

A. I. Nº - 269194.0005/19-3
AUTUADO - BRASKEM S.A.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-01/19

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO. RECOLHIMENTO A MENOR. SAÍDAS DE MERCADORIAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, conforme determina o §8º, do art. 17 da Lei nº 7.014/06. Infração subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/06/2019, exige ICMS no valor histórico de R\$932.921,27, mais multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho a dezembro de 2016; janeiro a dezembro de 2017; e janeiro a dezembro de 2018, com enquadramento nos artigos 17 a 21; e art. 23 da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese) e multa tipificada no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda na descrição da infração: “*trata-se especificamente de saídas em transferência interestadual de mercadorias adquiridas para comercialização cujos valores unitários daquelas são inferiores aos valores unitários das entradas mais recentes para cada item*”.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 11/06/19, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 12/08/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 21 a 30. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme Instrumentos de Substabelecimento e de Procuração, constante nos Autos às fls. 31/33.

A Impugnante inicia sua peça abordando a tempestividade da mesma, além de fazer uma breve descrição dos fatos que ensejaram a autuação.

Em seguida, alega que no presente caso, o crédito tributário não é exigível, pois as saídas dos produtos em transferência ocorreram para estabelecimento pertencente ao mesmo titular.

Entende que o autuante agiu de forma equivocada, tendo em vista a previsão do art. 155, inciso II da Constituição Federal, a jurisprudência pátria e a Súmula nº 166 do STJ.

Diz que da análise do art. 155, II da CF, pode-se observar que a previsão é expressa no sentido de que o Estado apenas poderá instituir/exigir o imposto quando há a devida circulação de mercadoria, perfectibilizada na transferência de titularidade da mercadoria, e considera que não se verifica isto no caso em questão.

Cita o autor Leandro Paulsen com o intuito de demonstrar o entendimento de que “*o fato jurídico da “saída” de mercadoria do estabelecimento por si só, seria irrelevante para tipificar a hipótese de incidência do imposto, sendo firmada a diretriz de que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Argumenta que, no presente caso, trata-se de simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, razão pela qual entende que não há de se falar na ocorrência de fato gerador do imposto em exigência.

Acrescenta que, nessas operações, a pretensão da fiscalização esbarra também na jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, e traz a colação algumas decisões do STF, do STJ, além do TJ-BA, visando amparar sua argumentação.

Ao final, requer o julgamento pela improcedência do auto de infração, com o consequente arquivamento do presente processo.

Solicita, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência por auditor estranho ao feito, caso não ocorra a revisão na informação fiscal.

O autuante, em informação fiscal às fls. 63/65, aduz que segundo os artigos da Lei nº 7014/96 já citados no enquadramento desta infração, em especial o art. 17, há incidência do ICMS em operações de transferências interestaduais de mercadorias ou produtos de elaboração própria.

Explica que, para o caso específico desta infração, houve transferência de mercadorias adquiridas de terceiros com o fito de comercialização.

Acrescenta que, nesta circunstância, não somente há incidência do imposto como sua base de cálculo deve corresponder à entrada mais recente da mesma mercadoria, conforme previsto no §8º do art. 17, acima mencionado.

Assevera que o fato é que a autuada transferiu uma série de mercadorias com respectivos valores unitários inferiores ao custo unitário de suas entradas mais recentes, consoante demonstrativos já acostados a este PAF desde sua origem.

Diz que o Impugnante alega violação da CF, de algumas decisões judiciais, além da súmula 166 do STJ, mas que a fiscalização deve orientar-se pela legislação baiana, que é clara quanto à incidência do ICMS nestas hipóteses.

Assevera que, além disso, há entendimento firmado em Incidente de Uniformização da Procuradoria Geral do Estado da Bahia de nº PGE 2016.169506-0 de que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, mas 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 não enfrentou 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.

Ao final, ratifica a ação fiscal em toda a sua integralidade, pugnando pela Procedência Total do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde, não havendo do que se falar em nulidade do ato, nem ofensa às determinações do art. 142 do CTN.

O autuado, no final de sua peça defensiva, solicitou a realização de diligência, porém, indefiro o referido pedido, tendo em vista que os elementos acostados aos autos se apresentam suficientes

para formação do meu convencimento e decisão da lide, de acordo com o que prevê o art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração lavrado exige ICMS decorrente do recolhimento a menor do imposto, pelo fato do autuado ter realizado transferências interestaduais de mercadorias, adquiridas para comercialização, onde os valores unitários daquelas foram inferiores aos valores unitários das entradas mais recentes para cada item.

O autuado alegou que o autuante agiu de forma equivocada, tendo em vista a previsão do art. 155, inciso II da Constituição Federal, a jurisprudência pátria e a Súmula nº 166 do STJ.

Todavia, não assiste razão ao autuado, tendo em vista que as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, localizados em unidades federadas distintas, não se encontram albergados no campo de não incidência do ICMS, visto que a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 12, I, prescreve a seguinte regra:

“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”;

O entendimento consolidado no Estado da Bahia, através de incidente de uniformização da Procuradoria Geral do Estado (PGE) nº 2016.169505-0, é no sentido de que a não incidência do ICMS tem lugar tão somente em relação às transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Este entendimento não alcança, portanto, as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, tendo em vista que a Súmula nº 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai o fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º da LC 87/96, que tratam da definição da base de cálculo nas operações de transferências interestaduais de mercadorias.

Conforme consta no citado incidente, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda que 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. O próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do REsp nº 1.109.298-RS, que discute, especificadamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º da LC 87/96, revelando indicativo de que não se deve ter como definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.

Apesar das transferências de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracterizar uma operação, não havendo pagamento nem recebimento de numerário, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o Art. 11, §3º, II da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

*...
§ 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;”*

Por outro lado, é indubidoso que, ao receber as mercadorias ou bens decorrentes das operações de transferências interestaduais, ocorre a entradas dessas mercadorias ou bens no estabelecimento Autuado, o que se configura a ocorrência do fato gerador do imposto, ao teor do inciso XV, do Art. 4º da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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

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

Já 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;”

Logo, não deve prosperar o argumento da defesa ao aduzir que nas transferências interestaduais não ocorre o fato gerador do ICMS, tendo em vista a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, concomitantemente, com a expressa previsão legal na legislação baiana.

Ademais, a própria ação do autuado em tributar as transferências interestaduais, apenas não atendendo ao disposto no §8º, do art. 17 da Lei nº 7.014/06, ou seja, não utilizando como base de cálculo do imposto o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, vai de encontro aos argumentos trazidos em sua peça defensiva.

Portanto, resta caracterizada integralmente a infração apontada na presente autuação, amparada nos demonstrativos às fls. 08 a 14, e mídia à fl. 15, que em nenhum momento foram objeto de contestação por parte do sujeito passivo.

Vale, ainda, ressaltar que entendimento referente à tributação, nas transferências interestaduais, já se afigura pacificado neste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos nºs 0001-11/14, 0263-12/14 e 0375-11/14, prolatados pelas 1ª e 2ª Câmaras de Julgamento Fiscal.

Por fim, descabe, ainda, a apreciação de arguição de ilegalidade e constitucionalidade em sede de tribunal administrativo, uma vez que discussão de questões relativas à constitucionalidade de normas foge, por determinação legal, a competência deste órgão julgador, à vista do artigo 167, I do RPAF/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269194.0005/19-3, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$932.921,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR