

**PROCESSO** - A. I. Nº 180573.0002/10-9  
**RECORRENTE** - INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0006-01/11  
**ORIGEM** - INFAC INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 26/09/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0289-12/11

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Ocorre o fato gerador do imposto na entrada de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada para consumo do próprio estabelecimento, sendo irrelevantes, para caracterizar o fato gerador, a natureza jurídica da operação. Infração mantida. 2. SAÍDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. DISTRIBUIÇÃO DE BRINDES. FALTA DE LANÇAMENTO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a irregularidade do procedimento adotado pelo contribuinte. Todavia, as aquisições de brindes sujeitos à substituição tributária devem ser excluídas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime em relação à infração 3.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra o julgamento do Auto de Infração lavrado em 29 de junho de 2010, o qual exige ICMS e bem como aplica multa no valor de R\$338.825,11, acrescido da multa de 60%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 10%, decorrentes da constatação de seis infrações, das quais são objeto do Recurso as de número 03 e 06:

INFRAÇÃO 3: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$22.118,17, acrescido da multa de 60%. Consta que as diferenças se referem principalmente às mercadorias recebidas em transferência da matriz, destinadas ao consumo da filial, as quais foram consideradas como isentas, sem lançamento e recolhimento do imposto, conforme demonstrativo Anexo III e cópia do livro Registro de Apuração;

INFRAÇÃO 6: Falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$79.182,10, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deixou de destacar o ICMS nas notas fiscais de saídas a título de remessa para distribuição de brindes, não tendo efetuado o recolhimento do imposto, conforme demonstrativo Anexo VI e cópias de algumas notas fiscais.

A Decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão JJF 0006-0/11 (fls. 239 a 245), baseou-se nos seguintes fatos, para embasar a Decisão proferida, especialmente em relação às infrações objeto do Recurso Voluntário apresentado:

“(...)

*A infração 03 se referiu à falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento. O contribuinte concordou com a exigência fiscal nos casos de recebimentos de mercadorias por meio de aquisição, porém se insurgiu contra os valores correspondentes às entradas decorrentes de transferências oriundas da sua unidade matriz, estabelecida no Estado de São Paulo, por entender que não ocorre o fato gerador do ICMS no deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*

*Observo que a Lei Complementar nº 87/96 determinou aos Estados e ao Distrito Federal a competência de instituir o ICMS. Nesta condição, de acordo com o art. 2º, inciso IV da Lei Estadual nº 7.014/96, ocorre o fato gerador do imposto na entrada do estabelecimento de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a consumo do próprio estabelecimento, sendo irrelevantes para caracterizar o fato gerador a natureza jurídica da operação que resulte em qualquer das hipóteses previstas em lei ou o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular (art. 2º, § 1º, incisos I e II da citada lei). Se tais mercadorias, adquiridas ou transferidas, serão utilizadas em seu estabelecimento, é necessário findar o ciclo de sua tributação, o que ocorre com o recolhimento da diferença de alíquota, devido ao Estado recebedor das mesmas, conforme estabelece o art. 69 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.*

*Quanto à tese defensiva atinente à caracterização ou não de um determinado bem como “mercadoria”, ressalto que em conformidade com o disposto no § 2º do art. 2º da Lei 7.014/96, considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo. Vale registrar que esta matéria está disciplinada no artigo 5º, inciso I do RICMS/BA, que estabelece que para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento, de mercadoria ou bem oriundo de outra unidade da Federação, quando destinado a uso ou consumo do próprio estabelecimento.*

*Portanto, o fato gerador ocorreu quando da entrada no estabelecimento do contribuinte das mercadorias destinadas ao seu uso ou consumo, estando a exigência fiscal amparada na legislação tributária pertinente e devidamente comprovada nos autos.*

*No que concerne à afirmação do autuado de que o cálculo realizado pela fiscalização estaria incorreto, sob a alegação de que teria sido aplicada a “alíquota cheia” de 17%, ressalto que de acordo com os demonstrativos constantes às fls. 36 a 40, o procedimento está correto, pois aos valores apurados efetivamente correspondem tão somente às diferenças verificadas entre a alíquota interna (17%) e a alíquota interestadual.*

*Afianço que o fato de constar no campo próprio do Auto de Infração a alíquota de 17% decorre da seguinte situação: os totais do ICMS devido e apurados nos mencionados demonstrativos são transportados para o demonstrativo de débito do Auto de Infração, no qual o SEAIT (Sistema de Emissão de Auto de Infração) faz a conversão do valor apurado, com base na alíquota interna de 17%, apontando as bases de cálculo correspondentes. Esse procedimento, no entanto, não significa nenhuma alteração dos valores dos débitos calculados, o que afasta a alegação defensiva de que fora utilizada na apuração dos valores do imposto a alíquota de 17%. Deste modo, a infração 03 fica mantida totalmente.*

*A exigência fiscal concernente à infração 06 decorreu da falta recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Observo que as citadas operações se referem às saídas para distribuição de brindes, em relação às quais o autuado estava obrigado a emitir as notas fiscais correspondentes, com o destaque do ICMS devido, conforme preceitua o art. 565, caput e seus incisos, do RICMS/BA, que transcrevo abaixo:*

*“Art. 565. O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:*

*I - lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;*

*II - emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA.*

*III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar”.*

*Saliento que em relação a todas as mercadorias objeto do lançamento, o contribuinte deixou de seguir as determinações acima indicadas, o que comprova que o imposto correspondente deixara de ser escriturado e recolhido, importando no acerto do lançamento, estando os valores devidamente apontados no demonstrativo de fls. 47 a 49. Assim, estando comprovada a prática da irregularidade, a infração resta totalmente caracterizada.*

*(...)*

*Face ao exposto, voto pela procedência do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos”.*

Cientificado da Decisão, e inconformado com a mesma, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário (fls. 258 a 275), no qual se insurge contra as infrações 3 e 6, trazendo as seguintes colocações, visando alterar a Decisão prolatada:

Em relação à infração 3, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições e transferências de mercadorias de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, alega que parte da mesma é improcedente, diante do fato de que não contesta as acusações que dizem respeito às aquisições de produtos, em operações interestaduais, destinados ao consumo do estabelecimento, todavia, no que tange àqueles valores de ICMS referentes às transferências de bens da matriz para fins de consumo no estabelecimento filial, que somam R\$ 21.990,87, entende que inexistiu ato ou negócio jurídico que ensejasse a operação, sequer, transmissão de direitos de disposição dos bens transferidos, que pudessem caracterizar eventual circulação de mercadorias, vez que houve apenas mera transferência de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem realizar qualquer ato mercantil que pudesse ser caracterizado como operação de circulação de mercadoria, e por consequência, sujeitar-se ao ICMS.

Tal fato se deve ao entendimento do recorrente do conceito de “operação” como “*atos ou negócios jurídicos, independente da natureza específica de cada um deles, em que ocorre a transmissão de um direito de um sujeito para outro, implicando na circulação de mercadorias*”.

Nesta linha de raciocínio, entende o recorrente que, juridicamente, o requisito para a possibilidade de haver circulação de mercadorias seria a mudança de titularidade, onde existisse a efetiva transmissão dos direitos de disposição sobre as mesmas.

Como no caso em exame, ocorreu apenas e tão somente uma movimentação física de bens de consumo, não há que se falar, juridicamente, em circulação, e por tal razão, em exigibilidade do imposto, citando entendimento doutrinário do Professor Roque Antônio Carazza, em obra de sua autoria, cujo trecho transcreve.

Cita, igualmente, a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para defender a não incidência do ICMS sobre o deslocamento de bens pertencentes ao mesmo titular, após o que historia tal Súmula, transcrevendo trechos de julgados do STJ, bem como decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no mesmo sentido da Decisão daquela Corte Superior.

Após consignar que não pretende na via administrativa a apreciação da constitucionalidade da norma, apenas que “*...exerce o controle de legalidade do ato da autoridade administrativa fiscal em aplicar norma não condizente com o ordenamento jurídico*”.

Por tais razões, requer a declaração da improcedência da autuação quanto a este item.

Quanto à infração 6 da autuação, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, diante do fato de que o contribuinte deixou de destacar o ICMS nas notas fiscais de saídas a título de remessa para distribuição de brindes, não tendo efetuado o recolhimento do imposto, o sujeito passivo defende ponto de vista de que o imposto incide sobre as operações de circulação de mercadorias, e não sobre as mercadorias, sendo necessária a presença dos seguintes requisitos: circulação jurídica do bem e mercadoria.

A questão informa, é que, ainda presente o requisito de circulação jurídica do bem, com a sua transferência de titularidade, o que ocorreu, todavia, o bem não se enquadra na condição de mercadorias, segundo o entendimento doutrinário que transcreve especialmente de Francisco Silveira Bueno, Roque Antônio Carazza e Souto Maior Borges.

Assevera que, dessa forma, o artigo 1º, § 4º, do Decreto nº 6.284/97, conceitua “mercadoria”; Todavia, o artigo 564 do RICMS/BA estabelece que “*considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto da atividade normal do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final*”, o que o leva a concluir que

a distribuição de brindes não poderá ser convertida em valor econômico, dissociada do conceito de mercadoria contido no nosso ordenamento jurídico, vez que tais conceitos (mercadorias e brindes) são, além de opostos, excludentes, razão pela qual não há de se aventure possibilidade de incidência do ICMS sobre a distribuição dos brindes, a exemplo da Decisão que colaciona, prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Afirma, ainda, que quando da entrada dos brindes em seu estabelecimento, não houve apropriação do crédito fiscal na operação, o que implicaria na impossibilidade de cobrança do imposto no momento de sua saída, sendo que tal prática não trouxe prejuízo para o estado da Bahia.

A seguir, aborda a não incidência de ICMS sobre a distribuição de brindes sujeita à substituição tributária, transcrevendo os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 87/96, para, posteriormente, ao transcrever o teor do artigo 353 do RICMS/BA, especialmente bombons e chocolates, objeto da autuação, já devidamente tributados em operação anterior, a exemplo da Nota Fiscal nº 58.178, que se refere a bombons.

Lembra a questão da não cumulatividade do ICMS, para aduzir que, como não aproveitou o crédito fiscal das mercadorias na entrada das mesmas em seu estabelecimento, não pode ser tributada na saída das mesmas, e que como não tributou na saída, também não se apropriou dos créditos fiscais, não tendo o Erário nenhum ganho diante do fato de não ter realizado o recolhimento do imposto, neste sentido transcrevendo ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Finaliza, requerendo a declaração de improcedência da autuação, no que concerne ao item 6, bem como ao outro item recorrido.

Parecer da PGE/PROFIS, de fls. 290 a 292, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, não somente pelo fato de que encontrarem-se ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do Acórdão, como, de igual forma, pela disposição legal contida no artigo 2º, inciso IV da Lei nº. 7.014/96, bem como pelo fato de ser necessário o encerramento do ciclo de tributação, caracterizado pelo recolhimento da diferença de alíquota cabível ao Estado recebedor das mercadorias, na forma do artigo 69 do RICMS/BA.

Quanto à distribuição de brindes, afirma que os argumentos do recorrente são inconsistentes, diante das disposições contidas na legislação tributária estadual, em especial, o artigo 565 do RICMS/BA, o qual contém as regras de escrituração e recolhimento do imposto nas operações de aquisições de brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final.

## VOTO

São objeto do Recurso Voluntário, as infrações 3 e 6. A primeira, versa acerca de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, sendo que no caso específico, referem-se a mercadorias recebidas em transferência da matriz, destinadas a consumo da filial, as quais foram consideradas como isentas, sem lançamento e recolhimento do imposto.

Trata-se de questão envolvente e apaixonante, relativamente à possibilidade ou não, de incidência do ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa que enseja discussão bastante ampla, e ainda sem uma pacificação de conceitos e regras, como veremos adiante.

Analisemos inicialmente o escopo legal da matéria. A Constituição Federal, em seu artigo 155, estabelece em seu inciso II, a competência dos Estados e do Distrito Federal em instituir imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de

transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

O artigo 146 do mesmo dispositivo já havia determinado em seu inciso III, que caberia à Lei Complementar estabelecer, dentre outras, normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Neste sentido foi promulgada a Lei Complementar nº 87/96, regra matriz do ICMS, que traz em seu bojo as definições acerca do fato gerador do imposto, especialmente em seu artigo 12, inciso I, ao determinar que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Já o artigo 13, inciso I do mesmo diploma legal, estabelece que a base de cálculo do imposto, é o valor da operação, na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do artigo 12, da mencionada norma legal, ao passo que o artigo 13, § 4º, trata especificamente da base de cálculo para as operações interestaduais, pertencentes ao mesmo titular.

Tal regra foi devidamente recepcionada e integrada às Leis estaduais do ICMS das unidades Federadas, inclusive, no caso do Estado da Bahia, pela Lei nº. 7.014/96. E não poderia ser diferente.

Aí reside a grande discussão acerca da matéria. Fato é que existe a Súmula nº 166, oriunda do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual reza que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, e posições doutrinárias como as mencionadas pelo recorrente em sua peça recursal, também não se pode deixar de observar alguns aspectos. O primeiro deles, diz respeito que a tese doutrinária não é unânime. Vittorio Cassone em sua obra, Direito Tributário, 13ª Edição, Ed. Atlas, 2001, pág. 298, defende seu ponto de vista de que *“Não consigo concordar com essa assertiva, porquanto a questão da competência para tributar ganha foro privilegiado – no sentido de determinar a incidência na saída do estabelecimento. Por isso, reputo constitucional o art. 12, I, da LC nº. 87/96, ao estabelecer: ‘Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”*”.

No mesmo sentido, também no Poder Judiciário o entendimento acerca da matéria não é unânime, à vista de diversas decisões oriundas de Tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual tem de forma reiterada se posicionado pela incidência de ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte em diferentes Estados, como nos exemplos abaixo mencionados:

**AGRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO LIMINAR À APELAÇÃO. CABIMENTO DO JULGAMENTO SINGULAR PELO RELATOR UMA VEZ QUE DE ACORDO COM A POSIÇÃO DA CÂMARA.**

*A existência de posição da Câmara acerca da matéria autorizava o Relator a proceder ao julgamento singular, uma vez que o resultado do julgamento foi o mesmo que seria proferido pela Câmara na hipótese de o processo ser pautado para Sessão, o que configura a manifesta procedência do Recurso. Precedente do STJ. DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. FATO GERADOR. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. ARTIGO 12, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR 87/96.*

*A transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, em diferentes Estados da Federação, constitui fato gerador de ICMS. Aplicação do art. 12, I, da LC 87/96, posterior à Súmula 166 do STJ. Precedentes do TJRGs. Agravo desprovido.*

*(Agravo Nº 70035410471, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 15/04/2010).*

**AGRADO. 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 a 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.<sup>a</sup> Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/07/2009)

**AGRADO INTERNO.** Não cabe modificar a Decisão em agravo interno, salvo quando comprovada a sua incorreção no plano material, o que não se coaduna com a jurisprudência da Câmara sobre os pontos abordados de acordo com a seguinte ementa originária: **DIREITO TRIBUTÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO TITULAR SITUADO EM ESTADOS DIFERENTES DA FEDERAÇÃO.** Incide o ICMS na operação de circulação de mercadorias entre os estabelecimentos de um mesmo titular, partindo do Rio Grande do Sul para outros estados da Federação, lá aproveitado na subsequente cadeia de operações. Art. 12, inc. I, da LC nº 87/96. **AGRADO INTERNO DESPROVIDO.**

(Agravo Nº 70030741185, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Des.<sup>a</sup> Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 25/06/2009)

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ARROZ BENEFICIADO. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. INCIDÊNCIA.**

*Nos termos do art. 12, inc. I da Lei Complementar 87/96, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Por conseguinte, é devido o imposto nas operações realizadas pela impetrante, que envolvem a transferência de arroz beneficiado do estabelecimento do Estado para filiais de outras unidades da Federação. Não aplicação da Súmula n. 166 do STJ. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA.*

(Apelação Cível Nº 70028172344, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 29/04/2009).

Tais decisões, todas recentes, têm como fundamento o fato de que a Súmula nº 166 do STJ fora editada em 14 de agosto de 1996, com publicação no Diário da Justiça em 23 de agosto de 1996, ou seja, é anterior à Lei Complementar nº. 87, que é de 13 de setembro de 1996, prevendo seu art. 36 a entrada em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao da sua publicação.

Reiteramos tratar-se de matéria controvertida e que, a nosso ver, pode sofrer reversão do atual entendimento junto aos Tribunais Superiores, vez que, sob o ponto de vista jurídico, os argumentos dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul dentre os quais os acima enunciados são por demais contundentes, e não podem ser desconhecidos ou ignorados.

Ademais, tal órgão judicante, entende que, se não houver incidência, pode ocorrer a evasão fiscal, vez que o Estado de destino ficaria com a integralidade do ICMS, o que é a mais pura realidade, uma vez que a transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte sem o devido recolhimento do imposto, fere, o princípio federativo. O tributo pertence à pessoa política onde a operação mercantil se realizou, ainda que o destinatário da mercadoria esteja localizado em outra unidade federativa ou, mesmo no exterior.

A questão ganha, ainda, novos contornos, ao observarmos que apesar da Súmula 166, o próprio STJ através de julgamento recente, realizado na sua 2<sup>a</sup> Turma, tendo como relator o ministro Castro Meira, apreciando o Recurso Especial 1.109.298, também proveniente do Estado do Rio Grande do Sul, adentrou no mérito da interpretação do artigo 13 da Lei Complementar 87/96. A cerne da questão é: como pode aquela corte, decidir do mérito sobre a base de cálculo entre transferências de mercadorias realizadas entre empresas do mesmo titular, decidindo a respeito, e em outro momento sumular no sentido de que não cabe a incidência do imposto em idêntica situação? Daí se vê a dificuldade na abordagem do tema.

Vejamos trechos da mencionada Decisão:

(...)

*“5. A questão jurídica em debate, portanto, refere-se à base de cálculo do ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado do mesmo titular -artigo 13, § 4º, da LC 87/96.*

6. Na espécie, por diversas razões a base de cálculo do ICMS deve ser o custo da mercadoria produzida nos termos do artigo 13, § 4º, II, da LC 87/96 (e não a entrada mais recente).

7. Em primeiro, a interpretação da norma deve ser restritiva, pois o citado parágrafo estabelece bases de cálculos específicas. Em segundo, os incisos estão conectados às atividades do sujeito passivo, devendo ser utilizado o inciso II para estabelecimento industrial. Em terceiro, a norma visa evitar o conflito federativo pela arrecadação do tributo, o que impede a interpretação que possibilita o sujeito passivo direcionar o valor do tributo ao Estado que melhor lhe convier”.

No mesmo sentido, podemos citar a Decisão do próprio STJ, no Recurso Especial 242.338/MG, o qual analisa a questão das transferências interestaduais, e que se conflita com a própria Súmula 166, ao conter a seguinte ementa:

**“ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, MAS LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. NÃO-APLICAÇÃO DA SÚMULA 166/STJ. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO”.**

“Embora possa Parecer caso de incidência do referido enunciado (da súmula 166), temos que fazer distinção, pois, na hipótese dos autos, o outro estabelecimento do contribuinte, para onde foram transferidas as mercadorias, situam-se em outro Estado-membro. Daí afasta-se a aplicação da súmula...”.

(...)

“Assim, enlaçando as considerações acima expostas ao caso em apreço, conclui-se restar absolutamente improcedente o pleito do recorrente neste item, cabendo o recolhimento do diferencial de alíquota, por expressa determinação constitucional e, outrossim, por motivos de lógica jurídica como acima alinhavado”.

Contudo, diante do fato objeto do Auto de Infração ora analisado, não há nenhuma alteração econômica, uma vez que pelo sistema de débito/ crédito, o contribuinte debita num estabelecimento e credita no outro. A diferença se dá apenas pelo fato da transferência ser interestadual.

Em relação ao conceito de “mercadoria” questionado pelo sujeito passivo, o mesmo encontra-se no § 2º do artigo 2º da Lei nº. 7.014/96, a qual conceitua mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, como qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo. Vale registrar que esta matéria está disciplinada no artigo 5º, inciso I do RICMS/BA, o qual determina, em consonância com as normas legais hierarquicamente superiores que para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento, de mercadoria ou bem oriundo de outra unidade da Federação, quando destinado a uso ou consumo do próprio estabelecimento.

Dessa forma o fato gerador do imposto ocorreu quando da entrada no estabelecimento do contribuinte das mercadorias destinadas ao seu uso ou consumo, estando a exigência fiscal amparada na legislação tributária vigente e comprovada de forma inequívoca nos autos, até por que o recorrente não negou a prática, apenas se insurgiu contra a forma de tributação, entendendo não estar obrigada a tributar tais operações, por força de sua interpretação da Lei Complementar.

Por outro lado, não nos esqueçamos que, como bem sabe o recorrente, vivemos em um Estado de direito, e como tal, um dos seus pilares é a sujeição às normas previstas e emanadas da Lei. A previsão da infração ora discutida, e a sua consequente violação à legislação tributária encontra-se na Lei nº 7.014/96, que, repita-se, apenas absorveu os comandos emanados da Lei Complementar razão pela qual cabe tanto ao autuante como aos julgadores, em nome do Estado de direito, que não permite discricionariedade nos seus atos, deve ser aplicada à norma vigente. Até por que, como é do conhecimento e consignado pelo recorrente, a legislação processual do Estado da Bahia, especialmente o RPAF/99, estabelece em seu artigo 167, inciso I, determina que não se incluem na competência do CONSEF a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Dessa forma, entendo que a cobrança do imposto nesta infração foi realizada em atendimento ao princípio da legalidade, que é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico Pátrio, um dos sustentáculos do Estado de Direito, e vem consagrado no inciso II do artigo 5º da Carta Magna, dispondo “que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa

*senão em virtude de lei*”, de modo a impedir que toda e qualquer divergência, os conflitos, as lides se resolvam pelo primado da força, mas, sim, pelo império da lei, entendida como expressão do direito, emanada sob a forma escrita, de autoridade competente prescrevendo condutas estabelecidas como justas e desejadas, e dotada ainda de sanção jurídica da imperatividade.

O conceito de legalidade no âmbito tributário deve ir muito além de simples autorização do Legislativo para o Estado cobrar um tributo. Deve ser entendido de forma a acombarcar dois aspectos distintos: a legalidade formal e a material. No atinente à legalidade formal, cabe aduzir que toda regra tributária precisa se inserir no ordenamento jurídico de acordo com as regras de processo legislativo e, também, ser formulada por órgão legislativo. Por seu turno, a legalidade material, é indispensável que sejam estabelecidos *in abstrato* todos os aspectos relevantes para que, concretamente, se possa determinar, por exemplo, quem vai pagar, quanto se vai pagar, a quem se vai pagar e por qual razão se vai pagar. Em outras palavras, requer-se a fixação, nessa mesma fonte, de todos os critérios de Decisão, sem qualquer margem de liberdade ao administrador.

Em razão de tal reserva absoluta da lei é que a obrigação tributária deve necessariamente decorrer da incidência da norma sobre o fato concreto, impedindo, por conseguinte, a atuação da autoridade administrativa com discricionariedade na imposição do tributo.

E, dentro desta ausência de margem do administrador, o autuante agiu de forma estritamente legal para efetivar a cobrança do imposto a título de diferencial de alíquota nas entradas de mercadorias destinadas a uso e consumo, ainda que tais entradas tenham se dado por transferência, como no caso presente.

Dessa forma, em que pese à argumentação jurídica trazida pelo recorrente, alinho-me ao entendimento exarado pela PGE/PROFIS, no sentido de que o Recurso Voluntário, frente ao presente item não deva ser acolhido, mantendo-se a exigência fiscal.

Quanto à infração 6, que se reporta à falta de recolhimento do ICMS, pela prática de operações tributáveis como não tributáveis, operações estas regularmente escrituradas, pelo fato de ter deixado de destacar o ICMS nas notas fiscais de saídas a título de remessa para distribuição de brindes, não tendo efetuado o recolhimento do imposto, igualmente, algumas considerações devem ser feitas.

A primeira delas é a diferenciação entre brindes, amostra grátis, e bonificação. Brindes são mercadorias que não constituem objeto normal da atividade do contribuinte, sendo adquiridas para distribuição gratuita a consumidor ou a usuário final; já amostras grátis são pequenas quantidades ou quantidades reduzidas de produtos, com o intuito de divulgação da marca, não sendo consideradas operações tributáveis pelo imposto, ao passo que a bonificação se trata de desconto comercial dado dentro do documento fiscal por meio de entrega de quantidade maior de mercadorias ao mesmo preço.

Feita tal distinção, vemos que a questão reside no fato do ICMS tributar a circulação de mercadorias, e não a “receita”, equivocadamente muitos contribuintes tem entendido que a operação de remessa de brindes não configuraria fato gerador do ICMS, a exemplo do recorrente.

Por outro lado, podemos ter três modalidades de operações com brindes: a distribuição, pelo adquirente, por conta própria; a distribuição pelo adquirente, por intermédio de outro estabelecimento, e a distribuição por conta e ordem de terceiro. A matéria será unicamente abordada sob a primeira modalidade, admitida pelo recorrente como aquela que foi objeto da autuação.

Outra consideração necessária, diz respeito à alegação recursal da tipificação da operação como mercadorias. A questão, igualmente, enriquece o debate acerca da matéria. No caso em tela, é inequívoca a circulação jurídica do bem. O que se discute, é a onerosidade ou não da operação, tendo o recorrente entendido que como a operação de distribuição de brindes por conta própria

não é onerosa, estaria desobrigada de tributar as mercadorias quando de sua saída. Neste raciocínio, por exemplo, na doação, também por não ser operação onerosa, igualmente não haveria débito de imposto. E prevalecendo este raciocínio, o que mais se verificaria comercialmente seriam operações de circulação de mercadorias em caráter não oneroso, numa burla à legislação, e ao consequente recolhimento do imposto.

Quanto a tal abordagem, reitero as considerações feitas no item anterior da autuação, em relação à necessária obediência do autuante ao princípio da legalidade. Os Estados, dentro de sua competência delegada pela Constituição Federal, podem normatizar os procedimentos relativos a operações do ICMS, cabendo aos contribuintes do imposto o cumprimento da regra tributária.

Todos os Estados da Federação aplicam às operações com brindes, o regramento de considerá-las sujeitas à tributação, e no caso da legislação estadual, tal normatização encontra-se no artigo 565 do RICMS/BA. Assim, cai por terra qualquer argumentação de que em tais operações, ao não se realizar o débito, não trouxe prejuízo à Fazenda Pública.

Por tal dispositivo, o contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal, além de emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da Nota Fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: *“Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA”, e lançar a Nota Fiscal referida no inciso anterior no Registro de Saídas, na forma prevista no regulamento”*.

Tal sistemática não foi adotada pelo sujeito passivo, de forma explícita, diante da sua interpretação da matéria.

O fato alegado pelo recorrente de que não utilizou o crédito fiscal, não pode se opor à acusação fiscal, vez que, no caso, é possível de apropriação, ainda que extemporânea, nos termos contidos na norma regulamentar, especialmente fora do período de apuração do imposto. O que importa, reitere-se, é a prática do sujeito passivo de não atender ao comando legal, e, ao seu entendimento, adotar a prática que lhe pareceu correta, ainda que tal raciocínio tenha partido de uma premissa equivocada, qual seja, a de que operações com brindes não se consideram tributadas.

Há, porém, que se atentar para as provas documentais trazidas pelo recorrente, relativamente aos produtos “bombons” e “chocolates”, sabidamente produtos sujeitos à substituição tributária. Com efeito, as notas fiscais trazidas ao feito, demonstram de forma inequívoca, a aquisição de tais produtos, para a sua distribuição a título de brindes. A legislação prevê que a substituição tributária encerra a fase de tributação, devendo as operações posteriores ser realizadas sem que os documentos fiscais contenham o destaque do mesmo. Isso, efetivamente ocorreu quando da aquisição dos citados produtos. Por tal razão, acolhendo as notas fiscais trazidas pelo recorrente, tais documentos devem ser retirados da acusação fiscal, reduzindo o montante do débito, passando tal infração a ter o seguinte demonstrativo de débito, nos meses indicados, mantendo-se os valores dos demais, tais como lançados:

MÊS	ICMS LANÇADO	NOTA FISCAL EXCLUÍDA	ICMS RETIRADO	VALOR DEVIDO
ABRIL/2006	R\$ 149,23	58.178	R\$ 149,23	NIHIL
DEZ/2006	R\$ 2.973,17	63.720 63.730	R\$ 99,14 R\$ 1.310,04	R\$ 1.563,99
ABRIL/2007	R\$ 251,88	1.731	R\$ 176,72	R\$ 75,16

Assim, a infração 6 passa a ter o valor de R\$ 77.446,97.

Dessa forma, o Recurso Voluntário deve ser PARCIALMENTE PROVIDO, relativamente frente à infração 6, mantendo-se o valor da condenação referente à infração 3.

#### **VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 3)**

Em que pese o brilhante voto do ilustre Conselheiro Relator Valtércio Serpa, com a data máxima vénia, vou me permitir divergir do seu voto no que tange especificamente a infração 3. A controversa matéria de que trata a infração 3 já foi, inclusive, objeto de um voto recente da minha lavra, na condição de Conselheiro/Relator, no julgamento do Recurso Voluntário no processo administrativo fiscal relativo ao Auto de Infração nº 124157.0726/09-9 referente à outro contribuinte.

Assim sendo, não poderia me posicionar de outra forma, ou seja, entendo que a infração 3 não pode subsistir. Compulsando os autos, verifico que a referida infração trata da cobrança de ICMS no montante de R\$ 43.459,55, por suposta ausência do aludido imposto decorrente de diferença entre alíquotas internas e interestaduais de mercadorias **adquiridas** ou **recebidas** por transferência do estabelecimento matriz para o estabelecimento filial, todas elas para fins de consumo.

No que tange as mercadorias adquiridas de terceiros, advindas de outras unidades da Federação e enviadas para filial do recorrente, não se discute a existência do fato gerador e, por conseguinte, a exigência do ICMS da diferença entre alíquotas quando da circulação interestadual das mesmas. Inclusive, é mister lembrar que o recorrente, tal como consta na sua peça recursal e na sustentação oral feita na sessão de julgamento, reconheceu a exigibilidade do ICMS da diferença entre alíquotas interestaduais de mercadorias e efetuou o pagamento deste imposto relativo as mercadorias que tinham sido adquiridas de outras unidades federativas e remetidas da matriz para o estabelecimento filial.

Todavia, no que se refere apenas as mercadorias simplesmente transferidas entre a matriz em São Paulo e a filial baiana para fins também de consumo, como já foi susomencionado, não aconteceu, ao meu ver, o fato gerador e, portanto, a exigibilidade do referido imposto estadual resta prejudicada, vez que entendo que não houve a **circulação econômica**, ou seja, não ocorreu o ato ou negócio jurídico perfeito que suscitasse tal circulação.

Em que pese entendimentos diferentes de juristas e no seio do próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), existe também pareceres de inúmeros juristas, diversos Acórdãos prolatados por Tribunais de Justiça Estaduais, inclusive pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pelo STJ, através da sua Súmula 166, que entendem que não existe fato gerador de ICMS quando houver mera transferência física de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo proprietário, não ocorrendo o ato jurídico de aquisição da mercadoria, ou seja, não houve mudança de titularidade.

Nesta esteira me permito reiterar que neste caso não pode haver a cobrança do ICMS, posto que a exação se condiciona à circulação da mercadoria, o que não se subsume a ocorrência apenas e tão-somente da circulação física.

Com efeito, é cediço que a atividade tributária do Estado se condiciona, por força da capacidade contributiva, a gravar situações que revelem riqueza, ou seja, dirige-se apenas aos signos presuntivos de riqueza.

Nesse sentido, o ICMS só pode incidir quando haja signo presuntivo de riqueza indicativo de circulação da mercadoria que, evidentemente, não pode ser a circulação física, mas a circulação econômica que, naturalmente, resulte de uma circulação jurídica.

A circulação jurídica de mercadoria decorre de operações que envolvam a translação da propriedade da mercadoria, o que não ocorre se há mera circulação de um estabelecimento para outro da mesma sociedade empresarial.

Entendo, alinhando-me com esta vertente jurídica, que encontra eco no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula nº 166, segundo a qual o **simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não se constitui fato gerador do ICMS**. Apenas com a mudança de titularidade pode-se conceber a circulação para efeitos jurídicos capaz de ensejar o fator gerador do ICMS. Tal entendimento ainda se mantém firme nos julgados mais recentes, como se vislumbra abaixo:

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ.*

*DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

1. *O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume 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. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783.*

*Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) 2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).*

3. *A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "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;" 4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.*

5. *"Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias.*

*É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.*

*(...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.*

*(Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994) 7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.*

8. *Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1125133/SP, Rel. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010)*

*TRIBUTÁRIO. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. NÃO- INCIDÊNCIA. SÚMULAS 166 E 7 DO STJ.*

1. *Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que houve simples deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, sem finalidade de comercialização e com retorno ao local de origem. Nessas condições, não incide o ICMS, nos termos da Súmula 166/STJ.*

2. *Rever tal aspecto, indicado pelo TJ-MA, de que não houve efetiva circulação econômica da mercadoria, é inviável em Recurso Especial (Súmula 7/STJ).*

3. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no REsp 780.543/MA, Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 19/12/2008)

Por fim, apenas para ilustrar este meu reiterado convencimento, transcrevo, a seguir, parte de recente voto de minha lavra em PAF julgado nesta 2<sup>a</sup> CJF, do qual fui Relator e que versa sobre matéria similar:

“(...) Segundo a regra constitucional, para haver fato gerador do ICMS é imperioso que haja a circulação física e econômica com a transferência de titularidade, sendo o seguinte entendimento do renomado jurista, professor Roque Antônio Carrazza: “Por outro lado, o imposto em tela incide sobre operações com mercadorias (e não sobre a simples circulação de mercadorias). Só a passagem de mercadoria de uma pessoa para outra, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio do ICMS.” Cito, abaixo, a Súmula 166 do STJ que vem sendo utilizada para liquidar a dúvida no que tange a esta matéria tributária relativa a simples transferência física de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

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

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário no que tange a infração 3 e, acompanhando o relator, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL no que se refere a infração 6.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime em relação à infração 3, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180573.0002/10-9, lavrado contra **INDÚSTRIAS ANHEMBI S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$331.737,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “a”, “d” e “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$5.352,42**, previstas nos incisos II, alínea “d” e IX, do artigo e lei acima referidos, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Valtercio Serpa Júnior, José Antonio Marques Ribeiro, José Franklin Fontes Reis e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE  
(Quanto à Infração 3)

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA – REPR. DA PGE/PROFIS