, o autuado encontra-se obrigado a “entregar à PETROBRÁS os bens cedidos em estado de uso a que se destinam, e a mantê-los neste estado pelo tempo do contrato.” (fl. 533).

Neste caso e ao contrário do primeiro, os documentos fiscais devem ser emitidos à Petrobrás S/A já que, embora ela (Petrobrás S/A) não possua a propriedade dos equipamentos, tem a sua posse, pois firmou contrato de locação, com uso e gozo do bem, mediante contraprestação pecuniária.

E aqui, não se há mais em falar de prestação de serviços acima discutida, mas sim, e apenas, em contrato de locação dos equipamentos que serão utilizados pela locatária na forma necessária para consecução do objetivo que teve para tal locação, sendo isenta do imposto tal operação, mesmo que, vez por outra e por força do contrato firmado, deva se ajustar o equipamento locado ou mesmo substituí-lo, conforme art. 6º, XIV, do RICMS/97.

Art. 6º. O ICMS não incide nas seguintes situações:

XIV - saída ou fornecimento:

- a) de bem de uso em decorrência de contrato de comodato (emprestimo), locação ou arrendamento mercantil ("leasing"), bem como o respectivo retorno (art. 563);

E quanto ao CFOP, em ambos os casos, nas operações de saída internas o código é 5.554 - Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento e, no caso de saída interestadual, CFOP 6.554. Quando dos seus retornos, devem ser emitidas notas fiscais com CFOP 1.554 - Retorno de bem do ativo imobilizado remetido para uso fora do estabelecimento, ou CFOP 2.554, tratando-se de retorno interestadual.

Porém é necessária uma análise mais detalhada da situação, uma vez que:

1. Existe um impedimento legal a se aceitar o contrato nº 110.2.127.01-5 para desconstituir a infração. Embora para ambos os contratos os CFOPs sejam os mesmos, os equipamentos não poderiam ser sido enviados à Petrobrás S/A. Neste caso, deveriam ser eles enviados ao próprio autuado, executor dos serviços que os utilizará. A contratante dos serviços não tem neles participação direta. Neste caso, nas saídas dos equipamentos destinados à execução do serviço ora discutido e referente ao contrato apresentado, deverá ser emitida nota fiscal, constando no campo "DESTINATÁRIO", o nome, o endereço e os números de inscrição estadual e CNPJ do prestador do serviço, ou seja, do estabelecimento autuado. No campo "Informações Complementares", a indicação expressa do local onde será entregue os equipamentos (local da obra).

No caso presente, as notas fiscais nº 1127 e 1129 foram emitidas tendo como destinatário a Petrobrás S/A e ainda com CFOP 5.917 - Remessa de Mercadorias em Consignação Mercantil ou Industrial e sem qualquer informação adicional. Aqui o erro nos documentos fiscais, caso existissem, não foi, tão somente, na indicação do CFOP, como pretende o impugnante, mas, também do destinatário, além da falta de vinculação deles com o serviço prestado e os seus retornos (real ou mesmo simbólico).

2. Quanto ao contrato nº 2700.0038652.07.2, estaria correta a remessa dos equipamentos à Petrobrás S/A, porém com o CFOP 5.554. O CFOP utilizado foi, dito mais uma vez, o CFOP 5.917 - Remessa de Mercadorias em Consignação Mercantil ou Industrial. Neste caso se poderia aventar a possibilidade de ter havido erro na indicação do CFOP. Entretanto, nesta remessa de equipamentos do ativo imobilizado da empresa a serem utilizados por força do contrato firmado, deve constar, obrigatoriamente, para haver a não incidência do imposto, no campo de “Observações” ou “Dados Complementares” o motivo desta remessa, indicado, e mais uma vez obrigatoriamente, o nº do contrato de locação firmado. Sem tal dado, impossível fazer a vinculação entre tal remessa e o mesmo. Afora esta situação, também não houve a apresentação do retorno dos equipamentos (real ou simbolicamente) ao estabelecimento autuado.

Enfim, e por tudo ora exposto, não existe qualquer vínculo das notas fiscais nºs 1127 e 1129 com os contratos ora discutidos. E ainda ressalto, os documentos fiscais são datadas de fevereiro de 2011 e até os dias de hoje a empresa não cuidou de sanar qualquer erro dito cometido.

Não havendo prova que os referidos documentos fiscais acobertaram as operações apresentadas pelo impugnante, mantenho em sua totalidade o valor do ICMS exigido na infração 01.

A infração 04 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Toda a argumentação da defesa prende-se ao fato de que as operações foram de transferências interestaduais

do ativo imobilizado da empresa e não de aquisições de mercadorias. Foram remessas da sua filial localizada no Município de Macaé, no Estado do Rio de Janeiro para o estabelecimento situado em São Sebastião do Passé, no Estado da Bahia.

Em assim sendo, tratando-se de transferências de ativo imobilizado, onde não existe intuito de mercancia, não há que se falar em incidência 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 todos os julgados por ele trazido do STJ e TJBA, , que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, portanto integra o Poder Executivo Estadual. Diante desta competência administrativa, a norma regulamentadora do processo administrativo fiscal expressamente retira 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 nem, sequer, o julgador.

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 do 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.

Nas operações de transferência de mercadoria não existe a transmissão de titularidade. No entanto são elas consideradas fatos geradores de ICMS, tendo em vista a opção exercida pelo legislador, quando da edição da Lei Complementar nº 87/96 (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), já que as 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, por fim, a LC nº 87/96 caminhando no sentido de equilibrar as receitas estaduais dos entes federativos, no seu § 3º, II do art. 11 determina, por uma ficção legal, a autonomia de cada estabelecimento do mesmo titular, sendo tais determinações absorvidas pela Lei nº 7.014/96 no seu art. 14, § 2º. Assim, quando o estabelecimento situado em outro Estado ao transferir mercadorias à empresa autuada para uso e consumo do estabelecimento ou ao seu ativo imobilizado houve transferência de titularidade das mesmas de um para outro estabelecimento comercial, sendo devida a diferença de alíquota.

E, ressalto, 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 respeito da afirmativa do defendente de que no próprio corpo das notas fiscais consta a indicação do art. 40, XXV, da Lei do ICMS do Rio de Janeiro, nº 2.657/96, que dispõe sobre a não incidência do imposto na operação ora analisada, ressalto de que, se o Estado do Rio de Janeiro dispõe, em sua legislação tributária, a isenção do imposto sobre tal operação, significa dizer que ele estar a legislar sobre o imposto de sua competência e não sobre o do Estado da Bahia. Portanto, sem efeito legal para a matéria ora posta em discussão.

Dianete de tudo ora exposto, mantenho em sua totalidade a infração 04.

Voto pela PROCEDÊNCIA da autuação solicitando ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 134 a 160), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Após apontar a tempestividade do seu apelo, fazer uma breve narrativa dos fatos vividos, das infrações lançadas e de suas argumentações defensivas, passa a discorrer sobre as razões de alteração do julgamento *a quo*.

Preliminarmente, aponta a ocorrência da decadência nas parcelas de fevereiro a maio de 2010, objeto das infrações 2 e 3 do Auto de Infração. Neste ponto, assevera que a fundamentação trilhada pela 4ª JJJ é equivocada, por se basear no art. 107-A do COTEB e 173, I do CTN.

Sustenta que o artigo 107-A não pode ser aplicado, pois, foi revogado, tendo direito o contribuinte de se beneficiar da nova redação do dispositivo legal mais benéfico. Ademais, ressalva que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação e, portanto, deve ser regido pelo artigo 150, §4º do CTN.

Com esse norte, e considerando que a empresa somente foi intimada da lavratura do Auto de Infração em 06/07/2015, afiança ser necessária a reforma do decisum, “*para reconhecer a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário de períodos anteriores a julho de 2010, devendo ser observada a norma contida no art. 150, § 4º, do CTN*”.

Em seguida, passa a atacar as questões de mérito das exações.

Quanto à infração 1, alega que não houve ocorrência das operações (Notas Fiscais nºs 1127 e 1129), pois não se tratavam de saídas em consignação para a Petrobrás, mas sim a locação de equipamentos. No entanto, diz que, por mero equívoco, houve o preenchimento das notas com o CFOP 5917.

Adiante, repele os argumentos que sustentam a Decisão recorrida, afiançando que a principal atividade a que se dedica é a prestação de serviços auxiliares à atividade de pesquisa e exploração de petróleo e gás natural, tais como perfuração e bombeamento de poços de petróleo. Diz que celebrou com a Petrobrás contratos para a prestação de serviços auxiliares à atividade de pesquisa e exploração de petróleo e gás natural, conforme se verifica, entre outros, do Contrato nº 110.2.127.01-5, anexado em sua defesa. Pontua que da análise do referido contrato, verifica-se que os serviços ali descritos se enquadram no item 7.21, da lista anexa à LC 116/03, os quais são tributados exclusivamente pelo ISS, nos termos do art. 3º, V, da Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96) que transcreve.

Assevera que para a regular consecução desses serviços, “*a Recorrente necessita remeter para o local das perfurações e bombeamento dos poços de petróleo diversos bens integrantes de seu ativo imobilizado (equipamentos), já que a sua execução demanda a utilização temporária de alguns equipamentos da própria Recorrente no local da prestação de serviços*”.

Em sendo necessários determinados equipamentos à execução dos serviços contratados, diz que é colocado à disposição do contratante “*a opção de se incluir no bojo do contrato de prestação de serviços a responsabilidade da Recorrente de se equipar, o que acabará por impactar no preço do serviço a ser prestado*” ou “*Há ainda a opção do contratante locar tais equipamentos, de modo que os custos envolvidos com tais bens sejam imputados à contratante / locatária*”. Dentro dessa última opção, diz que a posse das respectivas máquinas e equipamentos passa a ser, enquanto vigente o contrato de locação, da contratante / locatária.

Fala que no presente caso, foram celebrados com a Petrobrás contratos de locação de diversos equipamentos, dentre os quais aqueles relacionados nas Notas Fiscais nºs 1127 e 1129, como se verifica, entre outros, do Contrato de Locação nº 2700.0038652.07.2, também anexado à sua defesa pela Recorrente.

Frisa que o objeto dos referidos contratos “*é tão somente a locação de equipamentos de propriedade da Recorrente à Petrobrás, de modo a viabilizar a prestação dos serviços contratados através do contrato de prestação de serviços apartado*”, podendo os mesmos serem eventualmente utilizados em outros serviços, já que estavam em posse da Petrobrás.

Aduz que a remessa dos bens listados nas Notas Fiscais nºs 1127 e 1129 tem por destinatário a Petrobrás, em função do contrato de locação de tais bens. Logo, argumenta que “*sem razão também o v. acórdão ao sustentar que a Recorrente teria incorrido em erro no preenchimento das citadas notas, não só pelo apontamento equivocado do CFOP, mas também na anotação do destinatário, que seria a própria Recorrente, e não a Petrobrás*”.

Após admitir equívoco no preenchimento das notas, onde constou o CFOP 5917, entende que tal fato não pode desabonar a verdade, eis que “*as operações efetivamente realizadas não atraem a incidência do ICMS*”.

Alega, no entanto, que basta a “*simples análise da definição de consignação industrial constante do antigo RICMS-BA/97 (art. 409-A, § 1º), para a verificação de que essa não é a operação praticada entre a Recorrente e a Petrobrás, indicada como destinatária nas Notas Fiscais em comento*”.

Afiança que a remessa de tais bens, listados nas Notas Fiscais nºs 1127 e 1129, seja para remessa de bens do ativo fixo para utilização pela própria Recorrente, seja para contrato de locação, não pode configurar a ocorrência do fato gerador do ICMS, conforme preceitua a própria Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96).

Seguidamente a uma exposição ao quanto disposto no artigo 155, II da CF e a incidência do ICMS, lembra que o artigo 265, inciso XXIII do RICMS/BA-12, determina a isenção de bens integrados ao ativo permanente e que o antigo RICMS/BA-97, no seu artigo 6º, inciso XIV, previa a isenção para bens em locação.

Com essas premissas, relata que não há ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações envolvendo a simples remessa de bens do ativo da Recorrente para fins de locação/prestação de serviços.

No que tange às infrações 2 e 3, alega que não houve ocorrência de fato gerador.

Quanto à infração 2, após trazer a capitulação da infração, diz que a legislação estadual autorizou uma tributação com base em presunção, na medida em que, na ausência de escrituração das entradas de bens e mercadorias nos livros fiscais do contribuinte do ICMS, fica admitida a presunção de ocorrência do fato gerador do imposto.

Já a infração 3, historia que foram lançados valores de ICMS que teriam deixado de ser recolhidos, a despeito de terem sido, supostamente, escriturados em livros fiscais, violando o disposto no art. 124, I, do RICMS/97.

Fala que tais exigências fiscais não merecerem prosperar, pois são exações direcionadas a contribuintes do ICMS, o que não era o caso da Recorrente, à época dos fatos. Assim, coloca que “*jamais poderia a fiscalização baiana ter presumido a ocorrência de fatos geradores do ICMS, a partir da suposta ausência de escrituração das entradas de bens e mercadorias nos livros fiscais da empresa, já que a Recorrente não era, ao tempo das operações, considerada contribuinte do ICMS*”, uma vez que, durante anos possuía inscrição estadual na modalidade “especial”.

Lembra que o art. 4º, da Lei Complementar nº 87/96, determina expressamente que “*somente são contribuintes do ICMS aquelas pessoas físicas ou jurídicas que realizam operações de circulação de mercadorias, de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação*”.

Dessa forma, como não era contribuinte do ICMS à época das operações, é manifestamente contraditório o presente lançamento e alega que a própria redação dos art. 34 do RPAF c/c o art. 314 do RICMS/97 corrobora o entendimento da Recorrente, prevendo que as obrigações concernentes à escrituração de livros de entrada se restringem somente aos contribuintes do ICMS, o que, como demonstrado, não era o caso da Recorrente.

Em relação à infração 4, lembra da não incidência do ICMS na transferência de bens entre estabelecimentos da Recorrente, consoante os ditames da Súmula nº 166 do STJ. Entende que não houve circulação de mercadorias, mas somente a circulação física. Neste sentido, junta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o Recurso Especial nº 1125133/RJ, de

relatoria do Ministro Luiz Fux, representativo de controvérsia.

Colaciona, também, entendimento do próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia neste sentido, consoante o Acórdão da Apelação nº 032367-75.12012.8.05.0001, proferido pela Segunda Câmara, em 18/02/2014.

Coloca que não está a defender a aplicação de determinado posicionamento à mercê da discricionariedade da fiscalização, mas sim, em nome da segurança jurídica, pede a observação pela administração pública quanto aos julgados dos Tribunais Pátrios, mormente nos casos submetidos aos regimes de Recursos Repetitivos e Repercussão Geral.

Ao final de seu arrazoado, pede:

- a) Pela extinção dos créditos de ICMS do período de fevereiro a maio de 2010, no valor historio de R\$ 185.324,98 (Infrações 2 e 3), pela decadência, nos termos do art. 156, V, do CTN;
- b) Que seja dado provimento ao Recurso para que seja reconhecida a improcedência do Auto de Infração nº 297248.0020/15-4.

VOTO VENCIDO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado pelo suposto cometimento de 4 infrações.

O Sujeito Passivo alegou a ocorrência da decadência de parte das infrações, a inexistência de fatos geradores na infração 1 e aplicação da Súmula nº 166 para a infração 4.

Compulsando os autos, entendo que merece guarida algumas das teses recursais.

Vejamos.

O Recorrente sustentou que, no caso em tela, houve a decadência do direito do Fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo relata, os fatos geradores ocorreram nos anos de 2010 e seguintes, e a autuação foi lançada somente em 27.06.2015, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.

Para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre o teor da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo então Procurador Geral do Estado da Bahia, o Ilmo Srº Rui Moraes Cruz, em decorrência de diligência suscitada pelo CONSEF.

Pois bem, diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Primeiramente ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de constitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos alicerces que levaram a edição desta importantíssima posição jurisprudencial, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, creio que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é a afirmação da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que sustentaram o entendimento sumular vinculante nº 8 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatada com plena nitidez que o STF conclui que A PREScriÇÃO E A DECADÊNCIA SÓ PODEM SER DISCIPLINADAS POR LEI COMPLEMENTAR DE ÂMBITO NACIONAL, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, *in litteris*:

"EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVÍDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVÍDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)" (grifo nosso)

Diante deste inequívoco pronunciamento, está claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que SOMENTE O CTN PODE PREVER PRAZOS PRESCRICIONAIS E DECADENCIAIS EM TORNO DE MATÉRIA TRIBUTÁRIA, SEJA NO ÂMBITO NACIONAL, SEJA NO ÂMBITO ESTADUAL OU MUNICIPAL.

Deste modo, não cabia ao COTEB versar sobre tais assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo cristalino mandamento constitucional e lapidar interpretação do próprio Supremo.

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, qual seja: o CTN.

De plano entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Por seu turno, também devemos analisar a ressalva do início do §4º do art. 150, de que supostamente instituiria uma permissão legal para fixação de prazo diverso de decadência em outra lei, conforme suscitou a i. Procuradoria em vários pareceres.

A meu ver, para solucionar essa celeuma, devemos fazer uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão:

- a) de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais, não o contrário, e;
- b) de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas a não ser a Lei Complementar, prevista na própria Constituição Federal, afastando, automaticamente, a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna.

Em outras palavras, não podemos nos ater a uma interpretação literal do disposto no §4º e

conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude esta em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, VERIFICADA A INCONSTITUCIONALIDADE DOS REFERIDOS ARTIGOS POR FALTA COMPETÊNCIA MATERIAL, FICA AFASTADA A APLICAÇÃO DA MESMA PERMISSÃO LEGAL DO §4º PARA AS OUTRAS NORMAS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, salta aos olhos que para o STF não cabe a nenhuma norma infraconstitucional, de nenhum outro ente federativo, senão a União, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, único veículo normativo válido para tal competência e com âmbito nacional.

Porém, antes de fechar o raciocínio sobre a SV. 08, é necessário fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, de lavra do então Procurador Geral do Estado da Bahia.

Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um juízo antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e a Bahia, sinto que a falta de um opinativo fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado.

Ademais, a Resposta prestada pela PGE formalmente responde à Diligência solicitada, mas não esclarece em nenhum aspecto, o entendimento a ser seguido nas situações iguais esta, vivida nos autos.

Dest'arte, apreendo que a única manifestação valiosa da Resposta, exarada pelo Procurador Geral do Estado, o Sr. Rui Moraes Cruz, é a indicação da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional.

Pela importância dessa sugestão, transcrevo tal passagem:

“Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188, deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazo estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN.”

Ora, se há necessidade de alteração, é sinal de que tal norma não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia?

Salvo melhor juízo, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, o cogente alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito

nacional, consoante direcionamento trilhado na Súmula Vinculante nº 08.

É exatamente por este fato, que não é correto dizer que a norma do COTEB, o 107-B, com a mesma previsão do art. 150, §4º do CTN, era válida na época dos fatos geradores, pois, conforme atesta a própria Súmula Vinculante, não era.

Nesse contexto, devo lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ e ‘ultrapassada’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição por normas estaduais.

Agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque (ou melhor, o verdadeiro e correto enfoque desde 1988), devemos repensar nosso entendimento dentro deste CONSEF para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como equivocadamente opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual, afastando-se dos princípios da eficiência e da legalidade (art. 37, caput da CF).

Ressalto que, **se levada à questão ao Poder Judiciário, o Estado fatalmente arcará com enormes ônus sucumbências**, que serão pagos pelas futuras gerações e administrações, com o desperdício do dinheiro público do povo baiano e de oportunidades que não se recuperam.

Ademais, noutra senda, **percebo que nos tempos atuais, em plena era digital, com o uso da NF-e e da escrituração digital, 5 (cinco) anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquira qualquer soma a título de tributo!**

Logo, dilatar o prazo decadencial é um flagrante desrespeito ao sistema legal, ao bom senso e a eficiência.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88 **desde sua promulgação**, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como sabido, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Primeiramente, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

(...)

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"

Depois, devemos observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

"Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa."

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Podemos trazer à baila, a decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que muito bem expõe o entendimento consolidado do STJ:

"EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Agravo regimental no recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituí-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)"

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extramente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando a tese do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de prazo decadencial com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)!

Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade. Desse modo, **percebo que a natureza jurídica do lançamento tributário vem da lei, e não do comportamento do contribuinte.**

No caso do ICMS, em regra, a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação dos cálculos, da escrituração e do pagamento quando efetuado, será realizado pela autoridade administrativa pertinente, a *posteriori*.

É imperioso ressaltar que o pagamento do ICMS é feito de forma especial, pois trata-se de um imposto apurado mensalmente através de uma conta corrente fiscal, composto por créditos e débitos, sendo que, os créditos podem advir de outros períodos de apuração, ou seja, o valor do saldo que o contribuinte tem com o Fisco é compensado com débitos dos meses subsequentes.

Assim, entendo que HÁ PAGAMENTO DO ICMS tanto nos meses em que há débito do imposto a pagar e o contribuinte o apura e o recolhe aos cofres públicos, quanto naqueles em que há crédito do ICMS e o contribuinte o apura, mas não recolhe devido ao saldo que será transportado para os próximos meses.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, v.g., alguns dos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96; e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos; concluo que o prazo a ser observado nos lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo exposto, concluo que as ocorrências datadas antes 01.07.2010 não mais poderão ser exigidas pelo Fisco da Bahia, porquanto alcançadas pela decadência, prevista no artigo 150, §4º do CTN, única lei que pode regulamentar a decadência e a prescrição, consoante a CF/88 e a SV nº 08.

Passo para análise da infração 1.

A infração 1 foi lançada devido à suposta falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Segundo consta, foram remetidas mercadorias a título de consignação, sem o destaque do ICMS nas NF-e's 1127 e 1129.

Eu seu apelo, a empresa repisa a tese de que houve equívoco no preenchimento das notas, com o apontamento do CFOP 5.917 - Remessa de Mercadorias em Consignação Mercantil ou Industrial – bem como argumenta que, na realidade, as notas representam operações de locação de equipamentos para a Petrobrás.

Conforme já mencionado no julgamento de base, a fiscalização discorda dessa informação, pois, estão escrituradas outras operações com natureza diversa (vendas, vendas em consignação, locação de máquinas e equipamentos e remessas destes materiais para prestação de serviços) e que a empresa foi intimada várias vezes para apresentar os respectivos contratos de prestação de serviços relativos às mencionadas notas, bem como a exposição de recibos, duplicatas ou extratos bancários referentes aos aludidos contratos de locação.

Pois bem.

Os Contratos nº 110.2.127.01-5 e nº 2700.0038652.07.2 foram minudentemente analisados na Decisão *a quo*, onde restou constatado que no primeiro deles (110.2.127.01-5), tem por objeto a execução dos serviços de bombeamento de poços de petróleo pelo próprio autuado, para a Petrobrás (ou seja, a Baker Hughes faz o serviço com seus equipamentos para a Petrobrás, que tão somente fiscaliza os serviços e paga os valores devidos) e o segundo (nº 2700.0038652.07.2) cujo cerne é a locação do conjunto de moto-bombas de injeção de água de poços (ou seja, a cessão de equipamentos, para uso por parte da própria Petrobrás, a locatária).

Sendo assim, foi entendido pela 4ª JJF que o primeiro contrato não serve para acobertar as operações das Notas Fiscais nºs 1127 e 1129, eis que, trata-se de um contrato de prestação de serviço em que as máquinas seriam manejadas pelo próprio autuado quando da realização do objeto contratual e, por seu turno, não há vinculação conforme determinação legal entre as Notas Fiscais nºs 1127 e 1129, por não constar no campo de “Observações” ou “Dados Complementares” a não incidência do ICMS e o número do contrato a que se refere a operação de locação.

Em que pese as argumentações recursais e os documentos trazidos pelo contribuinte, também entendo que não foram elididas as acusações fiscais, eis que, não estão consignadas nas Notas Fiscais n^{os} 1127 e 1129 a natureza da operação de locação dos equipamentos utilizados na prestação de serviço junto à Petrobrás.

Ademais, a utilização do CFOP 5.917 - Remessa de Mercadorias em Consignação Mercantil ou Industrial – denota formalmente a existência de uma operação na qual incide ICMS. Portanto, a falta de elementos que demonstrassem o equívoco no preenchimento das notas, bem como, a falta de registro de retorno das mercadorias ou os recibos de pagamento dos aluguéis, não sustentam a tese do Contribuinte ante ao lastro probatório erigido pela Fiscalização, os próprios registros fiscais da empresa e os Documentos Fiscais válidos e existentes apresentados pelo Fisco.

Assim, fica a infração 1 mantida, conforme julgamento de piso, lembrando que, caso sejam trazidos os comprovantes de pagamentos dos aluguéis ou as notas fiscais de devolução das mercadorias, pode o Contribuinte se dirigir a PGE para representar este e. CONSEF, em sede de Controle da Legalidade, consoante o art. 113, §5º do RPAF/BA, caso tal órgão entenda a medida cabível.

Caminho para o exame da infração 04, lançada pela suposta falta de recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio contribuinte.

Ab initio, vejo que não há qualquer controvérsia quanto ao fato de as operações objeto da autuação se tratam da transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, ou seja, entre unidades de uma mesma empresa, situadas em outros Estados da Federação.

Em que pese o trabalhão da fiscalização, entendo que cabe aplicar o quanto disposto na Súmula nº 166 do STJ.

É de notória sabença a existência de robusta doutrina, vários Pareceres de inúmeros juristas e diversos Acórdãos prolatados por Tribunais de Justiça Estaduais, inclusive pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que entendem não existir fato gerador do ICMS em operações entre estabelecimentos de mesmo titular.

Neste espeque, o Superior Tribunal de Justiça editou a sua Súmula nº 166, na qual percebe não existir fato gerador de ICMS quando houver mera transferência física de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo proprietário, pois, segundo sua inteligência, não ocorre o ato jurídico de aquisição da mercadoria, ou melhor, não há a mudança de titularidade que corresponda à circulação jurídica do bem.

Pois bem.

Tenho como certo que, no caso *sub examine*, também não pode haver a cobrança do ICMS, haja vista que a existência do tributo inexoravelmente se condiciona à circulação da mercadoria, o que não se subsume quando da ocorrência, apenas e tão-somente, da circulação física do bem.

Com efeito, é cediço que a atividade tributária do Estado se condiciona, por força da capacidade contributiva, a gravar situações que revelem riqueza, ou seja, dirige-se apenas aos signos presuntivos de riqueza. Nesse sentido, o ICMS só pode incidir quando haja transferência de titularidade, revelando o signo presuntivo de riqueza.

Em síntese, o indicativo de circulação da mercadoria que enseja a cobrança de ICMS não pode ser a mera circulação física, mas sim a circulação econômica que, naturalmente, pressupõe numa circulação jurídica, refletindo a capacidade contributiva do adquirente.

A circulação jurídica de mercadoria decorre de operações que envolvam a inequívoca translação da propriedade da mercadoria, o que não ocorre se há mera circulação de um estabelecimento para outro da mesma sociedade empresarial.

Portanto, alinho-me com esta vertente jurídica, que encontra eco no entendimento do Superior

Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula nº 166, segundo a qual o simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui-se fato gerador do ICMS. Transcrevo a seguir a íntegra do seu teor

“Súmula 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte(...).”

Apenas com a mudança de titularidade pode-se conceber a circulação para efeitos jurídicos capaz de ensejar o fator gerador do ICMS. Tal entendimento ainda se mantém firme nos julgados mais recentes, mesmo após a edição da Lei Kandir, como se vislumbra abaixo:

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 imponível 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 do 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. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010)*

Portanto, comprehende que devem ser excluídos todos os valores referentes às transferências entre os estabelecimentos comerciais ou industriais, pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

Infração 4 Insubsistente.

Por derradeiro, quanto às infrações 2 e 3 não abrangidas pela decadência, mantenho o julgamento de piso, por força do pagamento realizado pelo próprio Contribuinte.

Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para constatar a ocorrência da decadência de todos os fatos geradores antes de 01.07.2010 e julgar a infração 1 Procedente e a infração 4 totalmente Improcedente.

VOTO VENCEDOR

Em que pesa a boa fundamentação expendida pelo n.Relator, discordo do seu posicionamento quanto à aplicação do instituto da decadência, com relação as infrações 2 e 3, com data de ocorrência dos fatos geradores antes de 01.07.2010 e em relação à infração 4 pela falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota.

Observo que a infração 2 e 3 - acusam: 2) *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.* 3) *Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.*

Observo que conforme entendimento firmado pela PGE/PROFIS no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte *declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.*

Entretanto, a Nota I, "b" indica que "*Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável*".

Logo, nas situações das infrações 2 e 3 indicam que o contribuinte praticou operações de circulação de mercadorias tributáveis e não tributáveis, contidas no campo de incidência do ICMS, não declarou a ocorrência dos fatos, não apurou qualquer imposto, nem promoveu qualquer recolhimento, conforme demonstrativos elaborado pela fiscalização que foi objeto da autuação.

Assim sendo, aplica-se a estas operações o disposto no art. 173, I do CTN, com a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o que afasta as exclusões pretendidas no voto proferido pelo n.Relator, visto que os valores exigidos relativos ao exercício de 2010, tem início de contagem a partir de 1º/01/2011. Tendo o Auto de Infração sido lavrado em 06/07/15, não foi abarcado pelo instituto da Decadência visto que o prazo para constituição do lançamento se esgotaria em 31/12/15.

Quanto à Infração 4, trata da falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota internas e interestaduais, relativo a aquisições de mercadorias oriundas de outros estados da federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Diferentemente do que afirma o i. relator, há incidência, sim, de ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, nos termos do art. 12, inciso I da LC 87/96, norma esta que continua vigente, pois não foi revogada nem declarada constitucional, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Tal regra se encontra, inclusive, reproduzida em toda a legislação infraconstitucional.

Ademais, refoge, à competência desse colegiado, a apreciação de arguição incidental de constitucionalidade da norma posta, conforme previsto no art. 125, I, da Lei nº 3.956/81.

Quanto à referência, feita pelo relator, à Súmula nº 166 do STJ, é importante que se diga o seu enunciado não tem o condão de vincular os atos administrativos desse Estado, bem como não afasta a aplicabilidade da legislação tributária pertinente, acima já referida, a qual 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.

Cabe, ainda, mencionar o Parecer da lavra da PGE/PROFIS, relativo a outro processo (A. I. Nº 269139.0003/12-6), no qual ressalta que a Decisão do STJ possui uma lógica que somente se aplica às operações ocorridas dentro dos lindes de um único Estado Federado, pois não possui qualquer relevância econômica, por conta do mecanismo da não-cumulatividade. Entretanto, nas transferências interestaduais esta lógica não funciona, haja vista que a operação comercial engendradora da circulação econômica irradia reflexos em outro Estado da Federação, restando prejudicado o Estado remetente da mercadoria, num autêntico atentado ao princípio federativo e ao princípio da não-cumulatividade, decorrente da utilização de alíquotas constitucionalmente diferenciadas.

Desta forma, no entender da dnota PGE, faz-se necessário limitar a aplicação do comando sumular apenas aos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte num único Estado da Federação, o que não é o caso dos autos.

Assim, considerando que o enunciado da Súmula nº 166 não se aplica às operações interestaduais, entendo que não pode prevalecer o entendimento esposado no voto do i. relator. Logo, diante de tais considerações, voto no sentido para manter a Decisão recorrida em relação a infração 4.

Pelo exposto, acompanho o n. Relator com relação aos fundamentos apresentados com relação às demais infrações que são objeto do Recurso Voluntário, ficando mantidas as exigências integrais dos valores exigidos nas infrações 2, 3 e 4.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 297248.0020/15-4, lavrado contra **BAKER HUGHES DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$804.075,98**, acrescido das multas de 50% sobre o valor de R\$28.958,12, 60% sobre R\$743.629,51, 70% sobre R\$19.313,90 e 100% sobre R\$12.174,45, previstas no art. 42, incisos I, "a", II, alíneas "a" e "f" e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Maurício Souza Passos, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Laís de Carvalho Silva e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - VOTO VENCEDOR

