

PROCESSO - A. I. Nº 298924.0204/06-9
RECORRENTE - VERMAR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ªJF nº 0215-05/06
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 05/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0420-11/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Infração não elidida. Não acolhidas às arguições de nulidade apresentadas pelo sujeito passivo. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário à Decisão, relativa ao Auto de Infração lavrado em 9/2/2006, o qual exige ICMS no valor de R\$9.955,44 acrescido da multa de 60% em decorrência da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fiscal, sobre pré-mistura de farinha de trigo para fabricação de pão francês para comercialização, adquirida por contribuinte sem Regime Especial e em outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00.

Presentes aos autos, a ilustre 5ª JF relata que *“a transferência, de mistura de farinha de trigo para fabricação de pão francês (800 bolsas) foi efetivada através a Nota Fiscal nº 001145 emitida pela matriz da empresa autuado situada no Estado do Paraná”*.

Primeiramente observo que embora o impugnante tenha informado a existência da Adin nº 3.380/2005, ele mesmo adiantou a matéria nela discutida. Se refere a contestação, pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, da cobrança do ICMS por antecipação parcial. Em sendo assim, são situações diversas, não existindo conexão entre o regime da substituição tributária, cujo pagamento do imposto deve ser recolhido antecipadamente com fase de tributação encerrada (art. 352, II e art. 353, II, 11, do RICMS/97) e a antecipação parcial que cuida o art. 352-A, do RICMS/97, inclusive não sendo aplicado sobre as entradas de mercadorias no referido regime enquadradas.

Em vista da situação, a instância administrativa não foi esgotada. A lide deve seguir nesta instância, o que ora faço.

A defesa argui nulidade da ação fiscal, apontando, nela, vícios insanáveis.

Entendeu que como a descrição da infração se refere a “falta de recolhimento do ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária de fronteira ou do percurso” não poderia saber qual a real situação apresentada nos autos. Inclusive o imposto já havia sido recolhido pelo remetente e mais ainda, a operação tratou de uma transferência entre estabelecimentos com a mesma titularidade (matriz e filial). Inicialmente ressalto que a partir do momento em que o lançamento fiscal passou a ser elaborado via sistema informatizado, a descrição das infrações restou indicada de maneira genérica, embora toda baseada na norma legal. Cabe ao autuante discriminá-la com maior precisão. Assim, embora entenda que o autuante pudesse ser mais explícito para que não houvesse questionamento desta natureza, o impugnante entendeu perfeitamente o lançamento fiscal. Tanto que se defendeu plenamente, indicando expressamente qual a operação comercial sobre a qual o imposto estava sendo exigido. Diante das determinações do art. 18, § 1º, do RPAF/99, este não é motivo para a nulidade do Auto de Infração. Quanto ao dito recolhimento do imposto e sobre a natureza da operação que gerou o lançamento fiscal, abordo adiante.

Disse que a descrição dos fatos versava sobre uma matéria (falta de pagamento da antecipação tributária) e a acusação sobre a falta de pagamento do tributo no momento do desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fiscal de fronteira ou do percurso, havendo dubiedade no lançamento fiscal. Não posso concordar com este argumento de defesa. A acusação diz respeito à falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, sobre mercadorias entradas neste Estado, cujo recolhimento deve ser feito no primeiro posto de fronteira ou do percurso em que transita a mercadoria. Não existe qualquer incongruência entre a descrição do fato e a infração apontada, pois ambas decorrentes da norma legal e sobre o mesmo fato gerador do imposto, “*definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência*” (art. 142, do CTN).

O defendente ainda trouxe aos autos sua insubordinação contra a cobrança do imposto exigido antecipadamente e determinado por Decreto, entendendo ter havido afronta à Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional - CTN. Observo que existe equívoco da defesa, pois o imposto aqui exigido é aquele sobre mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, determinada em lei e não por decreto. Como este argumento se misturou com a informação da inconstitucionalidade apresentada pela CNC, acredito que a referência da defesa é sobre o Decreto nº 8.969/04, que, como já explanei, não tem pertinência à matéria em lide e, portanto, aqui não comentado. No mais, o RICMS/97 (Decreto nº 6.284/97), apenas regulamenta a Lei nº 7.014/97, conforme ordenamento jurídico do País.

Quanto ao entendimento exposto pelo impugnante sobre as medidas tomadas pelo fisco para combater a elisão fiscal, é posição pessoal do mesmo que não tem pertinência com a matéria legal ora em combate.

Concordo com a defesa de que a atividade fiscal está plenamente vinculada à lei e a ela deve se ater, sob pena de responsabilidade funcional. Trouxe a defesa esta situação para afirmar que o autuante não tem competência para interpretar a lei, mas tão somente de aplicá-la. Desta forma, o auto era plenamente nulo, não se podendo exigir imposto por antecipação tributária, uma vez que:

1. a natureza do ICMS não recai sobre a circulação física da mercadoria, mas sim, sobre a circulação econômica/jurídica. Neste sentido em uma transferência de mercadoria, objeto da lide, não existe fato gerador do imposto;
2. em uma transferência não existe, de igual forma, transferência de propriedade, ou seja, mudança de titularidade para que se possa identificar o fato gerador do tributo em lide.

Nesta linha de raciocínio, afirmou que se o RICMS/97 assim se posiciona ele era inconstitucional.

O Auto de Infração foi lavrado dentro das determinações legais e o autuante não interpretou a norma tributária vigente. Apenas a aplicou.

Embora não seja de competência deste Colegiado abordar questões de inconstitucionalidade, ou não, da legislação tributária vigente neste Estado, nada obsta que neste momento faça a seguinte colocação.

A Constituição Federal reservou à legislação infraconstitucional as regras para a cobrança do ICMS (art. 155, § 2º, XII). Neste sentido determina a Lei Complementar nº 87/96 no seu art. 1º que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o ICMS, seguindo as diretrizes que estabelece. A Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia seguindo o que dispõe o art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, determina no seu art. 2º, § 1º, I: *São irrelevantes para caracterização do fato gerador: a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo.* E no seu § 2º: *Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes, energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento.*

E a pergunta, após esta colocação é: a operação foi “suscetível de circulação econômica”? A

resposta para mim é clara e afirmativa. Houve uma transferência de mercadoria que foram internalizadas neste Estado com o fim específico de posterior comercialização. Por isto que o art. 4º, I da lei do ICMS deste Estado determina: *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.*

Assim, não houve apenas uma circulação física das mercadorias, mas, também uma circulação econômica, com o fato gerador do imposto claramente expresso na norma legal.

O autuado ainda alegou que pelo fato da operação ser uma transferência não houve mudança de titularidade das mercadorias. A Lei nº 7.014/96 determina no seu art. 14, para efeito legal, que são autônomo cada estabelecimento do mesmo titular (§ 2º). Assim, ao transferir de sua matriz situada no Estado do Paraná para a filial autuada, situada neste Estado, mercadorias para serem comercializadas, houve transferência de titularidade das mesmas, de um para outro estabelecimento comercial.

Por toda esta norma legal citada é que a empresa matriz, na operação em combate, consignou o destaque o imposto na Nota Fiscal nº 001145 e autuada, pois operação com a incidência do fato gerador do imposto.

Após tais colocações, me volto para a mercadoria autuada: mistura de farinha de trigo para fabricação de pão francês. É mercadoria, neste Estado, enquadrada no regime da substituição tributária. O art. 506-A, I, do RICMS/97 atribui ao contribuinte *que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subseqüentes com as mercadorias supramencionadas.* E no seu § 5º indica os prazos para recolhimento do imposto, ou seja, aqueles previstos no art. 125, VII e VIII. No caso específico do impugnante é aquele do art. 125, VIII: *O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, por ocasião do desembarço aduaneiro ou da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado.* Este inciso indica outros prazos que não são pertinentes ao impugnante já que não é contribuinte industrial autorizado por Regime Especial nem fabricante dos produtos de que trata o item 11.4 do inciso II do art. 353, autorizado por regime especial.

Ressalto que a única excepcionalidade para a não cobrança do imposto na forma que foi lançada está contida no art. 355, I, do RICMS/97, que, ao tratar das hipóteses em que não deve ser feita a antecipação do ICMS nas operações internas e nas aquisições fora do Estado, textualmente, determina:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subseqüentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

O autuado é estabelecimento filial atacadista de outro atacadista e não de industrial, conforme consta nos registros da Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná. Desta forma esta exceção não pode aqui ser aventada.

Por fim, o defendente não trouxe aos autos o imposto que disse ter recolhido, nem, tampouco, impugnou os valores autuados”.

Encerram seu relatório julgando pela Procedência da autuação.

Em sede de Recurso Voluntário apresentado por prepostos advogados do recorrente, irrisignados com a Decisão voltam a apresentar os mesmos temas vindos na defesa inicial, fulcrados em entendimento do STF de não haver fato gerador do imposto na transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, e de que consoante a CF/88, art. 155, II, o ICMS incide na ocorrência de movimentações de mercadorias e serviços, envolvendo negocio jurídico mercantil e não sobre simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação. Somente a passagem de titularidade de mercadorias é que abre espaço à tributação.

Cita o Mestre Geraldo Ataliba, realçando sua lição de que, o fato gerador do imposto é a operação que causa a circulação, e não esta. Também indica a Súmula nº 166 do STJ que diz “*o simples deslocamento físico não configura a circulação de mercadorias*”.

Transcreve ainda o recorrente, trecho do Relator do Acórdão da Terceira Câmara Cível do TJ do Estado de Minas Gerais, processo nº 1.0000.00.289028-3/000, BH de 26/06/2003, citando fazer esta reprodução por ser a mesma aplicada ao recorrente, dada a igualdade dos fatos, os quais enfatizam que a circulação ocorre mediante a transferência de titularidade, e que circular, no Direito, equivale a mudar de titular, reafirmando que a simples transferência é irrelevante para tipificar a hipótese de incidência do ICMS. E a este respeito cita o STF, RE 72412 do relato do min. Djaci Falcão.

Cita jurisprudências e, a Sumula nº 166/STJ acerca da não-incidência do ICMS em transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Encerra sua narrativa inconformado, aduzindo ser ato/fato/ilícito do Fisco Estadual, a utilização de vias ubíquas para arrecadar tributos. Pede que seja reformado o Acórdão, dando-se de por Improcedente o Auto de Infração em análise.

A PGE/PROFIS traz seu opinativo concluindo conforme art. 119, § 1º do COTEB, pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

A ilustre procuradora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, tece suas considerações acerca do quanto alegado pelo recorrente, de que transferências de bens realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, desbordam do campo de incidência do ICMS, pois que não havendo mudança de titularidade, foge do arquétipo normativo descrito na Constituição Federal.

Transcreve a ilustre procuradora o art. 155, II da CF/88 dizendo que a leitura mesmo de forma breve, conduz inequivocamente à ilação de que o constituinte definiu o ICMS como incidente em operações relativas à circulação de mercadorias e de serviços, e não como pretendeu o recorrente, ser tributo sobre operações de vendas destes mesmos.

Transcreve trechos legais, concluindo ser perfeitamente legal e constitucional que o legislador tenha fixado como autônomos os estabelecimentos de um mesmo contribuinte, e que transferências entre os mesmos sejam objeto regular de tributação, como no lançamento em análise. Transcreve citações de Fabio Fanucchi, Paulo de Barros Carvalho, Walter Gaspar, as quais corroboram o quanto exposto pela ilustre procuradora, de que a circulação de mercadorias entre estabelecimentos diversos, mesmo que do mesmo ente, são sujeitas à incidência do imposto.

Destaca que, contrariamente ao tanto exposto acima, o STJ trilhou caminho no sentido da não tributação no simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos, sendo este o entendimento sedimentado na citada Sumula 166. Entretanto não é este o caso em comento, como quis relacionar o recorrente; os autos contam da transferência interestadual de mercadorias, cuja operação comercial engendradora da circulação, irradia efeitos em outro Estado membro da Federação, pois o ciclo econômico ao qual ficará adstrito o bem mercantil se desenrolará entre os Estados, restando prejudicado o Estado remetente, num autentico atentado ao principio federativo.

Aduz a ilustre procuradora que ainda que se entenda vinculante o disposto na Sumula 166 do STJ, parece-lhe faltar competência a esta Corte para apreciação da questão nitidamente constitucional,

relativa ao alcance da regra matriz do ICMS. Ainda assim, relata, faz-se necessário aplicar o comando sumular apenas em situações de meros deslocamentos, o que não é o caso destes autos. Indica Acórdão prolatado pelo próprio STJ, RESP 242338/MG, espancando a argumentação trazida pela dita Sumula nº 166, ao textuar “transferências de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, mas localizado em outro Estado da Federação, não aplicação da Sumula 166/STJ. Incidência do Imposto”.

VOTO

As preliminares aventadas pelo recorrente situaram-se em torno de ponderações, pelas quais argüiu a nulidade do Auto de Infração, por conter vícios os quais procurou relatar, citando situações diversas referentes à falta de pagamento do imposto, dizendo ser dúbia e incerta a acusação.

Embora sucinta, vejo restar a descrição dos fatos que ensejaram a acusação, perfeitamente clara e embasando suficientemente o lançamento de ofício.

Reiteradamente o recorrente asseverou a não-incidência do imposto, dada a operação não ter sido de compra, mas de transferência de bens entre estabelecimentos de sua propriedade.

O art. 506-A do Regulamento do ICMS estipula ao contribuinte que receber farinha de trigo de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, efetuar o recolhimento antecipado do imposto, e no prazo previsto no art. 125, VII e VIII (do § 5º). Ressalva a exceção (art. 355 I RICMS) quando a transferência advir de indústria e para filial atacadista.

Vejo, ainda, que o recorrente não se desincumbiu de trazer as provas aos autos, do imposto que alegou ter recolhido, como também se manteve silente com relação aos valores auтуados.

Todo arcabouço de sua defesa/contestação se louvou na Súmula 166 do STJ; o próprio Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão RESP nº 242.338/MG, contraria referida Súmula da própria Corte de Justiça, citando a Não-Aplicação da Súmula nº 166/STJ e aclarando haver a Incidência do Imposto nas operações de transferências de mercadorias nas espécies aqui tratadas.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298924.0204/06-9**, lavrado contra **VERMAR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.955,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS