III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR

A532
Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-000-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR

Apresentação

O GT de DIREITO TRIBUTÁRIO, ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR, realizado no II Congresso do Vetor Norte – FAMINAS-BH, especificamente no dia 22 de outubro de 2019, trouxe relevantes e profícuos debates de temáticas que envolvem interesse direto da sociedade civil brasileira.

Inicialmente foram discutidos temas envolvendo relações de consumo, direitos dos consumidores perante fornecedores; possibilidade de inversão do ônus da prova; direito a indenização decorrente de condutas ilícitas praticadas pelos fornecedores; propaganda abusiva e enganosa, além de temas que envolvem tanto do direito individual quanto o direito coletivo do consumidor.

No âmbito do direito tributário, foram problematizadas questões atinentes ao ISSQN, ICMS, competência tributária, princípios que regem o direito tributário e, especialmente, o papel do Estado em vincular receitas para a implementação de políticas públicas essenciais à dignidade da coletividade, como é o caso da saúde e da educação.

Ao final, nos estudos propostos no contexto do direito econômico, foi debatido o papel do Estado na intervenção do domínio econômico, com o condão de atuar na erradicação de pobreza, combate à desigualdade regional, repressão à formação de carteis e estímulo da livre concorrência.

Hudson de Oliveira Cambraia

Nina Gabriela Borges Costa

João Salvador dos Reis Neto

DISFUNÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL BRASILEIRO: UM ESTUDO DE DECISÕES QUE EXIGEM O ICMS NA TRANSFERÊNCIA DO ATIVO IMOBILIZADO

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IMPUESTOS BRASILEÑOS: UN ESTUDIO DE DECISIONES QUE REQUIEREN ICMS PARA LA TRANSFERENCIA DE ACTIVOS INMOVILIZADOS

Luken Pena Martins [1]

Resumo

Procura-se discutir neste trabalho a morosidade e ineficácia que órgãos competentes têm promovido ao contencioso tributário administrativo no Estado da Bahia, visto que, em julgados versando sobre a mesma matéria tem tido entendimento divergente do contencioso tributário judicial. Desta forma, o processo administrativo, que em tese, seria para facilitar e promover a celeridade na resolução de conflitos, força com que o contribuinte acione o judiciário do próprio Estado para obter êxito em sua demanda. O objetivo é analisar os fundamentos e propor uma solução.

Palavras-chave: Direito tributário, Processo administrativo, Processo judicial, Icms

Abstract/Resumen/Résumé

Este documento discute la lentitud e ineficacia que los organismos competentes han promovido a los litigios tributarios administrativos en el Estado de Bahía, ya que en las sentencias que tratan el mismo tema han tenido una comprensión divergente de los litigios fiscales judiciales. Por lo tanto, el proceso administrativo, que en teoría sería facilitar y promover la velocidad en la resolución de conflictos, obliga al contribuyente a llevar al poder judicial del propio estado para que tenga éxito en su demanda. El objetivo es analizar los fundamentos y proponer una solución.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho tributario, Proceso administrativo, Proceso judicial, Icms

[1] Graduando em Direito pela PUC Minas e Presidente do Diretório Acadêmico Flávio Gazola.

1 Introdução

O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, é previsto no artigo 155 da Constituição da República, sendo seu recolhimento de competência dos Estados e do Distrito Federal. Sendo assim, os entes federativos editam as próprias normas que regulam o tributo.

Este trabalho irá analisar algumas decisões do Estado da Bahia que versem sobre a incidência do ICMS em operações onde foram transferidos equipamentos do seu ativo fixo permanente, bem como destinados ao consumo, para outro estabelecimento de mesma titularidade.

Tal discussão é de eminente relevância uma vez que, em apertada síntese, a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia tem entendido que há a incidência do referido imposto, enquanto o Tribunal de Justiça do Estado diverge da posição. A desentendimento entre os órgãos promove ainda mais o elevado grau de litígio tributário brasileiro, uma vez que o contribuinte que auferir julgado administrativo em seu desfavor, irá imediatamente acionar a via judicial.

Portanto, a finalidade precípua deste trabalho consiste na discussão de ambos posicionamentos, verificando os argumentos utilizados para afastar ou manter o ICMS no caso específico. Ato contínuo, configura-se como objetivo específico deste trabalho a eventual solução para o problema em tela.

Para tanto, inicialmente desenvolver-se-á um breve tópico acerca do contencioso tributário, ressalto a importância de tonar cada vez mais eficaz as resoluções de conflitos sem acionar a via judicial, demonstrando em um segundo momento decisões recentes de cada órgão julgador, para, ao final ser realizada a conclusão do tema. A metodologia utilizada neste trabalho é a revisão obras doutrinárias, jurisprudências e internet, utilizando-se os métodos compilativos, indutivos, dedutivos e bibliográficos científicos.

2 Contencioso Tributário

Havendo conflito entre o Poder Público e o Contribuinte, é possível acionar o processo administrativo para resolução do problema. Porém, é sabido que a Constituição nos assegura a inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF/88, art. 5°, XXXV), razão pela qual, MORAES (2006, p. 72) saliente que o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido da prestação judicial, ressaltando ainda que inexiste a jurisdição condicionada, ou seja, não é preciso esperar o esgotamento da instância administrativa para acionar a instância judicial. No mesmo

entendimento, corrobora MACHADO SEGUNDO (2017, p. 413) ao doutrinar que o cidadão não pode ser compelido a se contentar com a decisão do processo administrativo, e nestes casos, persistindo o conflito, é necessária a intervenção do Poder Judiciário.

De acordo com o C.CIF (2017) – Centro de Cidadania Fiscal – em apresentação para a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, o grau de litígio sobre matérias tributárias no Brasil é um dos mais elevados senão o mais elevado do mundo. Dentre os motivos que justificam essa alta procura pelo processo judicial, é mencionada a deficiências do processo administrativo tributário, isso porque segundo o estudo, o processo administrativo tributário é ineficaz na resolução de conflitos e processa diferentes interpretações sobre o mesmo assunto.

3 Decisões: Estado da Bahia – CONSEF

O Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF é o órgão competente para, no âmbito administrativo, julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo. Verificaremos agora a ementa de alguns acórdãos que versam sobre a incidência do ICMS na transferência de bens que integram o ativo imobilizado ou consumo próprio do contribuinte:

> EMENTA:
> ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Os autuantes em sede de informação fiscal acolhem os argumentos defensivos referentes a erro de cálculo do imposto, por inobservância do Convênio ICMS 52/91. **Não acolhida a tese de inexistência de fato gerador do ICMS nas operações de transferências interestaduais de mercadorias e bens**, mantido o lançamento quanto a este aspecto. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime. (Acórdão JJF N° 0234-04/18, publicado em 04/01/2019. Grifo nosso).

> EMENTA:
> ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS A TÍTULO DE TRANSFERÊNCIAS ORIUNDAS DE ESTABELECIMENTO PERTENCENTE AO MESMO TITULAR. BENS PARA O ATIVO FIXO E MATERIAL PARA USO OU CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado comprovou que parte do imposto exigido se encontrava regularmente pago, fato este comprovado através de diligência fiscal realizada pelo autuante. **Não acolhida à alegação defensiva de que o ICMS não incide nas transferências interestaduais de material de consumo e bens destinados ao Ativo Fixo à luz da Súmula 166 do STJ**. Exigência fiscal amparada em norma prevista pela legislação estadual em vigor. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime. (Acórdão JJF N° 0079-04/19, publicado em 23/07/2019. Grifo nosso).

Ambos os julgamentos são de 2019 e não reconhecem a alegação de que em operações onde são transferidos equipamentos do ativo fixo permanente, bem como destinados ao uso e consumo, para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, não há que se falar em incidência do ICMS.

3 Decisões: Estado da Bahia – TJBA

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia é a instância mais elevada do Judiciário Estadual, e sendo assim, é competente para analisar demandas na esfera judicial, ou seja, o Processo Judicial Tributário. Abaixo veremos a ementa de alguns acórdãos do egrégio tribunal que versam sobre a matéria em discussão:

> ACÓRDÃO:
> APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCÂNCIA. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA DO STJ. TEMA 259 DO STJ. SÚMULA 166 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO DO ESTADO DA BAHIA E RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE DA PETROBRAS.
> [...]
> **2. Modifica-se o acórdão no trecho que versa sobre as infrações n.º 07 e 10, uma vez que o deslocamento de bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.**
> **3. "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).**
> [...]
> (Classe: Apelação, Número do Processo: 0038889-30.2008.8.05.0001, Relator(a): JOANICE MARIA GUIMARAES DE JESUS, Publicado em: 21/05/2019. Grifo nosso).

> ACÓRDÃO:
> AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. NÃO CONHECIMENTO DO APELO POR INTEMPESTIVIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU. REEXAME NECESSÁRIO. IMPOSIÇÃO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE EQUIPAMENTOS COMPONENTES DE ATIVO FIXO E MATERIAIS DE USO E CONSUMO ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166 DO STJ. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.
> [...]

> **4. O deslocamento de bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.**
> **5. "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte" (Súmula 166 do STJ).**
> [...]
> (Classe: Agravo, Número do Processo: 0504995-30.2013.8.05.0001/50001, Relator(a): JOANICE MARIA GUIMARAES DE JESUS, Publicado em: 26/03/2019. Grifo nosso).

Os acórdãos do Tribunal também são do ano de 2019 e diferentemente das decisões administrativas, acata a alegação da inocorrência do fato gerador do ICMS pela inexistência de ato de mercancia nas operações de transferências do ativo imobilizado ou de materiais para uso e consumo do mesmo contribuinte.

4 Conclusão

É sabido que a regra de incidência tributária do ICMS encontra-se prevista no Art. 155, II, da Constituição da República de 1988, a qual, em apertada síntese, afirma que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias ainda que as operações se iniciem no exterior. Contudo, ao avaliar o caso em tela, onde algumas decisões divergem acerca do fato gerador do ICMS em determinada situação, é preciso verificar quais os fundamentos para tanto.

De um lado, temos a posição do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que entende a não incidência do ICMS, argumentando que para a exata compreensão da hipótese de incidência do referido imposto, o conceito de "operação" deve ser entendido em seu sentido jurídico, significando atos ou negócios jurídicos em que ocorre a transmissão de bens ou direitos. O imposto não incide sobre "mercadorias" e sim sobre operações onerosas que transfiram a titularidade de bens classificados como mercadorias. Situações como a realização de simples transferência física de mercadorias e assemelhadas não se submetem à tributação pelo ICMS. Nesse sentido, leciona Roque Antônio Carrazza:

> "(...) a circulação de mercadorias apta a desencadear a tributação por meio de ICMS demanda a existência de uma operação (negócio jurídico) onerosa, envolvendo um alienante e um adquirente. De fato, a Constituição não prevê a tributação de mercadorias por meio de ICMS, mas, sim a tributação das 'operações relativas à circulação de mercadorias', isto é, das operações que têm mercadorias por objeto. Os termos "
> 'circulação' e 'mercadorias' qualificam as operações tributadas por via de ICMS. Não são todas as operações jurídicas que podem ser tributadas, mas apenas as relativas à circulação de mercadorias." (CARRAZA, 2015).

Em lado oposto, temos o forte posicionamento da Fazenda ao considerar a incidência do ICMS sobre as transferências realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa. Arguindo a autonomia dos estabelecimentos, de modo que cada estabelecimento do mesmo titular seja considerado autônomo, para fins de incidência do imposto. Tal princípio é previsto na Lei Complementar n° 87/96, conhecida como Lei Kandir:

> "Art. 11, II, § 3º, Lei Complementar n° 87/96: Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiros, 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;"

No mesmo sentido, corrobora a legislação estadual do Estado da Bahia:

> "Art. 2º, Lei nº 7.014/96: 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 subsequentes."

Ante o exposto, podemos verificar que ambos os entendimentos possuem fundamentação e embasamento legal. Contudo, a divergência no entendimento de dois órgãos julgadores do mesmo ente federativo pode promover uma insegurança jurídica, além da ineficácia do órgão julgador *pró Estado*.

Após analisar ambas as decisões, verifica-se que os julgados administrativos possuem um sólido embasamento legal pra não acatar a defesa do contribuinte, fundamentando em legislações específicas e claras acerca do objeto em questão. Deste modo, é insustentável alegar que estes julgados estão causando morosidade ao contencioso tributário brasileiro, visto que, após auferir uma decisão desfavorável na esfera administrativa, o contribuinte aciona imediatamente o Poder Judiciário para rediscutir o assunto. Na verdade, o contencioso administrativo, apenas está utilizando a literalidade da legislação para fundamentar suas decisões.

Assim sendo, compreendendo melhor o contexto das decisões, e considerando a relevância de tal discussão, em razão da insegurança jurídica promovida pelas divergências na decisões, espera-se que este assunto seja objeto de maiores discussões, visando a análise dos

dispositivos legais utilizados para fundamentar tais decisões, com o fito de adaptar a melhor interpretação à realidade social do país.

Referências

BAHIA. **Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996.** Disponível em <https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85871/lei-7014-96> Acesso em: 02 de setembro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n° 87 de 1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp87.htm> Acesso em: 02 de setembro de 2019.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 17ª Ed. São Paulo: 2015.

CCIF. Centro de Cidadania Fiscal. **Disfunções do Sistema Tributário Brasileiro**. Apresentação para a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. ref., ampl, e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SEFAZ. Secretária da Fazenda do Estado da Bahia. **Legislação e Conselho da Fazenda**. 2019. Disponível em <https://www.sefaz.ba.gov.br/motordebusca/pesquisa/Default.aspx> Acesso em 25 de agosto de 2019.

TJBA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Consulta Processual**. 2019. Disponível em <http://www5.tjba.jus.br/portal/> Acesso em 25 de agosto de 2019.