

A. I. N° - 269101.0004/17-6
AUTUADO - SCHLUMBERGER SERVIÇOS DE PETRÓLEO LTDA,
AUTUANTE - LUIZ CÉSAR OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23. 10. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0161-01/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica em renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$676.944,74, em decorrência do cometimento da seguinte infração a legislação do ICMS imputada ao autuado: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Consta adicionalmente a informação de que a infração encontra-se com a exigibilidade suspensa por força da liminar MS n°. 2557797-1/2009.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 22 a 26). Sustenta que o lançamento merece ser desconstituído. Alega a necessidade de cancelamento da autuação, em face de operações envolvendo a transferência, de outro estabelecimento da mesma empresa, de material de uso e consumo (CFOP 2557) – Súmula 166 do STJ – Inteligência do art. 125-A da Lei n° 3.956 – Código Tributário do Estado da Bahia.

Observa que o lançamento tem como base, exclusivamente, operações de transferência de equipamentos do ativo fixo e de material de uso e consumo entre os estabelecimentos da empresa.

Salienta que a questão envolvendo a exigibilidade do ICMS sobre as referidas operações já se encontra pacificada no Judiciário, sendo inclusive prestigiada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme faz prova a própria decisão citada pelo fiscal autuante, exarada em favor da empresa nos autos do Mandado de Segurança n° 0052125-15.2009.805.0001 (2557797-1).

Afirma que a referida decisão torna inexigível o ICMS nas operações de entrada e saída, interestaduais, objeto de transferência de mercadorias de uso/consumo e ativo fixo entre estabelecimentos da empresa.

Destaca que o entendimento do Judiciário quanto à inexigibilidade do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular pode ser resumido na assertiva de que, em tais operações, há mera circulação física de bens, situação que não legitima a incidência do ICMS, por inexistência de fato gerador.

Salienta que a hipótese de incidência da exação ocorrerá quando efetivamente realizadas operações que representem, efetivamente, reais circulações jurídicas das mercadorias, translativas da respectiva propriedade. Neste sentido, invoca e reproduz lição de Geraldo Ataliba e Cléber Giardino.

Assevera que não servem de amparo à pretensão de cobrança do tributo interpretações extraídas da isolada leitura de disposições do Decreto-lei nº 406/68 (art. 2º, § 1º), da lei Complementar nº 87/96 (art. 12, inciso I), ou da legislação estadual, ante à evidente inconstitucionalidade de tais normas.

Diz que a Constituição Federal não prevê a tributação de mercadorias, por meio do ICMS, mas sim a tributação das "operações relativas à circulação de mercadorias". Assinala que Alberto Xavier, em Direito Tributário e Empresarial - Pareceres, Rio de Janeiro: Forense, p. 294, já explicou concisamente o sentido do ditame constitucional:

Afirma que, desse modo, forçoso é concluir que a transferência de bens de um para outro estabelecimento do mesmo titular não é hipótese de incidência do ICMS. Consigna que esse é o entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, que sempre decidiu no sentido da inconstitucionalidade de disposições em sentido contrário. Neste sentido, reproduz excerto de decisão proferida no AI nº 131.941-1, ReI. Min. Marco Aurélio, in DJ 19.04.91, p. 4.583. No mesmo sentido, invoca e reproduz entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado na Súmula nº 166.

Conclusivamente, sustenta que a simples circulação física de bens em transferência de um para outro estabelecimento do mesmo titular não constitui fato gerador do ICMS, pois, para que este se configure, é necessário que, além da saída física, ocorra a venda do bem, ou seja, a mudança de sua titularidade, caracterizada por uma operação mercantil de compra e venda, portanto, não havendo a circulação jurídica, não há que se falar em fato gerador do ICMS.

Prosseguindo, argui a aplicação do art. 125-A da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia). Alega que os fundamentos da defesa desafiam o confronto analítico entre a exigência fiscal fixada na legislação do Estado da Bahia e a posição, já consolidada pelo Judiciário, da ilegalidade da cobrança.

Salienta que se tratando o caso de matéria cuja previsão legal seja declarada ilegal pelo Judiciário, deve a autoridade julgadora observar o disposto no inciso I do art. 125-A do COTEB, cuja redação reproduz.

Conclusivamente, diz que, em observância ao previsto no inciso V do referido artigo 125-A, o processo deverá ficar sobrestado até a apreciação, por quem de direito, da representação, período durante o qual se aplica a suspensão de exigibilidade do crédito fiscal, na forma prevista no inciso III do art. 151 do CTN.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja determinada a imediata suspensão de exigibilidade do crédito tributário impugnado e encaminhando-se os autos para exame do Órgão Administrativo *ad quem* competente para apreciar as razões de defesa, fundamentadas em entendimento sumulado de Tribunais Judiciários Superiores, tudo nos exatos termos da regra inserta no art. 125 do COTEB, confiando no integral acolhimento das razões apresentadas e na consequente desconstituição do lançamento de ofício em tela.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 42 a 46). Esclarece que o autuado é do ramo de exploração de petróleo e presta serviços de apoio à extração de petróleo e gás natural para a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, sendo responsável pela compra e manutenção de seus equipamentos.

Diz que como a empresa é responsável pela manutenção do seu ativo, sendo devedora da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias para o seu ativo, peças de reposição para o seu ativo, materiais de uso ou consumo.

Assinala que as transferências interestaduais de mercadorias do ativo permanente e uso/consumo entre estabelecimentos da mesma empresa são reguladas pelo Convênio nº 19/1991. Reproduz o teor do referido Convênio.

Explica que no intuito de não aplicar as determinações do Convênio nº 19/91, a empresa impetrou Mandado de Segurança na Justiça Estadual da Bahia para não efetuar pagamento do ICMS diferença de alíquotas na entrada no Estado da Bahia, não tributar as transferências para outros Estados e não se creditar dos créditos fiscais originários, ou seja, anular as normas do Convênio 19/1991 com a alegação de que o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS, consoante a Súmula 166.

Diz que o juiz de 1º grau da Justiça do Estado da Bahia concedeu a Medida Liminar nº 2557797-1/2009, a qual não teve o mérito ainda julgado pelo Tribunal.

Observa que a finalidade da edição do Convênio 19/1991 foi promover a partilha entre as unidades federadas do ICMS relativo às mercadorias de ativo, uso ou consumo, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, para evitar a vantagem de uma unidade federada em prejuízo de outra.

Ressalta que como os lançamentos relativos a essas operações estão com a exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, IV, do CTN, o autuante tem o dever de efetuá-los para resguardar a prescrição tributária.

Esclarece que as determinações do Convênio 19/1991 interferem diretamente na apuração do ICMS, daí, para as mercadorias de ativo (CFOP 2552 e 6552) e de uso (CFOP 2557 e 6557) calculou mensalmente o ICMS Diferença de Alíquotas (DÉBITO) nas entradas por transferência, o débito de ICMS com a aplicação da alíquota de 12% sobre as transferências para outros estados (DÉBITO) e os créditos fiscais originários com a aplicação da alíquota de 17% sobre as transferências para outros estados (CRÉDITO).

Acrescenta que inseriu os valores mensais obtidos (DIFAL, Débito sobre transferências 12%, e Créditos fiscais originários sobre transferências – 17%) na Apuração do ICMS dos anos de 2012 e 2013, e obteve como resultado os valores: Infração 02.01.03 - ICMS a pagar no mês de setembro/2012 – R\$ 10.415,25; Infração 01.02.71 - transferência indevida de saldo credor em dez/2013 – R\$ 676.944,74.

Saldo credor original transferido: R\$ 928.022,57

Saldo credor calculado a transferir: R\$ 251.077,83

Registra que se verifique o Anexo 01:

- Cópia da Liminar em Mandado de Segurança Nº 2557797-1/2009;
- Planilha Apuração do ICMS 2012 2013 incluindo as parcelas do Conv. 19/1991;
- Planilha Apuração do ICMS original 2012 2013;
- Planilha Diferença de Alíquotas CFOP 2552 2557 conforme Conv. 19/1991;
- Planilha Débitos transferências 12% CFOP 6552 6557 conforme Conv. 19/1991;
- Planilha Créditos originários transferências CFOP 6552 6557 conforme Conv. 19/1991;
- Planilha Entrada ativo CFOP 2552 para cálculo da DIFAL conforme Conv. 19/1991;
- Planilha Entrada USO CFOP 2557 para cálculo da DIFAL conforme Conv. 19/1991;
- Planilha Saída ativo CFOP 6552 para cálculo do débito conforme Conv. 19/1991;
- planilha Saída USO CFOP 6557 para cálculo do débito conforme Conv. 19/1991.

Salienta que todos esses arquivos encontram-se gravados em mídia (CD).

Consigna que o lançamento em questão está com a exigibilidade suspensa por força da Liminar MS nº 2557797-1/2009.

Observa que o autuado não impugnou o levantamento efetuado que inseriu as disposições do Convênio 19/1991 nas apurações do ICMS dos exercícios de 2012 e 2013, e por consequência gerou a transferência incorreta de saldo credor do período anterior, o que significa dizer que, se a Liminar cair, o contribuinte aceitará o valor cobrado na íntegra.

Assinala que no Mandado de Segurança, o pedido foi baseado na Súmula 166 que prescreve que *Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*

Aduz que, no entanto, quase a totalidade dos bens de ativo/uso/consumo é adquirida pela matriz da Schlumberger Serviços de Petróleo Ltda., a qual fica localizada no Estado do Rio de Janeiro e todo ICMS incidente nas aquisições de ativo e uso/consumo fica para o Estado do Rio de Janeiro.

Afirma que com a concessão da Segurança nos moldes do pedido, sem a aplicação do Convênio 19/91, as transferências interestaduais de mercadorias de ativo e uso/consumo oriundas de outros Estados entrariam no Estado da Bahia desoneradas de tributação e sairiam também desoneradas de tributação, sem efetuar a partilha do ICMS entre os Estados.

Salienta que como a Bahia é um Estado destinatário, ou seja, recebe mais mercadorias (ativo/uso/consumo) do que transfere, a concessão da Segurança provocaria prejuízo para este Estado, já que a concentração das compras de ativo/uso/consumo fica no Estado do Rio de Janeiro, sendo que esse ICMS não seria partilhado.

Ressalta que dentro do próprio Estado, a legislação que vige é a Lei do ICMS e o Regulamento do ICMS, porém em operações entre Estados da Federação a norma que vige são os Convênios.

Assevera que existe norma pacífica que evita bitributação e efetua a partilha entre as unidades federadas do ICMS de bens do ativo/uso/consumo nas transferências interestaduais, que é o Convênio 19/1991.

Consigna que na Liminar Nº 2557797-1/2009 concedida (fl. 09), no último parágrafo, o juiz prescreveu: *Intime-se o Estado, por seu Procurador (art. 3º da Lei 4348/64).*

Aduz que cabe à Procuradoria do Estado da Bahia fazer a contestação dessa Liminar e mostrar que devem ser aplicadas as normas do Convênio 19/1991, e que a concessão da Liminar irá causar prejuízo ao Estado da Bahia, é tanto que a não aplicação do Convênio 19/1991 gerou um crédito no valor de R\$ 676.944,74 para o Estado nesta autuação.

Ressalta que é conveniente que seja apressado o julgamento da citada Liminar, pois a morosidade no seu julgamento está causando prejuízo ao Estado.

Finaliza a peça informativa consignando que espera que a Liminar MS nº 2557797-1/2009 seja derrubada e, conseqüentemente, o lançamento do crédito seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, cabe observar que a análise procedida pelos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento, permitiu concluir que o lançamento de ofício em tela não contém vícios ou falhas capazes de determinar a nulidade do Auto de Infração, portanto, cabendo a análise, exclusivamente, quanto a opção do autuado em recorrer a esfera judicial antes de esgotada a esfera administrativa.

É cediço que resta obstado pela liminar a inscrição em dívida ativa ou ajuizamento de execução fiscal do crédito, inexistindo impedimento ao exercício do direito de a Fazenda Pública estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Significa dizer que, deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência, ainda que diante de uma causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário - conforme é o caso da liminar aduzida pelo autuado -, haja vista que as hipóteses do art. 151 do CTN não suspendem o prazo decadencial, para efetivação do lançamento, mas tão somente o prazo prescricional, para cobrança judicial.

No caso em exame, verifica-se que o autuado, em momento anterior ao início da ação fiscal, impetrou mandado de segurança preventivo e obteve, por decisão liminar, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário, conforme ação ajuizada na 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia. Conforme se verifica na decisão liminar acostada à fl. 09 dos autos foi consignado que: *Eis porque concedo a liminar para determinar às autoridades indigitadas coatoras, ou quem suas vezes fizer, que se abstenham de exigir o ICMS referente às transferências de materiais e equipamentos de uso e consumo e ativo realizadas entre os seus estabelecimentos, sem que isso importe em qualquer restrição fiscalizadora.*

O artigo 117 do RPAF/BA dispõe que:

[...]

A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provocação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.

Já o os artigos 126 e 127-C do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) estabelecem que:

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

...

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise da defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise da defesa apresentada, referente ao Auto de

Infração nº 269101.0004/17-6, lavrado contra **SCHLUMBERGER SERVIÇOS DE PETRÓLEO LTDA**, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões CONSEF, 22 de setembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR