

PROCESSO - A. I. N° 298578.0003/16-8
RECORRENTE - ARM TELECOMUNICAÇÕES E SERVIÇOS DE ENGENHARIA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0094-04/17
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/03/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0008-12/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO PARA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, MATERIAIS DE USO E CONSUMO E BENS DO ATIVO. É devido o imposto, no percentual de 3%, sobre as operações interestaduais conforme artigos 484 a 486 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto n° 13.780/12. Revisão feita pela autuante em atenção aos argumentos defensivos trazidos aos autos reduziu o valor lançado. Não consideradas as parcelas a maior do que as inicialmente lançadas, em atenção ao princípio do *reformatio in pejus*. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as questões preliminares aventadas. Negado o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso voluntário contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15 de março de 2016, para exigir o ICMS no valor de R\$130.880,26 além da multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido em aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo, ou bens do ativo, conforme Regime Simplificado de Tributação para Empresa de Construção Civil, ocorrência constatada nos meses de abril a dezembro de 2012, janeiro de 2013 a dezembro de 2014, e janeiro a agosto de 2015.

Informa a autuante ser a autuada “Empresa de Construção Civil”, habilitada para regime simplificado de tributação, onde foi constatado, no período de 01/2012 a 08/2015, recolhimento a menor do ICMS no valor histórico de R\$ 130.880,26.

Após a devida instrução processual, a referida Junta julgou a questão nos seguintes termos:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Ainda assim, a autuada suscita preliminares, sendo a primeira delas a de aplicação imediata dos artigos 151, III e 206, do CTN, pedido que somente posso entender como realizado sem o conhecimento devido da conduta adotada por este Órgão julgador, o qual ao longo de seus quase oitenta anos de existência, sempre tem se pautado pela obediência e respeito aos direitos, o que tornaria tal pedido redundante e desnecessário.

Da mesma maneira, o simples ingresso com petição de defesa tempestiva, por si só enseja a suspensão do crédito tributário, até o julgamento final na esfera administrativa, sem que haja a necessidade de se peticionar

em tal sentido.

Quanto ao pedido de realização de diligência/perícia fiscal, de igual forma, nego, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Já a perícia, nos termos do mesmo artigo 147 do RPAF/99, inciso II, alínea “a”, também fica indeferida, vez que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência ou perícia deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa, o que, contudo, não se afigura no presente caso.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligar ao processo elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa, senão de forma genérica, e frente à alegação de serem milhares de documentos, o que não é verdade, pois nos demonstrativos elaborados pela autuante estão devidamente discriminados os documentos fiscais e os valores a eles relativos que ensejaram a autuação.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1

Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Julgamento: 12/05/2015

Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA

Publicação: DJe 18/05/2015”

Além do mais, a autuante, em sede de informação fiscal, e tendo em vista os argumentos defensivos efetuou revisão fiscal do lançamento, alterando datas, excluindo documento lançado em duplicidade, alterando valor incorreto lançado, enfim, atendeu aos reclames do sujeito passivo, o que vem a se somar entre os argumentos

contrários à realização da mesma.

Quanto ao argumento de ser o lançamento nulo pelo agravamento da infração quando da elaboração de novos demonstrativos por ocasião da informação fiscal, não há por que se falar em violação do artigo 156 do RPAF/99, vez que o princípio da vedação do “reformatio in pejus” será devidamente atendido, razão suficiente para a desnecessidade de qualquer outra providência processual, inclusive devolução ou alargamento de prazo, conforme pleito da defendente.

Isso significa que não pode haver reforma da decisão para pior, ou seja, havendo apenas recurso da defesa, o juízo ad quem não poderá agravar a situação do réu, pelo simples fato de que o valor do crédito tributário objeto do lançamento não foi aumentado, e sim, ao contrário, diminuído, diante da redução ocorrida na infração 01, conforme veremos a seguir.

Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil. 7ª ed. São Paulo: Forense, 1998.), entende tal princípio da seguinte maneira: “a reformatio in pejus ocorre quando o órgão ad quem, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso”.

Ainda que isso ocorresse, poderíamos citar nesta oportunidade, a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), inserida na apreciação do AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO RIO DE JANEIRO, em decisão datada de 22 de maio de 2012, no qual o ministro Luís Fux assim se pronunciou: “A possibilidade da administração pública, em fase de recurso administrativo, anular, modificar ou extinguir os atos administrativos em razão de legalidade, conveniência e oportunidade, é corolário dos princípios da hierarquia e da finalidade, não havendo se falar em reformatio in pejus no âmbito administrativo, desde que seja dada a oportunidade de ampla defesa e o contraditório ao administrado e sejam observados os prazos prescricionais”.

Logo, o entendimento vigente é no sentido de que a Administração Pública ao majorar sansão aplicada, em sede de recurso administrativo não estaria piorando a mesma, mas, apenas, realizando de forma clara e legal, um dever que lhe é imposto diante da observância estrita dos princípios constitucionais. Não há que se falar em prejuízo aos administrados, uma vez que prevalece sempre a indisponibilidade do interesse público e este deve obedecer a cartilha da lei.

Se tal entendimento acima traz em seu bojo a possibilidade de reforma mesmo que para piorar, não há dessa maneira violação ou preterição aos direitos dos administrados, mas, certamente, a utilização prática do princípio maior da Administração Pública, qual seja, o da Legalidade.

Ainda assim, diante das majorações ocorridas em sede de informação fiscal, relativa a itens da autuação, resultando em valor maior do que o efetiva e inicialmente lançado, adotarei como critério os valores lançados inicialmente, e aqueles reduzidos pela autuante, não os majorados, como se verá adiante, quando da análise do mérito da infração.

Passo, pois, à análise do mérito da autuação, enfrentando, primeiramente, a alegação relativa à Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em relação à qual, faço as seguintes observações.

Firma entendimento do autuado de que sobre algumas operações não incidiria o ICMS, vez se tratar de transferências. A legislação vigente, especialmente a Constituição Federal no artigo 155:

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;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; (...)

VIII - na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Observe-se que o legislador constitucional, em momento algum segrega as operações, separando aquelas realizadas através de transferências. De igual forma, fala em “operações”.

E qual seria então este conceito? A Constituição não define o que sejam operações. A legislação infraconstitucional de igual forma. A doutrina, de um modo geral, considera operação, para efeitos de incidência do ICMS, todo ato ou negócio hábil a provocar a circulação de mercadorias. Ou o ato ou negócio jurídico de que decorra a mudança de titularidade do bem. Porém a mudança de posse também constitui uma operação, quando o novo detentor do bem pode dele dispor como se fosse o seu dono.

Por outro lado, estabelece, ainda a Carta Magna em seu artigo 146:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

...

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Ou seja, a norma constitucional delega à Lei Complementar a competência para legislar acerca de matéria tributária que defina fato gerador, base de cálculo e contribuintes de tributos.

No caso de transferência – remessa de bens entre estabelecimentos do mesmo titular –, cumpre observar que esta, em princípio, não seria uma operação, haja vista que ninguém pode efetuar uma operação consigo próprio. No direito comum os diversos estabelecimentos de um mesmo titular constituem uma só pessoa. E também perante o imposto de renda isto é inobjetoável.

Todavia, mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o artigo 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, conforme delegação constitucional:

“§ 3º. Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”

Tal princípio é reforçado pela redação do artigo 12, inciso I da mesma Lei Complementar:

“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;”

Dessa forma, os estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados legalmente autônomos, e, em decorrência dessa ficção legal, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do ICMS.

No mesmo sentido, a legislação estadual, e não poderia ser diferente, em atenção ao disposto na Lei Complementar, assim dispõe, no artigo 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96:

Art. 2º. O ICMS incide sobre: (...)

IV - a entrada ou a 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 subseqüentes.

Por seu turno, o § 1º do citado dispositivo legal prevê que:

§ 1º. São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;

A própria doutrina, representada pelo ilustre Professor Roque Carraza, em sua obra ICMS, 11ª edição, Ed. Malheiros, páginas 58 e 59 nos ensina que: “Há, porém uma exceção a esta regra: quando a mercadoria é transferida para estabelecimento do próprio remetente, mas situados no território de outra pessoa política (Estado ou Distrito Federal), nada impede, juridicamente, que a filial venha a ser considerada estabelecimento autônomo, para fins de tributação por via de ICMS. Assim é, para que não prejudique o Estado (ou o Distrito Federal) da saída da mercadoria. Logo – e também porque o princípio federativo e o princípio da autonomia distrital inadmitem que os Estados e Distrito Federal se locupletem uns à custa dos outros - concordamos que tais estabelecimentos sejam considerados autônomos, pelo mesmo, para fins de tributação por meio de ICMS”.

Observe-se que o princípio Federativo é norma constitucional e neste caso estaria sendo desrespeitado, a prevalecer o argumento defensivo posto pela empresa autuada.

Quanto as menções defensivas a decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a aplicação da súmula 166, gostaria de fazer algumas observações: A primeira é a de que sabido é que tais decisões não vinculam obrigatoriamente nem o legislador, sequer o julgador. A segunda, e talvez a mais importante, é o fato de tal

entendimento da Corte Superior encontrar-se em processo de mudança, a se observar no julgamento do Recurso Especial 1109298/RS, tendo como Relator o Ministro CASTRO MEIRA, da SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011, no qual este adentra no exame de mérito da base de cálculo estabelecida na Lei Complementar 87/96, artigo 13, em operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Ora, se o próprio Poder Judiciário através de um de seus Tribunais Superiores entende possível estabelecer base de cálculo em operações de transferência interestadual entre dois estabelecimentos de uma mesma empresa, evidentemente que nega efeito jurídico à aplicação da Súmula 166, é óbvio que tais operações, submetidas ao rigor da Lei Complementar estão sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo lícito aos Estados a cobrança de tal tributo, naquelas operações em que a lei lhes ampara.

No mesmo sentido foi a decisão do Ministro Herman Benjamin, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.254.915-RS, no qual, em 26 de outubro de 2011 revogou sua própria decisão anterior, no sentido de aplicação da mencionada súmula de forma automática, ao mencionar que “os argumentos do Estado do Rio Grande do Sul demonstram a existência de peculiaridades que merecem melhor reflexão, razão pela qual reconsidero a decisão monocrática, para torná-la sem efeito”.

Em tal discussão, o TJRS entendeu devida a cobrança do imposto, nas transferências interestaduais, com base na seguinte argumentação, através do eminente relator, desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro:

“Com efeito, o ICMS, em linhas gerais, nada mais é do que o antigo ICM, existente antes da vigência da Constituição Federal de 1988, com ampliação, em hipóteses bem marcadas, com atribuição aos Estados e ao Distrito Federal a competência para criação do ICMS, sendo que a base de cálculo seria definida por Lei Complementar, conforme dispõe o artigo 146, III, “a” da Constituição Federal, sendo que o regime de compensação de imposto deve ser definido por Lei Complementar, nos termos do que dispõe o artigo 155, § 2º, XII, “c”, da Constituição Federal.

Outrossim, o artigo 34, § 8º, das Disposições Transitórias da Constituição Federal possibilitou aos entes públicos antes referidos a regularização da matéria, enquanto não fosse regulamentada a Carta Magna, razão pela qual houve a edição do Convênio número 66/88 que disciplina a base de cálculo do ICMS, com posterior edição da Lei Complementar nº 87/96, com as alterações das LCs 92/97 e 99/99, bem como pela LC 102/00.

Logo, inexistente qualquer dúvida de que o ICMS foi regido pelo Decreto-Lei 406/68, observadas as alterações feitas pelo Decreto-Lei 834/69, bem como pela Lei Complementar nº 56/87 e Lei Complementar nº 24/75, além do Convênio 66/88, antes referido, em especial pelo artigo 14 do mencionado Convênio, e atualmente pela Lei Complementar nº 87/96, com suas alterações, conforme antes referido.

O Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei nº 8.820/89, relativa ao ICMS, devidamente regulamentada pelo Decreto nº 37.699/97, inclusive com a alteração do Decreto nº 40.217/00, normas estas em perfeita consonância, observado o arcabouço jurídico, não podendo as normas hierarquicamente inferiores desbordar das diretrizes traçadas pela Lei Complementar nº 87/96.

Feitas estas considerações, deve ser considerado que o mandamus tem por objeto impedir a tributação, por ICMS, em operações de transferência de mercadorias a partir da matriz da impetrante, situada em Turvo, Estado de Santa Catarina, para filiais localizadas em Santo Antônio da Patrulha, Torres e Morrinhos do Sul, localizadas em diferentes Estados da Federação, atacando decreto estadual que determina o recolhimento em consonância com o art. 12, I, da LC 87/96, que prevê:

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;

Em âmbito estadual, da mesma forma, a questão encontra previsão no art. 4º da Lei nº 8.820/89:

Art. 4º - 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;

Razão assiste ao recorrente, porquanto a operação está sujeita ao ICMS, não obstante a Súmula 166 do STJ, cujo teor não se desconhece, cumprindo destacar, no entanto, que, decorrendo tal enunciado de julgamento em 14/08/96, com publicação no DJ em 23/08/96, é anterior à LC 87, que é de 13/09/96, prevendo seu art. 36 a entrada em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao da sua publicação.

Quando da edição da Súmula 166 do STJ, a matéria era disciplinada pelo Decreto-Lei nº 406/68, sem dispositivo correspondente ao art. 12, I, da LC 87/96, circunstância que afasta a aplicação do entendimento sumulado que se invoca no mandado de segurança”.

Dessa forma, o entendimento é que, após a edição da Lei Complementar nº. 87/96, a Súmula 166 do STJ tornou-

se inaplicável.

E este também tem sido o posicionamento de outros órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do Rio Grande do Sul, na apreciação do Agravo 70030888911, tendo o órgão julgador prolatado a seguinte decisão:

AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. INCIDÊNCIA. É devido o ICMS na saída de mercadoria destinada à comercialização para estabelecimento do mesmo titular localizado em outra Unidade da Federação. Artigo 12, inciso I, da Lei Complementar 87/96. A exigência do recolhimento do tributo, nesse caso, beneficia o Estado produtor sem que cause maior oneração ao estabelecimento produtor, porque o imposto pago será inteiramente aproveitado por ocasião da comercialização da mercadoria. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70030888911, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des.ª Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/07/2009)

Sabido é que o direito é dinâmico, e o entendimento jurisprudencial tem mudado ao longo do tempo, adaptando-se a nova época, e evoluindo conforme as alterações legislativas ocorridas. Dessa forma, um entendimento vigente, diante de edição de novo instrumento normativo, pode vir a perder força, com mudança de posicionamento.

Também é corrente que o processo administrativo tributário deve obedecer a diversos princípios, dentre os quais, um dos de maior relevância é o da legalidade inserido no nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que preconiza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Isso significa dizer que somente através das espécies normativas elaboradas consoante as regras do processo legislativo constitucional se podem criar obrigações para quem quer que seja.

Além disso, a defendente ofereceu à tributação as operações realizadas (o que não desmentiu), o que implica em adesão ao disposto legal explicitado acima. Por tais razões, entendo que as operações, quanto à tributação e afastamento da Súmula 166 encontram-se perfeitas, neste ponto.

Na essência, trata o presente processo de lançamento para cobrança de ICMS nas operações interestaduais de entradas realizadas pela empresa autuada, signatária de Termo de Acordo, assinado entre a mesma e a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, estando enquadrado na disposição contida no artigo 484, § 1º, inciso I, do Decreto nº 13.780/12, além de outras atividades elencadas no § 2º do citado diploma normativo.

Tal matéria se encontra regulamentada conforme disposto nos artigos 484 e 485 do RICMS/2012, vigente à época dos fatos geradores:

“Art. 484. A empresa de construção civil, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, adotará tratamento simplificado previsto neste capítulo para apuração do imposto.

§ 1º Considera-se empresa de construção civil aquela que desenvolver quaisquer das seguintes atividades, conjunta ou isoladamente:

§ 2º Equiparam-se à empresa de construção civil, para fins de adoção do regime simplificado de tributação de que trata este capítulo, a incorporadora imobiliária, o consórcio de incorporação imobiliária, sociedade de propósito específico com fins imobiliários, consórcio de construção civil e construção de condomínio que desenvolvam, conjunta ou isoladamente, atividade de construção civil.

Art. 485. O tratamento simplificado de que trata este capítulo consiste na aplicação do percentual de 3% (três por cento) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais.

Parágrafo único. Não será exigido o recolhimento do imposto, na forma prevista no caput:

I - na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do estado de origem;

II - no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular”.

A empresa prestadora de serviço de construção civil, ao aderir ao Termo de Acordo de regime simplificado de apuração, passa a se utilizar do benefício de adquirir, fora do Estado da Bahia, mercadorias, material de uso e consumo ou bens do ativo imobilizado com alíquota interestadual, caso contrário, estaria adquirindo esses itens com aplicação de alíquota interna de cada unidade da Federação, inexistindo razões para a cobrança de diferencial de alíquota, conforme observado no artigo 485, do RICMS/12 consoante visto linhas acima.

A legislação não diferencia a destinação das mercadorias, quando da aplicação do regime simplificado, todavia, existindo a possibilidade de exclusão dos insumos da base de cálculo, na apuração do ICMS, as empresas de construção civil deveriam adquiri-los com alíquota interna do estado de origem, visto que são itens utilizados diretamente na prestação do serviço, e sendo beneficiária do mencionado regime, as aquisições de bens vinculados à atividade de construção civil devem ser tributadas na forma definida em regulamento, qual

seja, em percentual de 3% incidente sobre o valor das mercadorias adquiridas, em conformidade com o que dispõe a legislação.

A incidência de alíquota de 3% sobre as aquisições de bens não se constitui em qualquer privilégio à empresa de construção civil, mas uma possibilidade legalmente prevista e que somente agrega recursos ao estado de destino, o qual ficaria, na ausência do regime simplificado, sem direito a qualquer parcela do imposto.

Note que a adesão a tal regime é por opção do contribuinte, realizada mediante acordo com a Secretaria da Fazenda, o que foi feito pelo sujeito passivo, que agora vem alegar dificuldades no entendimento do cálculo realizado e na análise dos demonstrativos elaborados.

*As observações defensivas de mérito, dizem respeito, unicamente, a questões acerca da verdade material, e neste ponto, importa aprofundar-se um pouco na análise de tal princípio. No conceito de Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, página 131) **“O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las”.***

*Ao seu turno, Hely Lopes Mirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 16ª edição, 1991, Página 581) entende que **“O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente”.***

No processo administrativo, a produção de provas é de grande relevância, pois visa à obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, é que se reveste o princípio da verdade material.

*Sérgio André Rocha (Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, página 162) nos ensina que o princípio da verdade material requer três exigências para sua efetivação que seriam: **“que se demonstre, com maior grau de verossimilhança possível, a veracidade dos fatos alegados no âmbito do processo; limitando-se a situações em que se presume a ocorrência dos fatos relevantes, e: sendo deferido às partes o direito de produzir as provas necessárias para bem demonstrar a procedência de suas alegações”.***

Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar aos litigantes garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existam diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição.

E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos. Todavia, em homenagem aos princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade e da motivação, é exigido do julgador a fundamentação de sua Decisão, como forma de controle desse ato. Tal fundamentação é, ainda, meio de convencimento das partes.

As alegações defensivas foram inteiramente analisadas quando da informação fiscal, tendo na oportunidade, a autuante, indicado as notas fiscais existentes nos sistemas da SEFAZ, e que o sujeito passivo havia afirmado, inicialmente, não terem adentrado em seu almoxarifado, a alegação da nota fiscal lançada em duplicidade, e

nota fiscal lançada com valor errado, bem como respeitando as indicações defensivas quanto ao período de escrituração nos livros fiscais, ou seja, refez o lançamento, analisando detidamente toda a documentação e argumentação trazida aos fôlios, não tendo o contribuinte, em sede de manifestação posterior a tal informação, contestado valores, além daqueles que entende majorarem o lançamento, argumento já devidamente enfrentado linhas acima quando se abordou o princípio do reformatio in pejus.

Em tal ocasião, a autuante, apontou, inclusive, equívocos e omissões por parte da autuada, sem que a mesma, ao se manifestar, esclarecesse ou aclarasse a questão posta, apenas se resumindo em reforçar a sua tese de ser necessária perícia técnica, já devidamente analisada linhas acima, o que prova que ao contrário da tese defensiva, a autuação não se deu com base em conjecturas ou suposições, mas sim em fatos e documentos apontados, inclusive o demonstrativo resultante da informação fiscal prestada, aponta, por documento e item de cada um deles a mercadoria ali constante, com os valores a serem recolhidos nas operações, soando contraditório o fato da autuada trazer os elementos e dados em sede de defesa, e depois de acatados e ajustados pela autuante, simplesmente negar qualquer efeito ou validade aos mesmos, se apegando a uma necessidade de perícia, totalmente desnecessária, diante do refazimento dos levantamentos, com base nas informações trazidas aos autos pela própria empresa.

mesma forma, frente à alegação defensiva de que não tinham sido apresentadas as notas fiscais não encontradas na sua escrituração, a autuante, de forma acertada, acostou ao feito, quando de sua informação fiscal, as indicações de tais documentos, tendo a autuada se quedado silente, nada argumentando mais em relação às mesmas. Ressalto que a falta de escrituração de tais documentos, ensejaria, ainda, a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória prevista no inciso IX do artigo 42 da Lei 7.014/96, todavia a autuante não aplicou a mesma.

Logo, nenhuma razão me impede de me aliar ao demonstrativo elaborado, quanto aos períodos mantidos, bem como aqueles com redução de valores, todavia, nos meses em que houve agravamento, conforme observado anteriormente, entendo que devem ser mantidos os valores originalmente lançados, e menores.

Quanto ao fato de em sua peça defensiva, a autuada trazer elementos “por amostragem”, é sabido que alegações destituídas de prova não podem ser consideradas em qualquer julgamento, independente da esfera de apreciação, inclusive no processo administrativo fiscal, muito embora este esteja revestido de algumas peculiaridades, e obedeça a princípios próprios.

Por outro lado, muito embora exista em alguns ramos do direito aquilo que na argumentação recursal para desconstituir a infração, se denomina de “amostragem da prova” inexistente prova por amostragem em direito tributário em relação a este aspecto, ainda mais se considerarmos que estamos tratando de recolhimento de tributo.

Isso por que, muito embora a Carta Magna estabeleça em seu artigo 5º, ao abordar os direitos e garantias individuais, no inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”, neste dispositivo, evidentemente, encontra-se embutida a possibilidade de apresentação de prova.

Se é certo que, por exemplo, em direito penal, cabe sem qualquer reserva a “prova por amostragem”, à vista, inclusive de diversas decisões de Tribunais Superiores, em direito tributário tal conceito não pode ser adotado de forma ampla, como vemos no exemplo do AgRg no REsp 659521/SP, no qual o relator, ministro Francisco Falcão, exarou a seguinte decisão:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA Nº 7/STJ.

*1. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido entendeu que no mandado de segurança, mesmo que preventivo, **a necessidade de prova documental pré-constituída impede a aceitação de amostragens** ou eventuais levantamentos elaborados unilateralmente pela impetrante e, ‘in casu’, nem isto foi apresentado, restando inadequada a via do mandado de segurança, instrumento constitucional que serve também para evitar lesão futura, mas desde que a direito decorrente de relação jurídica certa e determinada. (grifos do relator)*

A propósito, Paulo Bonilha, em seu livro Da Prova no Processo Administrativo Tributário, às fls. 69, após conceituar prova como “a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário”, afirma na p. 78 que “o poder de instrução das instâncias de julgamento administrativo não pode implicar invasão ou substituição do dever das partes de carrear prova aos autos”, o que significa dizer que cabe apenas e tão somente à defendente trazer tais provas que diz possuir, contudo, não estão presentes nos autos de forma completa.

A lei tributária não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e formal dos fatos. Cabe, a princípio, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinada por arbitramento, o que não foi o

caso em tela. Todavia, a norma legal não conferiu ao sujeito passivo o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa ou impossibilidade da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e prevista na legislação tributária.

No presente caso, não há que se falar em aplicação do artigo 373 do Código de Processo Civil vigente, que, sabidamente é utilizado de forma subsidiária ao processo administrativo fiscal de Estado da Bahia, na forma de previsão legal, sendo o ônus desta prova especificamente, do sujeito passivo, vez que os documentos que elidiriam a infração estão em seu poder, compondo a sua escrituração.

Dessa forma, não fazendo a produção da prova necessária, incorreu a empresa na regra do artigo 143 do RPAF/99, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Além disso, o artigo 123, § 5º do RPAF/99 determina que a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, se refira a fato ou a direito superveniente, se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. Desta maneira, estaria a autuada na obrigação de trazer tais elementos de forma completa, quando da interposição da defesa.

No tocante a alegação de confiscatoriedade da multa, diante do percentual aplicado, observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antonio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Em relação aos argumentos acerca da constitucionalidade do percentual de multa, esclareço que por força do disposto no artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, o que me faz abster de qualquer outro comentário.

Da mesma maneira, não posso atender ao pleito de redução de multa ao patamar de dez por cento, tendo em vista que em função do disposto no artigo 42, parágrafo 7º, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. No presente caso, a multa foi imposta a título de descumprimento de obrigação principal, e nesta hipótese, esta instância carece da devida competência legal para adoção do procedimento requerido pela defesa, ficando a multa mantida no percentual de 60%, tal como prevê a norma legal, e como sugerida na autuação.

No tocante ao pedido da defesa para ser informada acerca da realização da sessão de julgamento, esclareço que a publicação, além de feita no Diário Oficial do Estado, da mesma forma é encaminhada para o sujeito passivo, e nos termos do artigo 163 do RPAF/99, será permitida a sustentação oral durante o julgamento, nos termos do Regimento Interno do CONSEF, sendo esse, um direito do contribuinte, e como tal, assegurado.

Além disso, com a implantação do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a empresa autuada pode cadastrar o advogado como seu representante, sendo o mesmo comunicado por aquele canal.

Por tais razões, julgo o feito procedente em parte, de acordo com o seguinte demonstrativo:

2012	LANÇADO	AJUSTADO	JULGADO
ABRIL	R\$ 957,72	R\$ 957,72	R\$ 957,72
MAIO	R\$ 11.936,91	R\$ 11.936,91	R\$ 11.936,91
JUNHO	R\$ 22.548,05	R\$ 22.548,05	R\$ 22.548,05
JULHO	R\$ 36.295,82	R\$ 36.298,82	R\$ 36.295,82
AGOSTO	R\$ 2.607,58	R\$ 2.607,58	R\$ 2.607,58
SETEMBRO	R\$ 15.391,53	R\$ 15.391,53	R\$ 15.391,53
OUTUBRO	R\$ 180,17	R\$ 180,17	R\$ 180,17
NOVEMBRO	R\$ 986,25	R\$ 986,25	R\$ 986,25
DEZEMBRO	R\$ 9.039,80	R\$ 9.039,80	R\$ 9.039,80
2013			
JANEIRO	R\$ 198,05	R\$ 198,05	R\$ 198,05
FEVEREIRO	R\$ 7.308,67	R\$ 7.308,67	R\$ 7.308,67
MARÇO	R\$ 624,28	R\$ 624,28	R\$ 624,28
ABRIL	R\$ 582,71	R\$ 1.554,55	R\$ 582,71
MAIO	R\$ 1.101,60	R\$ 1.329,84	R\$ 1.101,60
JUNHO	R\$ 1.280,16	R\$ 674,98	R\$ 674,98
JULHO	R\$ 2.195,17	R\$ 4.494,73	R\$ 2.195,17
AGOSTO	R\$ 26,17	R\$ 0,00	R\$ 0,00
SETEMBRO	R\$ 0,17	R\$ 39,53	R\$ 0,17
OUTUBRO	R\$ 14,81	R\$ 418,48	R\$ 14,81
NOVEMBRO	2,57	R\$ 460,11	R\$ 2,57
DEZEMBRO	R\$ 2,91	R\$ 352,95	R\$ 2,91
2014			
JANEIRO	R\$ 18,69	R\$ 0,00	R\$ 0,00
FEVEREIRO	R\$ 4,90	R\$ 0,00	R\$ 0,00
MARÇO	R\$ 4,67	R\$ 0,00	R\$ 0,00
ABRIL	R\$ 0,08	R\$ 0,00	R\$ 0,00
MAIO	R\$ 0,27	R\$ 85,80	R\$ 0,27
JUNHO	R\$ 0,78	R\$ 0,78	R\$ 0,78
JULHO	R\$ 12,53	R\$ 0,00	R\$ 0,00
AGOSTO	R\$ 404,51	R\$ 0,00	R\$ 0,00
SETEMBRO	R\$ 34,59	R\$ 125,10	R\$ 34,59
OUTUBRO	R\$ 4,42	R\$ 0,00	R\$ 0,00
NOVEMBRO	R\$ 58,95	R\$ 58,95	R\$ 58,95
DEZEMBRO	R\$ 2.315,62	R\$ 2.315,62	R\$ 2.315,62
2015			
JANEIRO	R\$ 209,37	R\$ 209,37	R\$ 209,37
FEVEREIRO	R\$ 281,39	R\$ 281,39	R\$ 281,39
MARÇO	R\$ 90,09	R\$ 90,09	R\$ 90,09
ABRIL	R\$ 201,80	R\$ 201,80	R\$ 201,80
MAIO	R\$ 412,05	R\$ 412,05	R\$ 412,05
JUNHO	R\$ 145,04	R\$ 145,04	R\$ 145,04
JULHO	R\$ 4.204,48	R\$ 4.204,48	R\$ 4.204,48
AGOSTO	R\$ 9.194,93	R\$ 9.194,93	R\$ 9.194,93
TOTAL	R\$ 130.880,26	R\$ 134.842,08	R\$ 129.799,11

Quanto aos valores a maior apurados pela autuante, cabe à Inspetoria da jurisdição do contribuinte, instaurar ação fiscal para cobrança dos valores ainda devidos, respeitado o prazo decadencial, bem como, na hipótese de recolhimento a maior realizado pela empresa autuada, cabe à mesma em procedimento apartado, solicitar a restituição.

Inconformada com o julgamento proferido, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário contra a decisão, com fundamento nos Artigos n^{os} 169, b e 171, do Decreto n^o 7.629/99 (RPAF-BA/99).

Inicialmente, aduz sobre as transferências de materiais / bens em operações ocorridas entre filiais da mesma Companhia. Alega que em relação às notas fiscais abaixo relacionadas, houve mera circulação física e não econômica de mercadorias, onde pode ser verificado pelo CFOP, não constituindo desta forma, fato gerador do imposto. Relação, por amostragem, das notas fiscais:

DATA	Nº NF	CFOP	BASE DE CÁLCULO	ICMS (3%)
14/05/12	177	2557	18.239,22	547,18
14/05/12	247	2557	450,00	13,50
08/05/12	172	2557	5.325,00	159,75
02/05/12	154	2557	34.116,70	1.023,50
02/05/12	467	2557	26.828,20	804,85
13/04/12	226	2557	1.978,00	59,34
16/04/12	661	2557	1.647,70	49,43
21/05/12	274	2552	8.259,70	247,79
TOTAL				2.905,34

Complementa dizendo que está comprovado que em relação a determinadas notas fiscais escolhidas pelo auditor, não houve operação mercantil e sim mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Diz já ser pacífico a compreensão de que o fato gerador do ICMS é a transferência jurídica dos bens, ou seja, entende-se que o critério material de incidência do citado imposto é a transferência de titularidade da mercadoria e não o mero deslocamento, ou seja é necessário a existência de atividade mercantil.

Traz ao processo o entendimento dos Tribunais Superiores, no sentido de que não incide ICMS na transferência interestadual de mercadorias da mesma empresa. Transcreve o que diz o art. 155, inciso II, da CF/88.

Ressalta que a jurisprudência do STJ, seguindo orientação do STF, não admite a cobrança em questão, tendo, inclusive, editado a Súmula n^o 166, consolidando seu posicionamento.

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

Alega ainda, que em 2010, o STJ reiterou o citado entendimento ao apreciar o Recurso Especial Repetitivo n^o 1125133/SP, o que obriga este tribunal a decidir todos os casos idênticos da mesma forma do quanto restou decidido no Recurso Especial Repetitivo em referência.

Comenta que alguns Estados, como o da Bahia, questionam a Súmula n^o 166 e a jurisprudência sobre a não incidência de ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular após a edição da Lei Complementar n^o 87/96, uma vez que a referida Lei, em seu art. 12 determina que:

“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”.

Aduz que outro argumento utilizado pelo Estado para afastar a não incidência do ICMS seria no sentido de que a Súmula n^o 166 não se aplicaria às transferências interestaduais, haja vista que a filial poderá ser considerada “estabelecimento autônomo” para fins de apuração e recolhimento do ICMS.

Menciona que, não obstante os argumentos das Fazendas Estaduais, o STJ rechaçou as alegações e manteve a posição adotada no sentido de que nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não há “circulação de mercadorias” e, portanto, não há incidência do ICMS.

Finalmente, sobre este tópico, a Recorrente complementa dizendo que não se dedica a atividade mercantil, sendo prestador de serviços atinentes a área de infraestrutura de comunicações,

dedicando sua atividade na construção e manutenção de estações e redes de telecomunicações, e como tem unidades em várias localidades, vez por outra, tem que transferir materiais de uma unidade para outra, mas sem nenhuma natureza mercantil. Portanto são materiais de uso e consumo, sejam uniformes e botas para seus funcionários, ou até materiais empregados na manutenção e construção, assim sem nenhum efeito econômico.

Outra alegação que, novamente, trouxe ao seu recurso, foi a solicitação da juntada de novos documentos e da busca da verdade material e da realização de diligência / perícia técnica, copiando os mesmos argumentos já apresentados na impugnação em 18/05/2016 (folhas 190 a 203). Diz que a produção de prova pericial é indispensável à ora autuada para afastar todas as infrações apontadas, todas relativas a rubricas contábeis a serem revisitadas.

Ratifica a recorrente que efetuou o registro fiscal regular de suas operações, anotando todas as suas entradas e saídas, razão por que não prosperam as aduções em comento, sendo imprescindível a produção de prova pericial a fim de averiguar-se a correção dos atos praticados.

Alega que não se pode conceber que decisão de tão importante mote possa ser efetuada sem a oitiva de pessoa competente para a análise dessa situação e que de fato entenda a técnica contábil/econômica objeto da controvérsia ora instaurada, sob pena de cerceamento ao direito de defesa.

Aborda, ainda, a cobrança de multa com caráter confiscatório, numa afronta às garantias constitucionais, vez que, no presente caso, inobstante o Auto de Infração imposto à Impugnante, vale a advertência de que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios (*in casu*, 60%), em afronta direta às garantias constitucionais do contribuinte.

Destaca ser absolutamente explícito e inequívoco o exagero nas multas aplicadas, de 60%. Nelas, fora utilizado índice absurdamente elevado e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país e tais multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal a aplicação de multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito, e atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração. Traz decisão do STF neste sentido, bem como ensinamento de Rui Barbosa Nogueira.

Requer que diante de tudo exposto e com base em todos os aspectos legais e pelo elenco fático nos autos, que seja conhecido o Recurso Voluntário, e:

- a) Declare a improcedência *in totum* do Auto de Infração, reconhecendo a absoluta legalidade da conduta da Recorrente;
- b) Que seja deferida a imprescindível perícia tantas vezes suplicada e justificada nos presentes autos, por apego à ampla defesa e contraditório;
- c) Que seja deferido o pedido para que a Recorrente realize sustentação oral com fundamento no art. 163 do Decreto nº 7.629, de 09 de junho de 1999, bem como intimação aos patronos da causa no endereço: Rua Frederico Simões, nº 85, sala 601, Caminho da Árvores, Salvador – Ba, CEP 41.870-774;
- d) Caso algum valor seja mantido, que dele seja afastada a desarrazoada, desproporcional e confiscatória multa aplicada.

Em 26/03/2018, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência à PGE/PROFIS (fls. 400 a 402), com vistas a que fosse emitido o parecer jurídico pertinente, respondendo especificamente as questões abaixo:

- 1) Qual o critério a ser adotado para definição da base de cálculo do imposto que se pretende exigir, em se tratando de empresa de construção civil, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, através de celebração de Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda, quando de um lado o contribuinte entende que devem ser excluídas as transferências entre

filiais para aplicação do imposto, e do outro lado, o fisco entende que deve ser incluído os valores das transferências entre os estabelecimentos de mesma titularidade?

- 2) Em que contexto fático e jurídico foi editada a Súmula do STJ nº 166 e se o seu enunciado se aplica ao caso em exame? Questiona-se ainda se a referida Súmula é de natureza vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para Administrações Públicas da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, seguindo o regime jurídico dos recursos repetitivos, na forma prevista no atual e anterior CPC (Código de Processo Civil)?

Em 21/05/2018, a PGE/PROFIS atendeu a diligência solicitada, o qual resultou no parecer nº 044535/2016-2 (fls. 405 a 408), de lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, onde diz:

“Pois bem, o entendimento firmado sobre o tema no seio da PGE/PROFIS, conclui não incidir ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, em face da ausência de qualquer repercussão jurídica.

No que concerne às transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133-SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96.

Ademais, o próprio STJ reabriu discussão a respeito do tema, no julgamento do REsp nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS das transferências.

Quadra apontar que a Súmula 166 foi editada antes da Lei Complementar 87/96, tendo sido gestada com suporte no Decreto-Lei nº 406/1968, tendo como pano de fundo da análise jurídica a ausência de repercussão econômica nas transferências internas.

Neste cenário, é que caminha a jurisprudência sobre o tema, fixada no sentido de que o alcance da Súmula 166 abarca apenas as operações de transferências ocorridas dentro da mesma unidade federada”

Para fundamentar a sua resposta, o Procurador citou os Processos APL 00137633520138140006 Belém, publicado em 25/10/2016, da Relatora Nadja Nara Cobra Meda, Processo MS 646742 SC 2007.064674-2, publicado em 17/03/2009, do Relator Newton Janke e Processo MS 121985 SC 2009.012198-5, publicado em 26/02/2010.

Finalizando, cita no seu Parecer, o que foi definido no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0:

“Reconhecer a procedência do pedido e abster-se de recorrer, nos processos judiciais e administrativos em que constem a tributação de ICMS nas operações entre estabelecimentos do mesmo titular, localizados no Estado da Bahia, nas transferências internas.

O entendimento aqui manifestado não implica prejuízo do dever de contestar e recorrer em relação a outras matérias objeto do processo, inclusive nas operações entre estabelecimentos do mesmo titular localizados em unidades federativas distintas, nas transferências interestaduais”.

O referido Parecer foi acolhido pela Procuradora Paula Gonçalves Morris Matos, em 04/06/2018, conforme fl. 409.

Em 05/09/2018, a Recorrente se manifestou à Diligência à PGE/PROFIS (fls. 426 a 431), nos termos a seguir:

Diz que a primeira pergunta da respectiva diligência não foi respondida pela digna procuradoria. Aduz não ser compreensível o motivo pelo qual a PGE, apesar de afirmar que o tema não foi enfrentado à luz das normas constitucionais, deixou de apresentar as inúmeras decisões proferidas pelos Ministros do STF.

Cita Ementas em que os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Roberto Barroso foram claros que não incide ICMS quando do mero deslocamento físico do bem para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, ainda que entre Estados diferentes da Federação.

Afirma que na circulação de mercadoria pressupõe, indubitavelmente, a ocorrência de um negócio jurídico mercantil, com a troca de titularidade da mercadoria, não se justificando a cobrança com a simples circulação física do bem, como ocorre no caso de transferência de

mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Ressalta que, em 2010, o STJ reiterou o entendimento da Súmula nº 166, ao apreciar o REsp nº 1.125.133-SP, o que obriga este Tribunal a decidir todos os casos idênticos da mesma forma do quanto restou decidido no Recurso Especial Repetitivo em referência.

Destaca que a Recorrente não se dedica a atividade mercantil, sendo prestador de serviços atinentes a área de infraestrutura de comunicações, dedicando sua atividade na construção e manutenção de estações e redes de telecomunicações, e como tem unidades em várias localidades, vez ou outra, tem que transferir materiais de uma unidade para outra, mas sem nenhuma natureza mercantil.

Para finalizar, à luz de tudo exposto, requer a distribuição do processo para julgamento, para que na oportunidade sejam aplicados os entendimentos Jurisprudenciais consubstanciados na Súmula 166 do STJ, no REsp nº 1.125.133-SP, bem como nas decisões oriundas do STF, todas no sentido de extirpar a cobrança do ICMS no caso do presente auto de infração.

Ademais, requer que seja deferido o pedido para que a Recorrente realize sustentação oral com fundamento no art. 163 do Decreto nº 7.629/99, bem como intimação dos patronos da causa no endereço: Rua Frederico Simões, nº 85, sala 601, Caminho das Árvores, Salvador-BA, CEP 41.870-774.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente visando modificar a Decisão de piso que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epigrafe.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra a acusação fiscal de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido quando da aquisição interestadual de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, conforme previsto no Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, ao qual o autuado aderiu mediante celebração de Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda.

Desta forma, pelo citado Termo de Acordo, o recorrente, declara ser contribuinte do ICMS, passando a usufruir do tratamento simplificado que previa a aplicação do percentual de 3% sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais.

Ora, não podemos duvidar que o Recorrente celebrou, espontaneamente, o Termo de Acordo junto à SEFAZ, comprometendo-se a cumprir os Termos do Regime Simplificado, previstos no Capítulo XLIX do RICMS/BA, e os artigos 484 a 487, vigentes à época, como a seguir transcrito:

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“Art. 484. A empresa de construção civil, inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, adotará tratamento simplificado previsto neste capítulo para apuração do imposto.

§ 1º Considera-se empresa de construção civil aquela que desenvolver quaisquer das seguintes atividades, conjunta ou isoladamente:

I - Construção, demolição, reforma ou reparo de edificações;

II - construção e reparo de estradas de ferro e de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferiores e superiores de estradas;

III - construção e reparo de pontes, viadutos, logradouros públicos e outras obras de urbanismo;

IV - Construção de sistema de abastecimento de água e de saneamento;

V - Execução de terraplenagem e de pavimentação em geral e de obra hidráulica, marítima ou fluvial;

VI - Execução de obra elétrica, hidrelétrica e termoeletrica;

VII - execução, no respectivo canteiro, de obra de montagem e construção de estruturas em geral;

VIII - execução de fundações.

§ 2º Equiparam-se à empresa de construção civil, para fins de adoção do regime simplificado de tributação de que trata este capítulo, a incorporadora imobiliária, o consórcio de incorporação imobiliária, sociedade de propósito específico com fins imobiliários, consórcio de construção civil e construção de condomínio que desenvolvam, conjunta ou isoladamente, atividade de construção civil.”

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“Art. 485. O tratamento simplificado de que trata este capítulo consiste na aplicação do percentual de 3 % (três por cento) sobre o valor da operação nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo ou bens do ativo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais.

Parágrafo único. Não será exigido o recolhimento do imposto, na forma prevista no caput: I - na hipótese de a empresa de construção civil ou equiparada adquirir mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do estado de origem; Nota: A redação atual do inciso I do parágrafo único do art. 485 foi dada pela Alteração nº 2 (Decreto nº 13.945, de 23/04/12, DOE de 24/04/12), efeitos a partir de 01/04/12 (Redação anterior sem efeitos).

II - No retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular. “

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“Art. 486. O imposto calculado na forma deste capítulo será recolhido até o dia 25 (vinte e cinco) do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no Estado. “

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“Art. 487. O regime simplificado de apuração e recolhimento do imposto de que cuida este capítulo:

I - Desonera o contribuinte do pagamento do imposto relativo a operações internas subsequentes, exceto em relação à venda de mercadorias para terceiro não contratante da obra ou serviço;

II - Dispensa o contribuinte do pagamento do imposto nas operações interestaduais de transferência de mercadorias ou bens;

III - não se aplica ao pagamento do imposto nas operações de importação de mercadorias do exterior.

IV - Dispensa o remetente da retenção do ICMS por substituição tributária, quando o acordo interestadual permitir o deslocamento da responsabilidade tributária.”.

Vejam que algumas condições e exceções foram inseridas na legislação para o gozo do regime simplificado:

1. vedação à utilização de quaisquer créditos fiscais;
2. desoneração do pagamento do imposto relativo às operações internas subsequentes, exceto em relação à venda de mercadorias para terceiro não contratante da obra ou serviço;
3. dispensa do pagamento do imposto nas operações interestaduais de transferência de mercadorias ou bens;
4. não obrigação de recolher o imposto nas operações de importação de mercadorias do exterior;
5. dispensa, para o remetente, da retenção do ICMS por substituição tributária, quando o acordo interestadual permitisse o deslocamento da responsabilidade tributária.

Além disso, duas exceções ainda foram inseridas nos incisos I e II do artigo 485, acima reproduzido:

1. não exigência do recolhimento do imposto quando a empresa de construção civil ou equiparada adquirisse mercadorias ou bens em outra unidade da Federação com a cobrança do ICMS com base na alíquota interna do Estado de origem;
2. não exigência do recolhimento do imposto no retorno de mercadoria procedente de canteiro de obras localizado em outra unidade da Federação e pertencente ao mesmo titular.

O sujeito passivo, em seu apelo recursal, argumentou, em síntese, que não é devido o tributo em razão de: (i) Mera circulação física, não econômica, entre unidades da mesma pessoa jurídica – transferência de bens não autoriza a cobrança do imposto – critério material de incidência do

ICMS; (ii) da juntada de novos documentos e da busca da verdade material. Imprescindibilidade da realização de diligência/perícia técnica; e (iii) da cobrança de multa com caráter confiscatório: afronta às garantias constitucionais. Princípio processual da eventualidade.

Inicialmente, observo que o recorrente não concorda com a autuação, referente às transferências de materiais / bens ocorridos entre filiais da mesma empresa, afirmando que houve mera transferência física e não econômica e, por conseguinte, não pode constituir, desta forma, fato gerador do ICMS.

Pelo exame das normas regulamentares acima reproduzidas, depreende-se que a empresa de construção civil detentora de Termo de Acordo estava obrigada a recolher o ICMS, no percentual de 3% sobre o valor da operação, nas aquisições interestaduais de mercadorias, materiais de uso ou consumo ou bens do ativo fixo, acrescido dos valores correspondentes a seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no território baiano, tendo em vista que se declarou, em Termo de Acordo firmado, como contribuinte do imposto estadual.

É notório, interpretando a redação do caput do Art. 485 acima reproduzido, que o legislador baiano ofereceu ao prestador de serviço de construção civil, a possibilidade de pagamento de 3% de ICMS aplicável sobre o valor da operação de aquisição, em substituição à diferença de alíquota de 5%, 10% ou 13% aplicável para os demais contribuintes que apuram pelo regime normal de tributação. Neste sentido, não cabe ao meu ver, incluir na base de cálculo do ICMS, os valores das operações de transferências entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Assim, entendo que deve prosperar as razões alegadas em sede recursal apresentadas pelo recorrente, uma vez que, no Art. 485, a incidência do ICMS é, tão somente, sobre as aquisições. Ademais, concordo com o entendimento já sumulado pelo STJ (Súmula 166), o qual diz não ser fato gerador do ICMS as transferências de mercadorias, entre estabelecimentos de mesma titularidade. Na tabela apresentada a seguir, sintetizo os valores das operações de transferências consideradas pelo autuante:

OPERAÇÃO/PERÍODO	BASE DE CÁLCULO REGIME SIMPLIFICADO	ICMS - 3%
2154 - Transferência p/ utilização na prestação de serviço	724.911,19	21.747,34
2012	45.948,68	1.378,46
2013	152.887,52	4.586,63
2014	324.134,59	9.724,04
2015	201.940,40	6.058,21
2552 - Transferência de bem do ativo imobilizado	1.513.079,38	45.392,38
2012	8.479,70	254,39
2013	217.183,37	6.515,50
2014	1.119.405,59	33.582,17
2015	168.010,72	5.040,32
2557 - Transferência de material p/ uso ou consumo	378.976,61	11.369,30
2012	136.541,42	4.096,24
2013	75.869,56	2.276,09
2014	63.165,61	1.894,97
2015	103.400,02	3.102,00
6152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros	191.591,92	5.747,76
2012	189.615,21	5.688,46
2013	1.890,21	56,71
2015	86,50	2,60
Total Geral	2.808.559,10	84.256,77

Do total das operações de transferências incluídas na autuação, parte do valor foi recolhido pelo recorrente, cabendo, posteriormente, a solicitação de restituição e/ou compensação do tributo pago a maior.

Abaixo, compilei os valores do ICMS (3%) sobre as operações de transferências, por mês da ocorrência do fato gerador, objetivando excluir do valor mensal constante do auto de infração. Segue abaixo:

Mês	EXERCÍCIO			
	2012	2013	2014	2015
1	-	109,30	1.860,94	840,14
2	-	6.287,70	13.627,24	-
3	-	365,89	1.128,31	3.732,67
4	333,76	235,82	5.173,11	2.486,71
5	3.193,33	331,48	4.573,95	1.191,14
6	3.256,67	256,60	869,12	3.434,47
7	71,47	375,54	2.372,94	1.765,82
8	533,17	1.402,40	3.020,15	752,19
9	77,52	37,67	3.910,00	-
10	104,72	452,40	1.795,84	-
11	303,55	462,19	2.726,39	-
12	3.543,36	3.117,92	4.143,18	-
	11.417,55	13.434,91	45.201,17	14.203,14
Total	R\$ 84.256,77			

Nos meses em que o valor da autuação foi menor do que o valor a ser excluído, considerei o valor da exclusão idêntico ao valor da autuação. Por tais razões, julgo o feito procedente em parte, de acordo com o seguinte demonstrativo a seguir:

2012	JULGADO - JF	EXCLUSÃO	JULGADO - CJF
ABRIL	957,72	333,76	623,96
MAIO	11.936,91	3.193,33	8.743,58
JUNHO	22.548,05	3.256,67	19.291,38
JULHO	36.295,82	71,47	36.224,35
AGOSTO	2.607,58	533,17	2.074,41
SETEMBRO	15.391,53	77,52	15.314,01
OUTUBRO	180,17	104,72	75,45
NOVEMBRO	986,25	303,55	682,70
DEZEMBRO	9.039,80	3.543,36	5.496,44
2013			
JANEIRO	198,05	109,30	88,75
FEVEREIRO	7.308,67	6.287,70	1.020,97
MARÇO	624,28	365,89	258,39
ABRIL	582,71	235,82	346,89
MAIO	1.101,60	331,48	770,12
JUNHO	674,98	256,60	418,38
JULHO	2.195,17	375,54	1.819,63
SETEMBRO	0,17	0,17	-
OUTUBRO	14,81	14,81	-
NOVEMBRO	2,57	2,57	-
DEZEMBRO	2,91	2,91	-
2014			
MAIO	0,27	0,27	-
JUNHO	0,78	0,78	-
SETEMBRO	34,59	34,59	-
NOVEMBRO	58,95	58,95	-
DEZEMBRO	2.315,62	2.315,62	-
2015			
JANEIRO	209,37	209,37	-
FEVEREIRO	281,39	-	281,39
MARÇO	90,09	90,09	-
ABRIL	201,80	201,80	-
MAIO	412,05	412,05	-
JUNHO	145,04	145,04	-
JULHO	4.204,48	1.765,82	2.438,66
AGOSTO	9.194,93	752,19	8.442,74
TOTAL	129.799,11	25.386,91	104.412,20

Em relação ao pedido de diligência, fica indeferida, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for

considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; Já em relação à perícia técnica, nos termos do mesmo artigo 147 do RPAF/99, inciso II, alínea “a”, também fica indeferida, vez que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos.

No que tange ao pedido para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas em nome dos patronos da causa, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, desde que as intimações do autuado acerca do processo sejam feitas em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Por fim, não pode ser acatado o argumento recursal de que a multa é confiscatória, considerando que está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 e não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a seguir transcritos:

Art. 125. *Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Também não há como atender ao pleito do recorrente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIEMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, desconsiderando as operações de transferências entre os estabelecimentos da Recorrente, totalizando o valor do auto de infração em R\$ 104.412,20, conforme demonstrado a seguir:

AUTO	JULGADO - IJF	EXCLUSÃO	JULGADO - C.JF
TOTAL	129.799,11	25.386,91	104.412,20

VOTO VENCEDOR

Divirjo do nobre Relator em relação ao mérito da autuação por não concordar com as exclusões dos valores relativos às operações de transferência. O termo “aquisição” indicado no caput do Art. 485, do RICMS/12, não corresponde somente às compras, mas também às entradas por transferências.

Além disso, a Súmula nº 166 não se aplica às transferências interestaduais, haja vista que a filial é considerada “estabelecimento autônomo” para fins de apuração e recolhimento do ICMS. Tal entendimento decorre da Lei Complementar nº 87/96, uma vez que a referida Lei, em seu Art. 12, determina que:

“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”.

Visando uniformizar os entendimentos a serem adotados no âmbito da Administração Pública Estadual, a Procuradoria Geral do Estado expediu o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que “*não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”, sendo que este entendimento “*não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula nº 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do Art. 13, §4º, da LC nº 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio*

STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no Art. 13, §4º, da LC nº 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.”

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298578.0003/16-8** lavrado contra **ARM TELECOMUNICAÇÕES E SERVIÇOS DE ENGENHARIA S. A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$129.799,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Luiz Augusto Fernandes Dourado, José Carlos Barros Rodeiro e Carlos Antonio Borges Cohim Silva.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2019.

MAURICIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LUIZ AUGUSTO FERNANDES DOURADO – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS