

PROCESSO - A. I. N° 210943.0010/14-2 (ATLANTIS TECNOLOGIA LTDA)
PROONENTE - 2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
RECURSO - PROPOSTA DE REPRESENTAÇÃO AO SECRETÁRIO DA FAZENDA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2018

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0005-21/18

EMENTA: ICMS. PROPOSTA PARA REPRESENTAÇÃO AO SECRETÁRIO DA FAZENDA. NÃO há como ACOLHER tal proposta, não só pelas razões de mérito expostas da aplicabilidade da legislação atinente ao fato concreto, como também em razão do próprio Parecer da PGE / PROFIS já ter se posicionado pela aplicação da legislação tributária, no caso concreto de transferência. Proposta CONHECIDA e NÃO ACOLHIDA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de proposta da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal à Câmara Superior do CONSEF, nos termos previstos no art. 168 do RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, com o objetivo de que o PAF em epígrafe tivesse o julgamento do Recurso Voluntário sobrerestado e fosse remetido à Câmara Superior deste Conselho para que se deliberasse quanto ao encaminhamento de Representação ao Secretário da Fazenda do Estado visando à tomada de providências e decisão prevista no referido art. 168 do RPAF/BA.

Quanto à norma insculpida no artigo 168 do RPAF/BA, temos:

Art. 168. Sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, observar-se-á o seguinte:

I - a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, visando à decisão;

II - caberá à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a representar ou não ao Secretário da Fazenda;

III - o Secretário da Fazenda, ouvida a Procuradoria Geral do Estado, decidirá quanto à conveniência ou não de propositura de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal.

IV - para atendimento ao disposto no inciso anterior, observar-se-ão os seguintes prazos:

a) 30 (trinta) dias, para que a Procuradoria Geral do Estado emita o devido parecer.

b) 10 (dez) dias, para que o Secretário da Fazenda adote as providências cabíveis;

V - o processo administrativo ficará sobrerestado até que ocorra a modificação ou revogação da lei ou do ato normativo em exame ou o despacho denegatório da representação ou proposição.

O aludido Recurso Voluntário foi interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2^a JJF - através do Acórdão JJF n° 0218-02/14 – que julgou Procedente o referido Auto de Infração, modelo 4, lavrado em 18/01/2014 para exigir o ICMS de R\$179.319,75, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de “*Falta de destaque do ICMS nas operações de saídas, por desincorporação, de bens do ativo imobilizado, no caso de a desincorporação ser feita no prazo inferior ou igual a um ano de uso do bem no próprio estabelecimento.*”

Na assentada de julgamento do Recurso Voluntário, ocorrida em 22 de julho de 2015, foi enfatizado pelo então Conselheiro José Antônio Marques Ribeiro que a matéria constantes nos presentes autos atine a questão já discutida e decidida reiteradamente pela TJ/BA, STJ e STF, circunstância que se encaixa perfeitamente no quanto previsto no art. 168 do RPAF, oportunidade em que propôs que o julgamento do feito ficasse sobrerestado para que o presente PAF fosse remetido à Câmara Superior para análise sobre a deliberação quanto ao encaminhamento, conforme acima citado, visto que a matéria tratada nos autos discute a exigência o ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa, objeto da Súmula 166, editada pelo STJ, bem como de diversas decisões emanadas dos Tribunais Superiores e do próprio Tribunal de Justiça da Bahia.

Submetida a matéria em votação pelos membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, a proposta de sobrerestamento do julgamento do feito para que o PAF fosse enviado à Câmara Superior, nos termos

do art. 168 do RPAF, foi acolhida, por decisão não unânime, não tendo acompanhado a proposição feita os Conselheiros Fernando Antonio Brito de Araujo e Maria Auxiliadora Gomes Ruiz.

VOTO

Trata-se de proposta da 2ª Camara de Julgamento Fiscal, nos termos previstos no art. 168 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, remetido à Câmara Superior para análise sobre a deliberação quanto ao encaminhamento de Representação ao Secretário da Fazenda do Estado, visto que a matéria tratada nos autos discute a exigência o ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa, objeto da Súmula 166, editada pelo STJ, bem como de diversas decisões emanadas dos Tribunais Superiores e do próprio Tribunal de Justiça da Bahia.

O artigo 168 do RPAF/BA dispõe que sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, cabendo à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a representar ou não ao Secretário da Fazenda.

Da análise dos autos, verifica-se que o Auto de Infração nº 210943.0010/14-2, acusa o contribuinte, ATLANTIS TECNOLOGIA LTDA, da seguinte infração: “*Falta de destaque do ICMS nas operações de saídas, por desincorporação, de bens do ativo imobilizado, no caso de a desincorporação ser feita no prazo inferior ou igual a um ano de uso do bem no próprio estabelecimento.*”, com fundamento no art. 12, I, da LC 87/96, que prevê que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, cuja disposição foi recepcionada no art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96, tendo o sujeito passivo, em suas razões recursais, alegado que não há incidência do ICMS sobre mera circulação física de mercadorias entre filiais, do que esclarece tratar-se de uma empresa de prestação de serviços e exploração no ramo de sistemas de telecomunicações e multimídia, possuindo matriz em Porto Alegre e filiais em Lauro de Freitas e Palmas.

Em razão da constatação de que a matéria constante nos autos atine a questão já pacificada na Sumula 166 do STJ, nos termos do art. 168 do RPAF, houve a proposta de envio à Camara Superior do CONSEF para análise sobre a deliberação quanto ao encaminhamento de Representação ao Secretário da Fazenda do Estado, que decidirá quanto à conveniência ou não de propositura de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal.

Diante de tais considerações, conluso pela admissibilidade da proposta encaminhada, por existir as condições previstas no dispositivo regulamentar supra citado. Assim deve ser CONHECIDO.

Quanto ao mérito da proposta à Camara Superior do CONSEF para análise sobre a deliberação de encaminhar Representação ao Secretário da Fazenda do Estado sobre matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, mantenho meu posicionamento já consignado à época, a saber:

Discordo, com a devida vena, do entendimento do ilustre Conselheiro José Antonio Marques Ribeiro quanto à sua proposta nos termos do art. 168 do RPAF/BA, pois a vislumbro descabida tendo em vista que, no caso concreto de transferências de bens do Ativo Imobilizado, a Súmula 166 do STJ não vincula os atos administrativos desse Estado, bem como não afasta a aplicabilidade da legislação tributária pertinente, prevista no art. 12, I, da LC 87/96, que considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, cuja disposição foi recepcionada no art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96. Portanto, a transferência de mercadorias ou bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica se encontra no campo de incidência do ICMS.

Ainda quanto à alegação recursal de que a Súmula STJ 166 afirma que: “Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, reproduzo parecer da PGE/PROFIS, relativo a outro processo (A.I. 269139.0003/12-6), no qual ressalta que a decisão do STJ possui uma lógica cartesiana, qual seja, nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, dentro dos lindes dum Estado Federado, pois, de fato, 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, tendo em vista que o ciclo econômico ao qual ficará adstrito o bem mercantil se desenrolará parte no território de um Estado, parte no do outro, restando prejudicado o Estado remetente da mesma, num autêntico atentado ao princípio

federativo e ao princípio da não-cumulatividade, decorrente da utilização de alíquotas constitucionalmente diferenciadas.

Desta forma, no entender do signatário do Parecer, ainda que se entenda vinculante o disposto na Súmula 166 do STJ sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (pois entende faltar competência a esta Corte para apreciação de questão de foro nitidamente constitucional – alcance da regra matriz Constitucional do ICMS), mesmo assim, faz-se necessário encerrar 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.

Naquela oportunidade, o representante da PGE/PROFIS carreou aos autos acórdão prolatado pelo próprio STJ, precisamente no Recurso Especial nº 242.338/MG, cujo alcance determinativo faz considerações apartadas sobre transferências internas e interestaduais, espalhando, desta maneira, a argumentação da aplicação da Súmula 166 da própria Corte de Justiça, in verbis:

"ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, MAS LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 166/STJ. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO."

...Embora possa parecer caso de incidência do referido enunciado (da Súmula 166), temos que fazer distinção, pois, nas hipóteses dos autos, o outro estabelecimento do contribuinte, para onde foram transferidas as mercadorias, situam-se em outro Estado-membro. Daí afasta-se a aplicação da súmula..."

Assim, como se extrai do texto acima, como também do próprio Parecer da PGE/PROFIS nos autos, no qual consigna que, em que pese a edição da Súmula 166 do STJ, deve ser aplicada a legislação tributária nos moldes realizados no presente lançamento, vez que foge à competência do órgão julgador administrativo negar aplicação a legislação posta, torna-se inócuia a aludida propositura, ora em análise, pois, instada a se manifestar, consoante previsto no art. 168, inciso III, do RPAF, o entendimento da Procuradoria Geral do Estado já está consolidado.

Do exposto, não acolho a proposta feita pelo ilustre Conselheiro José Antonio Marques Ribeiro.

Portanto, conforme conclusão acima, NÃO há como ACOLHER tal proposta, não só pelas razões de mérito expostas da aplicabilidade da legislação atinente ao fato concreto, como também em razão do próprio Parecer da PGE/PROFIS já ter se posicionado pela aplicação da legislação tributária, no caso concreto de transferência.

Assim, tendo em vista que no citado art. 168, inciso III, do RPAF, o qual se fundamentou a 2^a CJF para realização da proposta, estipular que o Secretário da Fazenda ouvirá a Procuradoria Geral do Estado para decidir quanto à conveniência ou não de propositura de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal, não há como prosperar tal provocação, tornado-se inócuia, diante do posicionamento já externado pela PGE.

Por fim, considerando que, conforme previsto no art. 168, inciso II, do RPAF, caberá à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a representar ou não ao Secretário da Fazenda, diante de tais considerações, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO ACOLHIMENTO da proposta, de modo que NÃO se faça a representação ao Secretário da Fazenda.

Do exposto, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO ACOLHIMENTO da Proposta para Representação ao Secretário da Fazenda, previsto no art. 168 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, NÃO ACOLHER a proposta para Representação ao Secretário da Fazenda referente ao Auto de Infração nº 210943.0010/14-2, lavrado contra ATLANTIS TECNOLOGIA LTDA., devendo os autos retornarem o trâmite anterior à proposta realizada pela 2^a CJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS