

A. I. N° - 269132.0003/20-8
AUTUADO - MESSER GASES LTDA.
AUTUANTES - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0153-04/20-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Em conclusão, voto pela Nulidade do presente Auto de Infração, com base no inc. IV, do art. 18, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99. Entretanto, com fundamento no art.156, c/c art. 21, do mesmo diploma legal, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, efetivamente, em relação às operações de entradas, objeto da presente autuação, não se destinaram à comercialização ou industrialização, observando o aspecto decadencial do crédito tributário. Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, alterado pelo Decreto n° 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2020, exige o débito no valor de R\$810.490,85, inerente aos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativos e documentos às fls. 4 a 47 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$778.042,40, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos exercícios de 2016 e 2017 na forma dos demonstrativos de fls. 13 a 31 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$778.042,40, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei n° 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012 e multa de 60% tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei n° 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos, como informações complementares, tratar-se das entradas registradas pelo próprio contribuinte como ativo fixo e/ou consumo, com o destaque de que os valores aqui reclamados se referem à diferença entre o que foi apurado pela fiscalização e o que

foi calculado pelo contribuinte e debitado em sua apuração mensal de ICMS, conforme demonstrativos constantes dos ANEXOS IA e IB.

INFRAÇÃO 2 – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$32.448,45, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos exercícios de 2016 e 2017 na forma dos demonstrativos de fls. 32 a 47 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$32.448,45, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos, como informações complementares, tratar-se das entradas destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento e que foram equivocadamente registradas como insumos, conforme demonstrativo constantes dos ANEXOS IIA e IIB.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 66 a 73, onde diz impugnar o Auto de Infração, conforme a seguir exposto.

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (“CNPJ/MF”) sob o nº. 60.619.202/0001-48, com sede na Alameda Mamoré, 989 - 110 andar, Alphaville, Município de Barueri, Estado de São Paulo, CEP 06.454-040 e estabelecimento filial neste Estado da Bahia, na V Urbana, 570, Região Sul, Município de Simões Filho, CEP 43.700-000, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 60.619.202/0009-03 e portador da Inscrição Estadual nº 065.247.299, diante do auto de infração em epígrafe, lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (“IMPUGNADA” ou “SEFAZ”), por seus procuradores que esta subscrevem (doc. 1), vem, à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no artigo 123, do Decreto nº 7.629 de 09.07.1999 (“RPAF”) apresentar sua defesa pelas razões de fato e de direito a seguir.

Pontua que é uma empresa que atua no setor de produção e comercialização de gases industriais, medicinais, hospitalares e de suporte respiratório domiciliar por meio de unidades nas mais variadas regiões do Brasil.

Registra que o presente auto de infração foi lavrado, sob duas justificativas, que destaca. Em ambos casos, a d. fiscalização alegou violação ao art. 40, XV, da Lei nº 7.014, de 04.12.1996, c/c art. 305, §40, III, “a”, do Decreto nº 13.780, de 16.03.2012 (“RICMS”), que transcreve.

Diz que o auto de infração totaliza a importância de R\$810.490,85, tendo como período abrangido pela fiscalização fevereiro de 2016 a janeiro de 2018. Entretanto, conforme se passará a demonstrar, o presente lançamento não pode prevalecer, conforme será esclarecido em pormenores à frente.

I. DO MÉRITO

IA - NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS NA SIMPLES TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR: DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ANULATÓRIA Nº 0578993-26.2016.8.05.0001 DETERMINANDO QUE O ESTADO DA BAHIA SE ABSTENHA DE EXIGIR O ICMS NAS TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE BENS PARA USO E CONSUMO E PARA ATIVO FIXO, SÚMULA 166 DO STJ E RECURSO REPETITIVO RESP N. 1.125.133/SP

De início, diz que, importante registrar que o i. juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da Ação Anulatória nº 0578993-26.2016.8.05.0001, determinou que o Estado da Bahia se abstenha de exigir o ICMS de transferências interestaduais de bens para uso e consumo e para integrar o ativo fixo da Impugnante, até ulterior deliberação. A decisão proferida em 06.12.2016 e vigente até a presente data (doc. 3).

Dessa forma, aduz que é absolutamente impertinente a lavratura do presente auto de infração, já que se está diante de descumprimento da ordem proferida pelo r. juízo daquele feito.

Consigna que, conforme consta na descrição do auto de infração bem como dos Anexos I e II, entre outras, a fiscalização exige o recolhimento de ICMS sobre simples transferências de bens entre estabelecimentos filiais da Impugnante.

Diz que isso é o que se constata, também, pela análise das notas fiscais objeto de questionamento, que foram emitidas para documentar a transferência de material de consumo e ativo fixo entre estabelecimentos filiais da Impugnante, sendo este fato incontroverso.

Tomando como exemplo, os DANFES nºs 270.294 e 270.591 e assim por diante, cujos CFOPs são nºs 6.557 ou 6.552 (doc. 4), diz que, extraído do próprio relatório utilizado pelo d. Auditor, é possível notar por meio dos CNPJ citados que grande parte das notas mencionadas se trata operações com as filiais da Impugnante (anexos I e II).

Observa que, sem dificuldade, pode-se concluir que se trata de operação distante do campo de incidência do ICMS, já que não há circulação jurídica de mercadorias.

Pontua que, no presente caso, com todo respeito, para efeito de recolhimento de ICMS, pouco importa se ocorreu transferência de ativo fixo da empresa ou material de uso e consumo, conforme leva a crer o relato do auto de infração, pois, em ambos os casos não há subsunção do fato individual e concreto à norma jurídica a justificar a exigência do imposto estadual.

Diz que, no presente caso, houve mera circulação física (não jurídica) de produtos para uso e consumo e para incorporação ao ativo de uma filial para outra, fato incontroverso comprovado pelas afirmações da própria fiscalização e a partir da leitura do processo administrativo.

A par disso tudo, aduz que é óbvio que não comercializou ou vendeu esses produtos para si mesma, nem os vendeu de um de seus estabelecimentos para outro. O que houve foi mera transferência física dos aludidos produtos, não passível de tributação pelo ICMS!

Corroborando com esse entendimento, traz aos autos entendimento do estudioso do direito, Arnoldo Wald, bem como a ementa da Súmula nº166 do STJ e decisões do TJ/BA (TJ/BA. Embargos de Declaração 0025344-46.2015.8.05.0000/50001. Rel. Jatahy Júnior, Segunda Câmara Cível. DJe 13.04.2016; TJ/BA, Apelação 0517462-07.2014.8.05.0001. Relª Joanice Maria Guimarães de Jesus, Terceira Câmara Cível. DJe 06.09.2017 e TJ/BA. Agravo interno nº 0504995-30.2013.8.05.0001/50001. Relª Joanice Maria Guimarães de Jesus, Terceira Câmara Cível. DJe 26.03.2019), além da ementa do recurso especial apreciado sob o regime de recursos repetitivos, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux de nº REsp 1.125.133/SP, Primeira Seção, DJe de 10.09.2010, RTFP vol.96, p.392). Tudo transcrito nas fls. 55-v a 58 do presente PAF.

Neste contexto diz que é incontroverso, portanto, que o ICMS não incide na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Registra, também, que nem se alegue, que a hipótese de não incidência acima descrita aplica-se, apenas, aos casos em que as filiais estejam localizadas dentro de uma mesma unidade da Federação, já que tal afirmação contraria expressamente o que entendeu o STJ (RESP 772.891/RJ - Primeira Turma - Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.04.2007. p. 219), conforme destaque a seguir:

“Tributário, Recurso especial, ICMS. Transferência de bens do ativo fixo entre estabelecimentos do mesmo titular (filial e matriz), Não-constituição do fato gerador, Restituição do indébito tributário, Artigo 166, do CTN. Prova da não repercussão do encargo financeiro, Inexistência, Compensação na escrita fiscal regulada por legislação local, Atendimento dos requisitos, Inexistência de óbice da fazenda estadual ao creditamento efetuado pelo contribuinte, Acórdão calcado em interpretação de direito local, Súmula 280/STF, Aplicação.

(...)

3. A jurisprudência cristalizada no 5º rnbíto do STJ é no sentido de que ‘não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte’ (Súmula 166), restando assente, em diversos julgados, a irrelevância dos estabelecimentos situarem-se em Estados distintos (Precedentes do STJ: AgRg no RESP 601140/MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 10.04.2006; RESP 659569/RS, Segunda Turma, publicado no 09.05.2005; AgRg no Ag 287132/MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 18.12.2000; c 121738/RJ, Primeira Turma, publicado no DJ de 01.09.1997),

4. In casu, os autos retratam hipótese de transferência interestadual de bens do ativo fixo e de materiais de uso e consumo da filial da empresa, situada no Estado do Rio de Janeiro, para sua sede localizada na Zona

Franca de Manaus (saída da filial e entrada na matriz), fato que refoge à regra-matriz de incidência do ICMS, razão pela qual não merece prosperar a pretensão recursal fazendária, no particular.

(...)

6. Recurso especial desprovido “ (grifou-se)

Diz, adicionalmente, tendo em vista que o presente processo trata de matéria que já foi tema de recurso especial repetitivo, caberia aplicar o entendimento previsto no artigo 927, da Lei nº 13.105 de 16.03.2015, Código de Processo Civil (“CPC/15”), que assim dispõe:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;” (grifou-se)

Aduz, então, ainda que a norma se refira aos magistrados, nada impede que os julgadores administrativos dela se valham por analogia.

Registra que não poderia deixar passar despercebido também que, mesmo sob o ângulo constitucional, o STF fixou entendimento, pacífico, no sentido de que não incide ICMS entre estabelecimentos da mesma empresa. Nesse sentido, diz que recentemente, a Corte Constitucional se posicionou STF: (Recurso Extraordinário com Agravo 1.245.616. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.12.2019)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO CONTRIBUINTE SITUADOS EM ESTADOS DISTINTOS DA FEDERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA NO STF. DISPENSA DA OBSERVÂNCIA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. AGRAVO DESPROVIDO” (Recurso Extraordinário com Agravo 1.245.616. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.12.2019)

Diante de todas essas considerações, diz restar evidente, portanto, que a mera circulação física de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular não é fato gerador do ICMS, devendo ser afastada a cobrança em discussão.

I.B - OS ITENS AUTUADOS SÃO UTILIZADOS COMO INSUMOS PARA VENDA DE INSTALAÇÃO DE INFRAESTRUTURA DE FORNECIMENTO DE GASES MEDICINAIS E INDUSTRIAIS

Diz que, conforme mencionado acima, a fiscalização acusa ainda a Impugnante de utilização indevida de créditos de ICMS na aquisição de material para uso e consumo do seu estabelecimento.

Destaca que a d. fiscalização entendeu que os itens enumerados no Anexo I e II seriam destinados ao ativo fixo ou consumo do próprio estabelecimento da Impugnante e que foram equivocadamente registrados como insumo, o que não pode prevalecer.

Para melhor contextualização, aduz que vale a pena mencionar que a Impugnante produz e comercializa gases industriais e medicinais. Além disso, a Impugnante efetua a venda das centrais distribuidoras de gases, o que compreende além dos equipamentos, a instalação completa da infraestrutura para que as empresas possam receber os gases.

Diz que essas atividades se encontram previstas no objeto social da Impugnante, destacando-se o item (i) abaixo:

“i) Fabricação, industrialização, comercialização, armazenamento, distribuição, expedição, importação e exportação de: (a) gases industriais; (b) gases medicinais; c) plantas produtoras de gases; (e) centrais de distribuidoras de gases; e (f) aparelhos e equipamentos para solda e corte; (Grifou-se)

Registra que, além da produção e comercialização de gases, também efetua a venda dos equipamentos necessários à utilização dos gases, dentre os quais a central de distribuição de gases. Essa venda compreende não só os equipamentos que compõe a central como também a sua instalação no estabelecimento dos clientes.

Frisa que, esse é o caso, por exemplo, das instalações de ligação do ponto de abastecimento no tanque de gás na porta de um hospital até o ponto final na sala de UTI (toda essa estrutura é denominada central de gases).

Diz que os itens glosados (v.g, compressores, válvulas, terminais, manômetros, placas de sinalização) são peças e partes justamente da central de distribuição de gases que vende para hospitais, clínicas e também para empresas.

Aduz que essa operação é denominada como venda da central de gases, em que instala toda infraestrutura necessária para adequada utilização dos gases, seguindo as normas técnicas aplicáveis.

Registra que vende essa central de gases e absolutamente todos os itens mencionados nos anexos se incluem nesse tipo de operação de instalação da infraestrutura para fornecimento dos gases medicinais e industriais e é exatamente por esse motivo que tomou o crédito desses itens.

A fim de corroborar os argumentos supra, diz ter juntado aos autos: planilha contendo a relação dos componentes utilizados na instalação das centrais e as notas fiscais que comprovam a operação (doc. 5).

Cotejando os documentos mencionados no parágrafo anterior, diz perceber que venda da central envolve diversos componentes (tubos, conexões, serpentinas, terminais médicos, etc) que são exatamente os itens glosados pela fiscalização.

Entre esses documentos, aduz que vale destacar que a lista técnica da central de gases contém, de forma pormenorizada, os itens que pertencem a central de gases (doc. 6).

Pontua que os itens mencionados na lista técnica são exatamente os que foram autuados pela fiscalização como bens para uso e consumo quando, na realidade, diz compor toda a estrutura da central de gases. Registra que as saídas das centrais são tributadas pelo ICMS, de modo que não há qualquer impeditivo legal à tomada de crédito dos itens que a compõem.

Após descrever aspectos relacionados ao art. 21 da LC 87/96, bem como o arts. 19 e 20 do mesmo diploma legal, diz que tais dispositivos acima asseguram o crédito sobre a entrada de mercadorias no estabelecimento sempre que estejam vinculadas à atividade empresarial do contribuinte. O crédito é vedado e o estorno só exigido, respectivamente, nas hipóteses do art. 20 e nas situações do art. 21 da LC 87/96.

Acrescenta que, os arts. 28 e 29 da Lei 7.014/96 autorizam o crédito de mercadoria que processo produtivo do bem que será comercializado posteriormente. Desse modo, diz que, levando em consideração que os itens arrolados nos anexos desse auto de infração integram as centrais de gases vendidas pela Impugnante, não resta a menor dúvida sobre o direito ao creditamento sobre esses itens.

Repisa que os contratos e as notas fiscais juntados aos autos e mencionados acima não deixam dúvida e corroboram as alegações de que há irrefutável direito ao creditamento por se tratar de nítido insumo utilizado na venda da instalação de infraestrutura para fornecimentos de gases, sendo de rigor que esse d. CONSEF determine o cancelamento da presente autuação ou numa hipótese remota, determina a baixa dos autos para efetuar diligência, nos termos do tópico IV.

II. DILIGÊNCIA

Diz que entende ter juntado à presente defesa documentos suficientes para comprovar todas as suas afirmações e demonstrar a improcedência da cobrança. Porém, caso haja dúvida quanto às afirmações da presente defesa, fica desde já requerida a realização de diligência.

Para fins de atendimento ao que dispõem os arts. 144 e 145, RPAF, informa: “(a) motivo que justifica a realização de diligência”

- Anexo I: apurar se os itens autuados pela fiscalização podem ser considerados insumos na venda para instalação de infraestrutura de venda de gases medicinais e industriais; e
- Anexo II: apurar, apenas em caso de dúvida dos julgadores, se as notas fiscais questionadas correspondem, efetivamente, a mercadorias entregues e entradas no estabelecimento da Impugnante.

Adicionalmente, diz que poderá o julgador determinar, de ofício a realização de diligência para que se analisem os argumentos da defesa à luz da sua documentação fiscal, hipótese em que será desnecessária a formulação de quesitos. Neste caso, ainda, diz que deverá haver intimação da Impugnante para apresentar novos documentos que possam contribuir na busca da verdade material.

III. DO PEDIDO

Em face do exposto, requer que:

- a) seja recebida e processada a presente impugnação para suspender a exigibilidade do crédito tributário, consoante disposição do artigo 151, inciso III, do CTN;
- b) caso a CONSEF tenha dúvida a respeito, determine a conversão de julgamento em diligência, nos termos da defesa; e
- c) julgar, ao final, procedente a presente impugnação para então cancelar a integralidade do presente AIIM, seja diante da sua nulidade, seja da sua improcedência no mérito.

Os Autuantes ao prestarem a Informação Fiscal, à fl. 65/73 dos autos, após descrever resumidamente a autuação, trazem as seguintes considerações, que dizem ter sido, resumidamente, aos termos da defesa:

- **Infração 01**

Dizem que, ademais de outras considerações tendentes a descaracterizar o cometimento da infração 01, a autuada esclarece existir decisão judicial determinando que o Estado da Bahia se abstenha de exigir ICMS na transferência interestadual de bens para uso e consumo e para o ativo imobilizado.

- **Infração 02**

Dizem que a autuada alega que os itens entendidos pela fiscalização como de uso/consumo e ativo fixo são insumos para suas vendas de centrais distribuidoras de gases. Em consequência, requer que se reconheça o direito ao crédito de ICMS quando da entrada dos insumos em questão. Diz que o pleito será acolhido nas contrarrazões.

- **Pedido de diligência**

Na sequência, dizem que a autuada requer a conversão do PAF em diligência, caso o CONSEF tenha dúvida a respeito.

I. DAS CONTRARRAZÕES

1.1 INFRAÇÃO 01

Consignam que, dos esclarecimentos do defendente de existir decisão judicial determinando que o Estado da Bahia se abstenha de exigir ICMS na transferência interestadual de bens para uso e consumo e para o ativo imobilizado, registram que o lançamento de ofício somente foi praticado por desconhecimento da existência de processo judicial, em função de não haver registro, nos sistema de informação de contribuintes da Secretaria da Fazenda, acerca da existência da referida decisão interlocutória, que transcrevem.

Dizem, então, que, uma vez cientes da decisão judicial referida, e constatando que ainda não houve julgamento de mérito, permanecendo válidos os efeitos da decisão interlocutória, pugnam pela improcedência da Infração 01.

1.2 INFRAÇÃO 02

Dizem que a autuada alega, em sua defesa, que os produtos considerados pelos autuantes como ativo e materiais de uso/consumo são insumos utilizados na montagem de centrais de gases construídas pela empresa para posterior venda a seus clientes.

De fato, o objeto da alegação foi constatado pelos autuantes, através de suas notas fiscais de saídas operações de venda de centrais de gases, documentos esses, inclusive, anexados pela autuada em sua defesa.

Observam que os produtos analisados isoladamente possuem características de ativos e material de uso/consumo no ambiente industrial, razão pela qual os autuantes os consideraram como passíveis de exigência de recolhimento de diferença de alíquotas quando da lavratura do auto de infração.

Por ocasião desta informação fiscal, com o entendimento da função dos itens no processo produtivo da empresa, devidamente explicados na peça de defesa, reconhecem caber um enquadramento diverso do comum do ponto de vista fiscal, e o que poderia ser considerado como ativo permanente ou material uso consumo passa a ter um tratamento fiscal de insumo, e foi o que ocorreu quando os mesmos foram utilizados na montagem de centrais de gases, sendo incorporados ao produto final.

Registram que, como as centrais de gases são produto acabado da empresa, e esses materiais em lide são utilizados na sua montagem, então, reconhecem que de fato os mesmos podem ser caracterizados como insumo. Concluem assim, acatando as argumentações apresentadas pela autuada de que não é devido o recolhimento do ICMS diferença de alíquota

Pelo exposto, dizem acolher a tese de defesa da autuada e pugnam pela improcedência da Infração 02.

II. DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Dizem que, diante dos esclarecimentos prestados nestas contrarrazões e que deram acolhimento às razões de defesa na íntegra, resta prejudicado o pedido de diligência.

III. CONCLUSÃO

Tendo manifestado fundamentadamente sobre cada aspecto da defesa, dizem que, diante do acolhimento das razões do contribuinte, conforme evidenciado acima para cada infração, são pela improcedência do Auto de Infração nº 269132.0003/20-8, em tela.

À fl. 75-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário, para exigir o ICMS no montante de R\$810.490,85, inerente aos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativos e documentos às fls. 7 a 47, através do lançamento de duas infração, sendo a infração 1 no valor de R\$778.042,40, e a infração 2 no valor de R\$32.448,45, ambas decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, com enquadramento no art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inc. III alínea “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60%, tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz que o lançamento não pode prevalecer sob duas arguições de mérito:

- (1) *uma, diz que não há ocorrência do fato gerador do ICMS na simples transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular: DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ANULATÓRIA Nº 0578993-26.2016.8.05.0001 DETERMINANDO QUE O ESTADO DA BAHIA SE ABSTENHA DE EXIGIR O ICMS NAS TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAIS DE BENS PARA USO E CONSUMO E PARA ATIVO FIXO, SÚMULA 166 DO STJ E RECURSO REPETITIVO RESP N. 1.125.133/SP.*
- (2) *a outra, diz que os itens autuados são utilizados como insumos para venda de instalação de infraestrutura de fornecimento de gases medicinais e industriais: A IMPUGNANTE DIZ EFETUAR VENDAS DE CENTRAIS DISTRIBUIDORAS, O QUE COMPREENDE ALÉM DOS*

EQUIPAMENTOS A INSTALAÇÃO COMPLETA DA INFRAESTRUTURA PARA QUE AS EMPRESAS POSSAM RECEBER OS GASES.

Por sua vez, em sede de Informação Fiscal, os agentes Autuantes, em relação a Infração 1, diz que a Autuada esclarece existir decisão judicial, determinando que o Estado da Bahia se abstenha de exigir ICMS na transferência interestadual de bens para uso e consumo e para ativo imobilizado, a qual não tinha ciência quando da constituição do lançamento; então, diante da prova documental da decisão judicial de fls. 67 a 71 dos autos, pugnam pela improcedência da infração 1.

Todavia, em relação a Infração 2, os agentes Autuante dizem que o Contribuinte Autuado alega em sua defesa, que os produtos considerados na autuação como ativo e materiais de uso ou consumo, são insumos utilizados na montagem de centrais de gases construídas pela empresa, para posterior venda a seus clientes.

Consignam, que, de fato, tal alegação foi constatada, através de suas notas fiscais de saídas e operações de venda de centrais de gases, documentos esses, inclusive, aduzem terem sido anexados pela autuada em sua defesa.

Observam também, que os produtos analisados isoladamente possuem características de ativos e material de uso ou consumo no ambiente industrial, razão pela qual consideraram como passíveis de exigência de recolhimento de diferença de alíquotas, quando da lavratura do Auto de Infração em análise.

Entretanto, por ocasião da informação fiscal, com o entendimento da função dos itens no processo produtivo da empresa, devidamente explicados na peça de defesa, reconhecem caber *“um enquadramento diverso do comum do ponto de vista fiscal”*, e o que poderia ser considerado como ativo permanente ou material de uso consumo, passa agora a ter um tratamento fiscal de insumo. É o que dizem ter ocorrido quando os mesmos foram utilizados na montagem de centrais de gases, sendo incorporados ao produto final.

Registram então, que *“como as centrais de gases são produto acabado da empresa”*, e esses materiais em lide são utilizados na sua montagem, então, *“reconhecem que de fato os mesmos podem ser caracterizados como insumo”*. Concluem assim, acatando as argumentações apresentadas pela autuada, de que não é devido o recolhimento do ICMS diferença de alíquota.

Aduzem, assim, acolher a tese de defesa da autuada e pugnam pela improcedência da Infração 02.

Isto posto, passo à análise do mérito da autuação. Vejo que a questão de fundo do presente Auto de Infração, diz respeito à arguição do sujeito passivo quanto a não incidência do imposto (ICMS), nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, e o enquadramento das mercadorias adquiridas/transferidas de outras Unidades da Federação, como insumo na produção de *“centrais de gases”*, e não como destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, como assim foram imputadas na autuação.

Primeiramente, uma das questões de arguição que dizem respeito a não incidência do imposto (ICMS) nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, já é por demais conhecida deste órgão julgador administrativo, na medida em que inúmeros Autos de Infração, da mesma natureza, já transitaram e ainda transitam por aqui, inclusive por esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, com ação anulatória sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, que falece competência dos órgãos julgadores apreciar, conforme assim preconiza o inc. II, do art. 167, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, e muito menos o agente Fiscal Autuante, quando manifesta pela improcedência da infração 1, após constituído o lançamento fiscal.

Neste sentido, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo, importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99, onde, em conformidade com o § 1º do mesmo dispositivo legal, os autos são remetidos à DARC para inscrição na Dívida Ativa, vez que a ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário.

Por outro lado, em relação a outra questão de fundo do presente Auto de Infração, que diz respeito à arguição do defendente, de que os itens autuados são utilizados como insumos para venda de instalação de infraestrutura de fornecimento de gases medicinais e industriais, vejo que não há lide, vez que os agentes Autuantes, inclusive, manifestaram pela improcedência da autuação, no caso, em tela, expressaram a improcedência da infração 2, como se esta infração é a que se relaciona a essa tese de defesa.

Pois bem! Não é o que observo dos autos. Primeiramente, volto a destacar os termos da autuação, isto é, trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$810.490,85, através do lançamento de duas infrações, sendo a infração 1 no valor de R\$778.042,40, e a infração 2 no valor de R\$32.448,45, ambas decorrentes da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Neste contexto, vê-se uma contradição dos Autuantes na Informação Fiscal, entre os que afirmam relacionar o lançamento fiscal com o efetivamente cobrado nas autuações, ou seja, deixam entender, nas suas manifestações, que a infração 1, trata-se eminentemente de produtos oriundos de outras Unidades da Federação, por transferência de estabelecimento do mesmo titular, destinados ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, e que por isso, expressam sua improcedência por quantum Ação Anulatória nº 0578993-26.2016.8.05.0001; por sua vez, na infração 2, deixam entender que se trata de aquisições de mercadorias de outras Unidades da Federação destinadas também ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, em que acatam a tese de defesa que, de fato, são utilizados como insumos na montagem de centrais de gases, o que, também, expressam por sua improcedência.

Não é o que vejo dos demonstrativos de débitos da autuação. Observo no demonstrativo de débito da infração 1 (ANEXO I A), operações com CFOP 6151 e 6152 (*“transferência”*), quanto operações com CFOP 6101 e 6102 (*“venda”*). Também observo no demonstrativo de débito da infração 2 (ANEXO II A), operações com CFOP 2151 e 2152 (*“transferência”*), quanto operações com CFOP 2101 (*“compra”*), além do CFOP 2910 (*“entrada de bonificação, doação ou brinde”*).

Neste diapasão, em relação a infração 2, que a luz da informação fiscal, os autuantes acatam a tese de defesa, de que são aquisições de mercadorias de outras Unidades da Federação utilizados como insumos na montagem de centrais de gases, o que pede sua improcedência. Vejo diferentemente do afirmado pelos Autuantes: mais de 90% das operações constantes do demonstrativo de débito da autuação, não se tratam de aquisições e sim transferência com CFOP 2151 e 2152. Os outros 10% relacionam operações com CFOP 2101 (*“compra”*) e CFOP 2910 (*“entrada de bonificação, doação ou brinde”*).

Por outro lado, em relação à infração 1, que também, à luz da informação fiscal, manifestam pela improcedência da autuação, dado à tese de defesa de que existe uma ação anulatória determinando o Estado da Bahia de se abster de exigir o ICMS nas transferências interestaduais, também vejo, diferentemente do afirmado pelos Autuantes, mais de 90% das operações, ao contrário da infração 2, o demonstrativo de débito indicam operações de entrada com CFOP 6101 e 6102 (*“venda”*); os outros 10%, talvez menos, operações com CFOP 6151 e 6152 (*“transferência”*).

Isto posto, não obstante as contradições dos Autuantes trazidas aos autos, em sede de Informação Fiscal, quanto à sua manifestação de improcedência das infrações, objeto do Auto de Infração em tela, observo que o cerne da autuação foi motivada pela interpretação dos Autuantes, de que as operações constantes dos demonstrativos de débitos das infrações 1 e 2, objeto dos ANEXO IA (fls. 13/29) e ANEXO IIA, (fls. 32/46), eram todas destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento do defendente, onde agora, manifestam pela improcedência de todas as imputações no Auto de Infração, em tela.

Neste sentido, não acolho o opinativo dos Autuantes no sentido que o Auto de Infração em tela, seja julgado improcedente, vez que, em relação a infração 1, falece competência desse órgão julgador apreciar, conforme assim preconiza o inc. II, do art. 167, do RPAF/99, aprovado pelo

Decreto nº 7.629, de 09/07/99, e muito menos o Agente Fiscal Autuante, após constituído o lançamento fiscal, apreciar decisão judicial, como já destacado anteriormente.

Ademais, compulsando a descrição das operações, objeto dos demonstrativos de débito do Auto de Infração, seja da própria infração 1, ou seja da infração 2, que também tem o opinativo dos Autuantes por sua improcedência, sob a perspectiva de que de fato não se trata de operações destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento do defendente, observo que seus argumentos não me convencem quando apenas afirmam “*que podem ser caracterizados como insumos*”. Em matéria do direito tributário não cabe arrodeio. Tem de ser contundentes na afirmação se os produtos são insumos ou não são, com justificativa.

Diante da inexistência de elementos suficientes para caracterizar as infrações imputadas e a inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incertezas nas autuações, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, voto pela nulidade do presente Auto de Infração, com base no inc. IV, do art. 18, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Entretanto, com fundamento no art. 156, c/c art. 21 do mesmo diploma legal, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, efetivamente, em relação às operações de entradas, objeto da presente autuação, não se destinaram à comercialização ou industrialização, observando o aspecto decadencial do crédito.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 269132.0003/20-8, lavrado contra MESSER GASES LTDA.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA