

PROCESSO - A. I. Nº 178891.6003/12-8
RECORRENTE - EMPRESA DE NAVEGAÇÃO ELCANO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0003-06/14
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0271-12/17

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Acolhida a preliminar de decadência em razão do pagamento antecipado previsto no art. 150, §4º, do CTN, devendo ser aplicada a data da ciência do Auto de Infração como *dies a quo* da contagem do prazo decadencial, conforme PROCESSO nº PGE2016.194710-0. No caso em análise da infração, comunga-se com o Parecer da PGE/PROFIS exarado em mesa, pois se configura a falta de legitimidade ativa do Estado da Bahia em cobrar ICMS, uma vez que, restou comprovado pela diligência de que os navios estão com seus registros de propriedade junto ao tribunal Marítimo do Rio de Janeiro. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 6ª JJF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 27/12/12, julgado Procedente, por unanimidade, para exigir ICMS no valor de R\$1.056.016,04, em razão da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Refere-se a fatos ocorridos no período de junho de 2007 a dezembro de 2011.

Após tramitação regular do presente PAF em primeira instância, a 6ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0003-06/14, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do presente Auto de Infração, conforme voto transcrito abaixo:

VOTO

“Preliminarmente, foi suscitada a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de junho a dezembro de 2007, pois considera o autuado que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN, uma vez que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação. Também argumentou que só foi notificado acerca do lançamento de ofício em 08/01/2013.

Afasto a preliminar de decadência arguida pelo autuado, pois a legislação tributária baiana, utilizando o permissivo contido no art. 150, §4º, do CTN - “Se a lei não fixar prazo a homologação” - fixou o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como sendo o marco inicial da contagem do prazo decadencial, conforme disposto no §5º do art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB). Ressalto que a apreciação da constitucionalidade desse dispositivo do COTEB não se inclui entre as competências deste órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

A respeitável jurisprudência citada na defesa não trata da mesma situação em análise, pois trata de uma situação diversa e, além disso, não vincula a presente Decisão.

Quanto ao fato de o autuado só ter sido notificado acerca do lançamento em 08/01/13, alinho-me ao entendimento que vem sendo adotado neste Conselho de Fazenda, segundo o qual é com a lavratura do Auto de Infração que fica constituído o crédito tributário, servindo a notificação para cientificar o sujeito passivo acerca da exigência fiscal.

Nos termos do art. 142 do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício. A constituição do crédito tributário mediante o lançamento é fruto do poder de império do Estado, sendo irrelevante a data da notificação do sujeito passivo, para que seja o lançamento considerado perfeito e acabado. Dessa forma, o lançamento de ofício possui efeito declaratório positivo, anunciando a existência de uma obrigação do contribuinte para com o fisco. Lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo, sendo que a exigibilidade do crédito tributário ficará condicionada ao conhecimento por parte do autuado.

Em relação aos fatos geradores ocorridos no período de junho a dezembro de 2007, a Fazenda Pública Estadual tinha até 31/12/12 para efetuar o lançamento de ofício. Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/12, não tinha ainda ocorrido a decadência arguida, não obstante o posicionamento externado pelo próprio autuante na informação fiscal. Afasto, portanto, a preliminar de decadência.

Adentrando ao mérito, inicialmente observo que os materiais relacionados na autuação eram destinados ao uso ou consumo. Esse fato fica evidente quando se analisa as notas fiscais acostadas ao processo, bem como quando se verifica que o próprio autuado classificou tais operações em seu livro Registro de Apuração de ICMS como sendo referentes a materiais de uso ou consumo (CFOP 2.557 – “Transferência de materiais para uso ou consumo”).

Efetivamente, nas notas fiscais relacionadas na autuação consta que os materiais eram destinados ao uso ou consumo dos navios de propriedade da empresa, porém não se pode olvidar que o efetivo destinatário das mercadorias era o estabelecimento autuado, o qual está inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia sob o número 073.831.560, conforme se depreende do exame das notas fiscais acostadas ao processo.

Apesar dos abalizados argumentos defensivos, as peculiaridades das embarcações não possuem o condão de elevá-las à condição de contribuintes de ICMS do Estado da Bahia. O que está documentalmente comprovado nos autos é a transferência de materiais de uso e consumo do estabelecimento matriz localizado no Estado do Rio de Janeiro para a filial baiana, sendo que esses materiais foram empregados em navios que pertenciam à mesma empresa. O caso em análise, portanto, não se subsume na hipótese prevista no inciso III do §3º do art. 11 da LC 87/96.

Na defesa, também foi sustentado que não era devida a diferença de alíquota, pois as mercadorias foram recebidas em transferências realizadas por estabelecimentos pertencentes à mesma empresa e, portanto, tratava-se de simples deslocamentos de um para outro estabelecimento, sem importar transferência de titularidade. Foi dito que ao caso deveria ser aplicada a Súmula 166 do STJ.

Respeitosamente, discordo dessa tese defendida pelo autuado, pois a legislação do ICMS do Estado da Bahia, em conformidade com a Lei Complementar nº 87/96, prevê a incidência do referido imposto nas transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Para fins do ICMS, os diversos estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular são considerados autônomos entre si, consoante o princípio da autonomia dos estabelecimentos, delineado nos arts. 11, §3º, II, da LC nº 87/96 – é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular. Em perfeita consonância com esse princípio, a LC nº 87/96, no seu art. 12, inc. I, prevê que ocorre o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

A Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 4º, inc. XV, seguindo as normas estabelecidas na Constituição Federal e na LC nº 87/96, ao dispor sobre os momentos da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim prevê:

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

[...]

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Por sua vez, o RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, adstrito ao previsto na Lei nº 7.014/96, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim dispõe:

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;
[...]*

Dessa forma, por estar previsto na Lei nº 7.014/96, nas transferências interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao uso e consumo, efetuadas entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular, há incidência do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, sendo que não cabe a este órgão julgador administrativo discutir a constitucionalidade desse dispositivo legal, ao teor do art. 125, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

A tese defensiva atinente à existência de ato de mercancia para se considerar ocorrido o fato gerador do ICMS não merece prosperar, uma vez que a incidência do imposto nas transferências está prevista na Lei nº 7.014/96. Ressalto que, nos termos do art. 2º, §1º, dessa citada Lei, é irrelevante para a caracterização do fato gerador do ICMS a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo.

A Súmula nº 166, do STJ, aplica-se perfeitamente às transferências internas, situação em que as transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa não causam repercussão econômica. Já em relação às operações interestaduais, especialmente no âmbito do ICMS, a sua aplicação não é tão pacífica, haja vista que a própria Lei Complementar 87/96, no seu art. 13, §4º, cuidou de fixar a forma de apuração da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais, deixando, assim, claro que essas transferências interestaduais eram tributadas pelo ICMS. Ademais, não se pode olvidar que as decisões deste órgão julgador administrativo ficam delimitadas ao previsto na legislação tributária estadual, não lhe cabendo a discussão acerca da constitucionalidade dessa referida legislação.

Em face ao acima exposto, restou documentalmente comprovada nos autos a ocorrência de entradas, no estabelecimento do autuado, por meio de transferências interestaduais, de materiais destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento, o que autoriza a exigência do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Quanto à solicitação para que os advogados citados na defesa sejam intimados acerca do julgamento, ressalto que a legislação tributária estadual apenas prevê a publicação das pautas de julgamento no Diário Oficial do Estado, bem como disponibiliza essas pautas de julgamento no site da Secretaria da Fazenda.

Em face ao acima exposto, a acusação imputada ao autuado subsiste integralmente e, em consequência, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformada com a Decisão de Primeira Instância o autuado interpôs Recurso Voluntário, e em apertada síntese este Recurso lastreia-se em dois pedidos com as seguintes alegações: i) preliminarmente, reconhecer a decadência parcial que fulmina o Auto de Infração lavrado contra o recorrente, referente aos períodos de junho a dezembro de 2007; e ii) no mérito, declarar a ausência de incidência do “ICMS” nas transferências de mercadorias efetuadas entre o Rio de Janeiro para as embarcações em trânsito pelo Estado da Bahia.

Preliminarmente, suscita a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de junho a dezembro de 2007, pois considera o autuado que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN, uma vez que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação. Também argumentou que só foi notificado acerca do lançamento de ofício em 08/01/2013.

O recorrente colaciona as peças processuais diversos Pareceres, de tributaristas renomados, varias decisões de tribunais Pátrios que amparam sua tese recursal.

Assevera que: “*analisando os termos do Auto de Infração guerreado, observa-se que exação fiscal aqui debatida encontra-se parcialmente inexigível, no que diz respeito ao período de **junho de 2007 a dezembro de 2007**, ante a extinção da relação jurídico-tributária (artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional), considerando ainda que o recorrente somente foi notificada da constituição do crédito tributário – lavratura do Auto de Infração – em 08 de janeiro de 2013”.*

O recorrente apresenta quadro com os valores alcançados pela decadência. Abaixo transcrito:

Mês / Ano	"ICMS-DIFAL"	Multa	Total
06 / 2007	R\$ 25.451,46	R\$ 15.270,87	R\$ 40.722,33
07 / 2007	R\$ 5.265,57	R\$ 3.159,34	R\$ 8.424,91
08 / 2007	R\$ 2.945,25	R\$ 1.767,15	R\$ 4.712,40
09 / 2007	R\$ 21.296,61	R\$ 12.777,96	R\$ 34.074,57
10 / 2007	R\$ 15.541,87	R\$ 9.325,12	R\$ 24.866,99
11 / 2007	R\$ 5.538,73	R\$ 3.323,23	R\$ 8.861,96
12 / 2007	R\$ 16.357,66	R\$ 9.814,59	R\$ 26.172,25
Total	R\$ 92.397,15	R\$ 55.438,26	R\$ 147.835,41

Dessa forma, *“a oro recorrente requer o provimento do Recurso Voluntário, com o reconhecimento da decadência do período constante entre os meses de junho de 2007 a dezembro de 2007, no valor histórico de R\$ 147.835,41 (cento e quarenta e sete mil, oitocentos e trinta e cinco reais e quarenta e um centavos), nos termos do artigo 150, parágrafo quarto, do Código Tributário Nacional.”*

Em relação ao mérito traz as seguintes argumentações:

Aduz que o entendimento da Decisão de piso, em relação a incidência do “ICMS” correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na transferência de mercadorias ou bens destinados ao uso e consumo, efetuadas entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular, com base no artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei Estadual nº 7.014/96, está equivocado, uma vez que o recorrente transfere mercadorias do estabelecimento localizado no Rio de Janeiro para o conserto e reparo dos navios que estão em trânsito pelo porto de Aratu, localizado no Estado da Bahia.

Assim, afirma à recorrente, *esse tipo de transferência não pode ser considerado como fato gerador de “ICMS”, uma vez que trata-se de mero deslocamento de mercadorias, sem caracterizar circulação jurídica.(SIC).*

Afirma que: *“O RECORRENTE é empresa que presta serviço de transportes, tendo por objeto principal explorar, com embarcações próprias ou alheias, o transporte marítimo de longo curso, cabotagem, fluvial e lacustre de todo tipo de carga. Sendo assim, o recorrente possui navios, que constituem o instrumento para a exploração de sua atividade, qual seja o transporte aquaviário de cargas.”*

Frisar que: *“a Constituição Federal estabeleceu as hipóteses em que será aplicável a alíquota interestadual, determinando, ainda, quem fará jus à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. A alíquota interestadual só pode ser aplicada/exigida nas hipóteses em que o consumidor esteja localizado em outra Unidade da Federação, e **quando houver circulação jurídica**”.*

Nesta toada, *“cumpre verificar que nas operações que ensejaram a lavratura dessa autuação, as remessas dos bens se verificaram entre o estabelecimento matriz do recorrente, localizado no Estado do Rio de Janeiro, e o estaleiro baiano sendo a entrega da mercadoria realizada na embarcação que, à época, estava em trânsito pelo Porto de Aratu, no Estado da Bahia”.*

Esclarece que: *“As remessas dos bens se originaram do estabelecimento matriz, localizado no Estado do Rio de Janeiro com destino às embarcações em trânsito no Estado da Bahia, que são bens do ativo daquele estabelecimento matriz. Logo, não há que se falar em transferência entre estabelecimentos, mas, sim, em baixa no estoque para aplicação em embarcações, tudo em relação ao mesmo estabelecimento, qual seja, a matriz no Rio de Janeiro.”*

Acrescenta que: *“a comprovação de que todas as mercadorias tinham por destino os navios pode ser feita pela leitura das Notas Fiscais, onde é mencionado tal fato nas “Informações Complementares”, assim como no Livro de Registro de Entrada do “ICMS”.*

Diz que: *“Algumas embarcações de propriedade do recorrente são classificadas como de grande*

porte, eis que destinadas ao transporte de muitas toneladas de carga (graneleiros e químicos). Em verdade, tais embarcações, por vezes, chegam a possuir a mesma tonelagem que plataformas de petróleo. Então, pelo tamanho e pela sua complexidade, essas embarcações são consideradas bens móveis sui generis, pois reúnem características de bem imóvel e móvel.”

E que: “*Essas embarcações necessitam receber uma série de equipamentos e bens, como se verifica no presente caso, para manutenção e realização de suas atividades precípua (prestação do serviço de transportes). Nessa esteira, as embarcações também devem ser consideradas como destinatárias nas remessas de bens e mercadorias.*”

Sustenta que foi equivocada a atribuição de tratamento de estabelecimento comum às embarcações, pois reúnem características de bem imóvel e móvel. Sustenta que essas embarcações também devem ser consideradas como destinatárias nas remessas de bens e mercadorias. Aduz que, nos termos do art. 1.473 do Código Civil, são gravadas pela hipoteca, a qual se destina a gravar bens imóveis. Menciona que as embarcações também gozam da possibilidade de que sejam feitos testamentos válidos a bordo dos navios.

Aduz que na esfera do ICMS impõe-se o reconhecimento das embarcações como estabelecimentos próprios. Cita doutrina e, após transcrever o disposto no art. 11, I, “a”, §3º, I, III e IV, da LC 87/96, diz que considerando a atividade que exerce, seus navios constituem verdadeiros estabelecimentos nos Estados em que circulam e enquanto lá permanecem e, portanto, podem figurar como destinatários de mercadorias. Conclui que as operações de transferências interestaduais de mercadorias listadas na autuação, em verdade, consistem em movimentação de mercadorias que estão vinculadas apenas ao seu estabelecimento matriz, o que diz afastar a incidência do ICMS na operação subjacente.

Realça que as peças remetidas do Estado do Rio de Janeiro às embarcações em trânsito no Porto de Aratu, no Estado da Bahia, já eram do impugnante, o que afirma demonstrar a inexistência de qualquer circulação jurídica das transferências entre estabelecimentos.

Assevera que a referência ao seu estabelecimento baiano na nota fiscal de saída não modifica as conclusões ora esposadas, pois tal referência decorre da ausência de previsão específica para a remessa de bens e mercadorias para a embarcação. Aduz que, quando se trata de um contribuinte inscrito, as notas fiscais devem ser destinadas ao estabelecimento que possua inscrição estadual. Dessa forma, as notas fiscais aqui glosadas não podem consignar apenas as informações relativas à embarcação a que seria destinada a mercadoria/bem adquirido e, por esse motivo, também tiveram que mencionar o seu estabelecimento baiano, trazendo no campo “Informações Complementares” a indicação de que seria destinada a um estabelecimento (navio) que estava localizado naquela Unidade da Federação.

Pede que, diante do exposto, seja reconhecida a característica *sui generis* da embarcação, seja reconhecido que as operações de transferências realizadas em favor daqueles navios devam receber o tratamento de operação interna e, portanto, são completamente estranhas à esfera de incidência do ICMS.

Sustenta que nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa não há incidência de ICMS, conforme a Súmula nº 166 do STJ, cujo teor transcreveu. Diz que a simples transferência de mercadoria entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que entre Estados da Federação distintos, não é fato gerador do ICMS, uma vez que não há circulação jurídica da mercadoria, não há transferência de propriedade da mercadoria. Ressalta que, para incidir o citado imposto, deve haver circulação jurídica do bem, ou seja, ocorrer a modificação de sua titularidade, perfazendo-se, assim, o fato gerador autorizado e disposto no art. 155, II, da Constituição Federal. Reitera que, se uma determinada saída não configura operação de transferência de titularidade, ou seja, não implica em mudança da propriedade da mercadoria, tal operação não é tributada por meio de ICMS, pois não há circulação econômica e/ou jurídica. Para

embasar sua tese, reproduz farta doutrina e jurisprudência.

Desta forma, se não há incidência de ICMS sobre essas operações de transferência de mercadorias entre os estabelecimentos de um mesmo contribuinte, obviamente, também não há incidência do diferencial de alíquota.

Por fim pede que:

- i) preliminarmente, seja reconhecida a decadência do período compreendido entre junho de 2007 a dezembro de 2007 nos termos do artigo 150, parágrafo quarto, do Código Tributário Nacional, com a extinção desses valores, conforme determinado no artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional e, consequentemente, o cancelamento parcial do Auto de Infração em epígrafe;*
- ii) no mérito, julgar improcedente in totum o Auto de Infração nº 178891.6003/12-8, para que, uma vez reconhecida a característica sui generis da embarcação, seja reconhecido que as operações de transferências realizadas em favor daqueles navios devam receber o tratamento de operação interna e, portanto, a mesma é completamente estranha à incidência do diferencial de alíquota;*
- iii) caso os argumentos acima não sejam superados, pelo princípio da eventualidade, o Auto de Infração em comento deve ser cancelado, em virtude da não incidência do “ICMS” na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que entre Estados da Federação diferentes, em razão da ausência da circulação jurídica/econômica, conforme descrito na Súmula 166, do Superior Tribunal de Justiça;*
- iv) O RECORRENTE requer, ainda, a intimação pessoal em nome dos seus representantes legais **DRS. MARCOS ANDRÉ VINHAS CATÃO, OAB/RJ nº 67.086, RONALDO REDENSCHI, OAB/RJ nº 94.238 e JULIO SALLES COSTA JANOLIO, OAB/RJ nº 119.528**, todos com escritório na Rua do Mercado nº 11, 16º andar, Centro, na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, para a sustentação oral no julgamento da Impugnação ora apresentada.*

A PGE/PROFIS, fls. 758/760, através de Parecer da Lavra da i. Procuradora MARIA HELENA DE MENDONCA CRUZ, de 30/06/2014, pugna pelo afastamento da decadência pleiteada e pelo conhecimento e não provimento do Recurso Voluntário.

A 2ª CJF em 08/09/14 converte o PAF em diligência a ASTEC/CONSEF para o contribuinte apresentar (a) Apresentar os documentos comprobatórios (notas fiscais e razão auxiliar extraído do controle do ativo) da propriedade das embarcações indicadas nas notas fiscais objeto da autuação, para as quais (embarcações) foram destinadas as peças e equipamentos de reparo ou manutenção, no período fiscalizado; (b) Apresentar os elementos de prova de que dispuser, os quais comprovem que a filial autuada não era proprietária de nenhuma embarcação utilizada para a prestação de serviços objetos da atividade empresarial, no período fiscalizado.

Em 19/5/2015 (fls.772/842), Diligência Fiscal – Parecer nº 033/15, da lavra do i. Auditor Fiscal Luiz Alberto Amaral de Oliveira, conclui que:

- 1. Examinando, agora, a resposta dada pelo autuado à intimação, constatei que foram apresentados documentos comprobatórios de registro de propriedade dos mesmos junto ao Tribunal Marítimo, situado no Estado do Rio de Janeiro, conforme fls. 784/818.*
- 2. (...) dos dez navios ali referidos, houve a comprovação de propriedade de apenas seis deles, quais sejam: 1) Forte de São Marcos; 3) Forte de Copacabana; 4) Castilho de Zafra; 8) Metaltanque III; 9) Metaltanque IV e 10) Metaltanque V. ou seja, não há documentação comprobatória da propriedade dos seguintes navios: 2) Forte de São Luiz; 5) Castilho de Plasencia; 6) Castilho de Maceda e 7) Castilho de Herrera.*
- 3. Embora o relator não tenha solicitado o refazimento do lançamento, tomo a iniciativa de excluir do demonstrativo de débito aqueles documentos fiscais cujas mercadorias tiveram como destino os navios cuja comprovação de propriedade o autuado realizou. Mantive, contudo, os valores relativos ao demais documento fiscais, porque não houve prova da propriedade dos navios, ou mesmo porque não há (no corpo do documento fiscal) qualquer referência a nome de navio.*
- 4. Assim, anexo o demonstrativo de débito “Apuração do Diferencial de Alíquota na Transferência de Material de Uso e Consumo”, refeito às fls 821/841. Conforme se pode constatar, o valor de débito (em considerando que se devam excluir as notas fiscais nas quais há referências a navios de propriedade do autuado) foi reduzido de R\$ 1.056.016,04 para R\$ 712.542,18 (vide Linha “TOTAL GERAL”, ao final do relatório.*

Em 18/6/2015 o recorrente junta aos cadernos processuais documento (fls. 849/1081) que

comprovam que a época da autuação os navios: 2) Forte de São Luiz; 5) Castilho de Plasencia; 6) Castilho de Maceda e 7) Castilho de Herrera, estavam em sua propriedade através de contratos de arrendamento.

O PAF foi remetido em 14/07/2015 para novo Parecer da PGE/PROFIS.

Em 01/09/2015a PGE/PROFIS, fls. 1087/1090, através de Parecer da Lavra da i. Procurador JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR, de 01/09/2015, pugna Provimento Parcial do Recurso Voluntário. Conforme transcrevo:

(...) o exame deve se cingir tão-somente a verificação da propriedade das embarcações denominadas Forte de São Luiz; Castilho de Plasencia; Castilho de Maceda e Castilho de Herrera.

Em relação às demais embarcações, comungo com o posicionamento firmado na diligência supra, acolhendo as provas de propriedade carreadas pelo recorrente e, por conseguinte, expurgando do lançamento as transferências feitas para tais navios.

Em relação à embarcação Forte São Luiz, de fato, resta provado nos documentos de fls.853/856 dos autos pertencerem ao recorrente, não havendo em que se falar, portanto, na transferência entre estabelecimentos.

No que se refere às embarcações Castilho de Plasencia; Castilho de Maceda e Castilho de Herrera, adstritas segundo o recorrente e, igualmente, provado em documentos coligidos aos autos, a um contrato de afretamento marítimo, não há como se emprestar guarida a tese recursal, (...)

Em 14/12/2016, através do PROCESSO ADMINISTRATIVO N PGE 2014.288335-0, o pronunciamento foi acolhido pela i. Procuradora Assistente ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS.

Em mesa a i. Procuradora PAULA MORRIS exarou Parecer pelo provimento total do Recurso voluntário, uma vez que, restou comprovado pela diligência ASTEC Parecer 033/15 (fl. 772/842) que os navios estão com seus registros de propriedade junto ao tribunal Marítimo do Rio de Janeiro. Sendo que: 07 deles são de propriedade da Matriz do Rio de Janeiro, e os outros 03 tem contrato de afretamento marítimo em nome da Matriz do Rio de Janeiro, caracterizando assim a falta de legitimidade ativa do Estado da Bahia em cobrar tal tributo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão 6ª JF nº 0003-06/14, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 13/03/14 para exigir crédito tributário no montante de R\$1.056.016,04.

O presente Recurso Voluntário em apertada síntese lastreia-se em dois pedidos a saber: i) preliminarmente, reconhecer a decadência parcial que fulmina o Auto de Infração lavrado contra o recorrente, referente aos períodos de junho a dezembro de 2007; e ii) no mérito, declarar a ausência de incidência do “ICMS” na transferências de mercadorias efetuadas entre o Rio de Janeiro para as embarcações em trânsito pelo Estado da Bahia.

No presente Auto de Infração, a autuação foi em 27/12/2012 e a ciência do contribuinte em 08/01/2013, logo os fatos geradores ocorridos até 07/1/2008, nos quais se verificaram recolhimento a menor, há de se reconhecer a extinção do crédito por decadência, em razão do pagamento antecipado previsto no art. 150, §4º, do CTN, devendo ser aplicada a data da ciência do Auto de Infração como dies a quo da contagem do prazo decadencial, conforme PROCESSO nº PGE2016.194710-0.

No caso em análise, a infração imputa o recorrente o cometimento de infração, em razão da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Refere-se a fatos ocorridos no período de junho de 2007 a dezembro de 2011.

Assim sendo, deve ser aplicada a data de ciência do Auto de Infração para que se conclua, sem

sobressaltos, que o prazo decadencial, na espécie, iniciou-se na data da ocorrência de cada fato gerador, estando, portanto, irremediavelmente extinto pela decadência o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos 5 anos antes da constituição do crédito tributário, quais sejam os 7 de janeiro de 2008, uma vez que a notificação do sujeito passivo ocorreu em 08/01/2013.

Com relação à decadência arguida, vejo que no presente caso, em relação ao vencimento do período de junho de 2007 a dezembro de 2007, assiste razão o recorrente, e assim excluo o valor de R\$92.397,15 da infração 1.

Afirma o contribuinte que as operações que ensejaram a lavratura dessa autuação, as remessas dos bens foram entre o seu estabelecimento matriz, localizado no Estado do Rio de Janeiro e o estaleiro baiano, sendo a entrega da mercadoria realizada na embarcação que, à época, estava em trânsito pelo Porto de Aratu, no Estado da Bahia.

Em diligência acostada ao PAF, fica claramente demonstrado que o estabelecimento baiano não é o detentor da posse dos navios onde foram aplicados os serviços de manutenção, e que tais navios são de propriedade da Matriz do Rio de Janeiro, seis deles, e os outros são abarcados pelo arrendamento mercantil.

O recorrente traz um argumento que merece ser considerado ao qual não podemos falar em transferência de mercadorias, uma vez que o navio onde foi aplicado o serviço e de propriedade da matriz no Rio de Janeiro.

Assim teríamos uma mera movimentação contábil de aplicação de materiais em conserto de seus navios.

Desta forma a descrição da infração estaria incorreta, pois inexistiria o seu núcleo de acusação, qual seja a transferência de mercadorias.

De tal sorte, comungo com o Parecer da PGE/PROFIS exarado em mesa, pois configura-se a falta de legitimidade ativa do Estado da Bahia em cobrar ICMS, uma vez que, restou comprovado pela diligência ASTEC Parecer nº 033/15 (fls. 772/842) que os navios estão com seus registros de propriedade junto ao tribunal Marítimo do Rio de Janeiro. Sendo que: 07 deles são de propriedade da Matriz do Rio de Janeiro, e os outros 03 tem contrato de afretamento marítimo em nome da Matriz do Rio de Janeiro, caracterizando assim a falta de legitimidade ativa do Estado da Bahia, pois não há em que se falar de operações de transferências entre estabelecimentos.

Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **178891.6003/12-8**, lavrado contra **EMPRESA DE NAVEGAÇÃO ELCANO S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS