

PROCESSO - A. I. Nº 206880.0112/08-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PEVAL S.A.
RECORRIDOS - PEVAL S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0217-05/11
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 01/03/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0002-12/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SERVIÇO DE TRANSPORTE. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM ÔNUS DO FRETE PELO REMETENTE. Nas operações de transferência de mercadorias em que o frete não integra a base de cálculo, não há previsão legal para utilização do crédito fiscal por parte do tomador. Infração não elidida. **b)** TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE SALDO CREDOR DO PERÍODO ANTERIOR. Infração comprovada. **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Diligência efetuada pela ASTEC-Assessoria Técnica do CONSEF, comprova a legitimidade dos créditos fiscais, transferidos do estabelecimento matriz para o autuado. Infração elidida. **2.** LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração comprovada. **3.** OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0217-05/11, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 17/12/2008, exige ICMS no valor histórico de R\$894.962,93. As infrações motivadoras do Recurso Voluntário são aquelas indicadas como 01, 02, 03 e 04. Faz parte do Recurso de Ofício a infração 05.

As irregularidades constatadas são as seguintes:

1. Utilização indevida, na condição de remetente da mercadoria, de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora. ICMS no valor de R\$ 21.419,12 e multa de 60%.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior. ICMS no valor de R\$ 7.897,49 e multa de 60%. Mês de maio de 2005.
3. Falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 5.939,39 e multa de 50%. Meses de junho e agosto de 2005.

4. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 42.080,99 e multa de 60%.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. ICMS no valor de R\$ 817.625,94 e multa de 60%.

Após análise das peças processuais e de diligência saneadora, a 5ª JJF prola a seguinte Decisão, após rejeitar a arguição de nulidade apresentada pela empresa:

Na infração 1 está sendo exigido ICMS em decorrência de utilização indevida, na condição de remetente da mercadoria, de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora, planilha de fl. 19.

A empresa autuado assevera que jamais realizou a operação a preço FOB, mas CIF, residindo aí o equívoco acerca dos fatos. Afirma que remeteu mercadoria para armazém-geral, tendo contratado e arcado com todos os custos relativos aos serviços de transporte, prestado por empresa transportadora. Para provar o quanto alegado, anexa os conhecimentos de transporte rodoviário de cargas, correspondentes às notas fiscais de remessa de mercadoria para armazém-geral, acompanhados dos respectivos comprovantes de pagamentos (recibos da empresa transportadora, atestando ter recebido da PEVAL S/A, os valores relativos ao transporte), constando nos aludidos recibos referência ao material transportado, qual seja, blocos de granito com numeração individual e específica.

Constato que os documentos apresentados na defesa referem-se a complementos de CRTCC, com modalidade de “frete a pagar”, portanto a operação referente ao complemento necessariamente também deveria ser exigida a preço FOB, fato não observado pelo contribuinte, seja pela complementação de valores de CRTCC exposto no próprio conhecimento com modalidade de “frete a pagar”, ou mesmo pela escrituração da nota fiscal referente ao serviço exposto com “frete por conta do destinatário”.

Ademais, o autuante destaca, na informação fiscal, que o preço praticado na modalidade CIF é consideravelmente superior ao praticado com preço FOB, o que demonstra que, estas operações objeto de imputação fiscal, efetivamente, ocorreram com preço FOB.

Segundo a legislação pertinente à matéria, a admissibilidade de utilização do crédito fiscal pelo remetente, quando a operação é realizada a preço CIF, ocorre quando o transporte de mercadoria é efetuado por empresa transportadora inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Entende-se por preço CIF aquele em que estejam incluídas no preço da mercadoria as despesas de frete e seguro (Parágrafo Único, do art.646 do RICMS/97).

Não obstante a alegação do sujeito passivo, de que as despesas com frete foram por ele assumidas na condição de remetente das mercadorias evidenciado tais fretes nos conhecimentos de transporte e nas notas fiscais de saídas por transferências interestaduais, examinando referidos documentos fiscais, não fiquei convencido de que efetivamente ocorrera o fato afirmado, visto que os CRTCC colacionados aos autos não trazem essa indicação e aqueles que indicam frete pago, não demonstram vinculação com notas fiscais de operações de vendas a preço CIF. Nas notas fiscais apresentadas não estão constando expressamente que o frete está incluído no preço da mercadoria ou que a venda fora realizada a preço CIF, condição imposta pelo art. 646, inciso IV, alínea “a”, item 2 do RICMS/97.

Ressalto que o contribuinte não demonstrou cabalmente tanto na constância da fiscalização quanto na peça defensiva de que cumpriu a legislação do ICMS, quanto à demonstração e comprovação de transferência das mercadorias a preço CIF, para ter direito ao crédito do imposto destacado no CRTCC atinente ao frete.

As notas fiscais e os CRTCC acostados aos autos por si só não comprovam cabalmente que nas transferências foram incluídas nos preços das mercadorias as despesas de fretes correspondentes. O sujeito passivo não trouxe aos autos quaisquer outros elementos que provassem ter feito o pagamento do serviço de transporte e consequentemente o seu direito ao crédito fiscal destacado nos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas.

Infração subsistente.

Na infração 2, está sendo exigido ICMS em razão de o sujeito passivo ter promovido a transferência de saldo credor no mês de abril, no valor de R\$ 17.205,10, quando na realidade sua conta-corrente, naquele mês, apontava o saldo credor no valor de R\$ 9.307,62, portanto o valor ora exigido corresponde à diferença que totaliza R\$ 7.897,49, planilha de fl. 20.

O defendente alega que, na verdade, tinha saldo credor acumulado da ordem de R\$ 362.635,22, e que este erro não teria repercutido no valor do ICMS a recolher, e invoca em seu favor, o estabelecido no art. 116, III, § 3º do RICMS/97: “Nas hipóteses expressamente previstas neste Regulamento, poderá ser levado em conta o conjunto dos débitos e créditos de todos os estabelecimentos do sujeito passivo neste Estado.”

Contudo, no presente caso, de fato, a transferência de saldo credor foi incorreta, e a responsabilidade por infração do ICMS não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Infração procedente.

Na infração 3, está sendo exigido ICMS relativo ao saldo devedor, nos meses de junho e de agosto de 2005, nos valores de R\$ 3.491,23 e de R\$ 2.448,16, respectivamente, consoante planilha de fl. 22.

No momento da defesa, com base no art. 108-A, I, “b” 3 do RICMS, o sujeito passivo requer que o valor apurado seja reconhecido para fins de compensação com o crédito acumulado na Inscrição estadual nº 31.382.472, mas não há possibilidade de ser atendido, haja vista que os valores exigidos deveriam ter sido recolhidos na época própria, além do que tratam-se de estabelecimentos autônomos e não houve a formalização das transferências de crédito fiscal. Infração procedente.

A infração 4, aponta a transferência para a filial exportadora sem destaque do ICMS, nas notas fiscais de transferência de propriedade dos blocos de granito da impugnante (Inscrição nº 29.254.422) para o estabelecimento exportador (Inscrição nº 31.382.472), consoante a planilha de fl. 23.

O defendente argumenta que a falta de destaque do ICMS, na dita operação de transferência de propriedade não causou qualquer prejuízo ao erário, posto que o ICMS destacado na operação é suportado pelo estabelecimento exportador, o qual, após a emissão da nota fiscal de exportação, tem direito ao crédito de todo o ICMS incidente nas operações anteriores.

Contudo, este argumento não pode ser acatado, pois é plenamente cabível a tributação em operações de transferências de mercadorias, de um estabelecimento para outro do mesmo titular, como, aliás, já manifestou anteriormente o CONSEF, em processo da mesma natureza, para esta empresa referente ao Auto de Infração nº 20688001 1005-6.

Quanto ao questionamento do suposto não prejuízo ao erário público, são argumentos sem fundamentação legal, visto que a simples suposição de não prejuízo à fazenda pública, não caracteriza a improcedência da imputação fiscal, pois que o estabelecimento destinatário, não tem necessária e obrigatoriamente realizado operações de exportações com as mesmas mercadorias recebidas anteriormente, ou seja, são fatos completamente distintos sob a ótica tributária.

Assim, subsiste a exigência da infração fiscal, por tratar de operação (transferência de propriedade de mercadoria), sujeita à tributação de ICMS.

Infração não elidida.

Na infração 05, o ICMS exigido reporta-se ao fato da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, demonstrativo de fl. 21.

O defendente rebate a acusação, sob o argumento de que efetivamente não houve utilização indevida de crédito fiscal, consoante o art. 114 do RICMS os créditos são legítimos, mas apenas não foram observadas as formalidades legais.

Para o deslinde da infração destaco o resultado da diligência fiscal efetuada pela ASTEC, que chegou ao resultado de que houve transferências legítimas de crédito fiscal do estabelecimento de Inscrição nº 31.382.472, para o estabelecimento autuado, contudo sem a emissão do competente documento fiscal, como segue:

1. Nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2005, junho, julho, e agosto de 2006, janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo anexo (fl. 413,), emitiiu notas fiscais de saídas, cópias de fls. 398/412, transferindo crédito acumulado de ICMS, Inscrição nº 31.382.472 para o estabelecimento de Inscrição nº 29.254.422, totalizando R\$ 476.227,23. Tais notas fiscais estão devidamente escrituradas no livro Registro de Saídas da primeira, constatando-se tais valores no total apurado de ICMS mensal. Verificou também que, para cada valor debitado na matriz existe a correspondente escrituração do crédito no livro Registro de Entradas do estabelecimento autuado.

2. Para os meses de março, abril, maio, junho, julho e agosto de 2005, janeiro a maio e novembro de 2006, o autuado não emitiiu os documentos fiscais correspondentes às transferências de créditos, lançados os valores que totalizaram R\$ 341.398,71, conforme planilha anexa, fl. 414, diretamente no livro Registro de Apuração de ICMS, na coluna “outros Débitos”. Constatou que tal procedimento se repetiu na empresa filiada com o registro dos créditos diretamente no RAICMS, na coluna “outros créditos”.

Outrossim, o diligente informou com base nos livros fiscais apresentados, que o estabelecimento de Inscrição nº 31.382.472, possuía créditos acumulados que davam suporte a tais transferências, e que estas foram realizadas com suporte no art. 114-A do RICMS/97.

Portanto, diante do resultado acima, acompanho o resultado da diligência. Infração improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A JJF recorre de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão prolatada pelo órgão de 1º Grau a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 480/490). Após transcrever parte do voto da JJF a respeito das infrações 1, 2, 3 e 4, passa a combater a Decisão recorrida em relação às referidas infrações.

Quanto à infração 1, diz que o autuante laborou em erro ao analisar o campo indicativo do documento fiscal (CRTD) onde consta o frete "pago" ou "a pagar", pois esta situação não guarda referência "*com a compra realizada na modalidade CIF ou FOB, mas sim, se o pagamento foi realizado "a vista" ou "faturado". Assim, tais indicações referem-se à forma de pagamento do frete e não a responsabilidade pelo pagamento dos mesmos (CIF – Emitente; FOB – Receptor)*".

Informa estar, novamente, colacionando aos autos, toda a documentação que comprova ter sido o responsável pelo pagamento total dos fretes, fazendo jus ao crédito fiscal.

Advoga que diante da "robusta" documentação, restava evidente que suportou o ônus dos serviços de transporte das mercadorias (hipótese de acumulação de crédito fiscal, como dispõe o art. 106, do RICMS/97), que foram remetidas para armazém-geral. Deste modo entende que pode utilizar o crédito fiscal, relativo ao ICMS cobrado sobre o serviço de transporte, nos termos e disciplina do art. 95, I, "c" do RICMS/97.

Requer a reforma da Decisão recorrida.

Quanto à infração 2, com vistas a elucidá-la, esclarece que é uma filial situada neste Estado, sob nº 29.254.422, e CNPJ 32.631.657/0004-96, sendo que a matriz é o estabelecimento também situado neste Estado, de Inscrição sob nº 31.382.472 e CNPJ 32.631.657/0001-43.

Neste sentido, o RICMS é expresso no art. 114-A, de que os créditos e ou débitos de ICMS apurados na inscrição da impugnante podem ser compensados com o mesmo imposto devido ou acumulado, por outro estabelecimento do mesmo contribuinte, situado neste Estado, *in casu* Peval, Inscrição Estadual nº 31.382.472.

Observa que o fato ensejador da suposta infração 2 ocorreu na escrituração dos créditos e débitos de ICMS, lançados no livro de apuração do estabelecimento, ou seja, que no mês de abril de 2005, após calcular o ICMS incidente, bem como os créditos gerados nas operações daquele período, chegou a um saldo credor no importe de R\$9.307,62. O equívoco se deu quando da transferência para o mês de maio de 2005 do saldo credor apurado no mês de abril de 2005, sendo que o valor exato a ser transferido era de R\$9.307,62 e foi transferido R\$17.205,10. Logo, teoricamente, foi transferido um saldo a maior de R\$7.897,49, resultando na suposta infração. Contudo, o que ocorreu foi à utilização de créditos de ICMS acumulados da inscrição nº 31.382.472, que, vale dizer, naquele período possuía, conforme cópia de RAICMS, um valor de créditos acumulados disponíveis para compensação de R\$362.635,22.

Diz que não se pode esquecer as disposições contidas no art. 116, III, § 3º do RICMS/BA (transcrito). Requer a improcedência da infração sob o argumento de que outro estabelecimento do mesmo sujeito passivo possuía, à época, crédito disponível para compensação em valor infinitamente superior ao utilizado, sendo utilizado para fins de compensação com o crédito acumulado na inscrição estadual nº 31.382.472, no período, devendo ser recalculado o crédito subsistente, após a compensação para os períodos subsequentes.

A respeito da infração 3, aduz que da análise do livro registro de Apuração de ICMS, se percebe que foi lançado nos meses de junho e de agosto de 2005, respectivamente, os valores, como débitos de tributo a recolher, de R\$3.491,23 e R\$2.448,16. Contudo, tais valores ficaram em aberto, em que pese ter à sua disposição créditos acumulados na Inscrição nº 31.382.472, disponíveis para compensar em valores de junho de 2005, R\$ 140.532,24 e agosto de 2005, R\$ 216.718,77.

Assim e com base no art. 108-A, I, “b”, 3 do RICMS requer que o valor apurado seja reconhecido para fins de compensação com o crédito acumulado na Inscrição Estadual nº 31.382.472, no período, devendo ser recalculado o crédito subsistente, após a compensação, para os períodos subsequentes.

Relativamente à infração 04, afirma que para entendê-la se faz necessário conhecer as etapas que antecedem a emissão das notas fiscais de transferência de propriedade e autuadas. Relata que tem por atividade a extração e venda de blocos de granito e, nesse sentido, depois de extraído e preparado os blocos para venda, eles são remetidos para armazém, operação isenta de ICMS. Passado um tempo no armazém, é emitida a nota fiscal de devolução, que têm sua propriedade transferida para a Inscrição nº 31.382.472, cadastrado como estabelecimento exportador. O estabelecimento exportador vende os blocos para o mercado externo com a devida nota fiscal de exportação, a qual gera crédito de todo o ICMS destacado nas operações anteriores, posto que, por previsão legal, não incide ICMS, na espécie, para exportações.

Entende que o fato que ensejou a autuação foi o não destaque do ICMS nas notas fiscais de transferência de propriedade dos blocos da empresa (Inscrição nº 29.254.422) para o estabelecimento exportador (Inscrição nº 31.382.472). Argumenta que a falta de destaque do ICMS na dita operação de transferência de propriedade não causou qualquer prejuízo ao Erário, posto que o ICMS destacado na operação é suportado pelo estabelecimento exportador, o qual, após a emissão da nota fiscal de exportação, tem direito ao crédito de todo o ICMS incidente nas operações anteriores.

Logo, como o ICMS não foi destacado na operação, consequentemente deixou de gerar crédito para o estabelecimento exportador, conforme RAICMS, demonstrando a não escrituração de créditos advindos nas notas fiscais de transferência de propriedade, em que não houve destaque do imposto – créditos estes que retornariam para compensar o ICMS destacado na operação de transferência já aludida. Poderia se cogitar que houve descumprimento de obrigação acessória, punível com multa. Pede a improcedência da infração por não ter havido qualquer falta de recolhimento do tributo, bem como restar provada a falta de prejuízo ao Erário.

Salienta, por fim, que em relação ao mês de junho de 2005, em relação às notas fiscais sem destaque do ICMS, o registro do mesmo foi realizado na coluna “outros débitos no RAICMS” com a descrição “diferença ref. A transferência de propriedade”, quando a situação foi retificada.

Por tudo exposto, entende que a única infração existente em relação a todas as infrações combatidas foi o descumprimento de uma obrigação acessória. E, neste caso, as multas podem ser reduzidas ou canceladas, como dispõe o art. 915, § 6º, do RICMS/97.

Por fim requer a reforma da Decisão recorrida para que sejam julgadas improcedentes as infrações 1, 2, 3 e 4. Caso assim não se entenda, que nas infrações 2, 3 e 4 seja aplicada sanção de caráter acessório e que diante das determinações do art. 915, § 6º, do RICMS/97 sejam canceladas, como requer.

A PGE/PROFIS (fls. 590/594) ao se pronunciar a respeito da infração 1 observa que as alegações recursais não vieram acompanhadas de documentação suficiente para comprovar que as operações foram realizadas a preço CIF. Ressalta de que as provas trazidas pela fiscalização foram analisadas pela JJF que concluiu que a operação foi realizada a preço FOB, não cabendo, portanto, a utilização do crédito fiscal respectivo.

Em relação à infração 2 (utilização indevida de crédito derivado da transferência equivocada de saldo credor do mês anterior), observa que tal matéria já foi objeto de apreciação pelo CONSEF, que decidiu em Câmara Superior, ao apreciar Recurso Extraordinário da PGE/PROFIS, tendo concluído que a infração utilização indevida de crédito fiscal, à época, independia de comprovação ou não de prejuízo ao Estado. Neste sentido, transcreveu parte do Recurso Extraordinário da PGE/PROFIS, da lavra do Procurador Jose Augusto Martins Junior (PAF nº 276468.0006/05-4).

Em relação à infração 3, discorda do argumento do recorrente uma vez que a transferência de crédito não foi solicitada, nem deferida pela SEFAZ, a tempo de ser utilizado o crédito naquele momento.

Por fim, em relação à infração 4, diz ter agido acertadamente a JJF, *“uma vez que a alegação de falta de prejuízo ao Estado pela utilização do crédito que deveria ter sido destacado pela empresa destinatária ao exportar a mercadoria não é razoável, por não ser absoluta. Nada impede que a empresa adquirente tenha dado outra destinação à mercadoria remetida pelo autuado sem destaque do ICMS, que não a exportação”*.

Opina pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário interposto.

Esta 2ª CJF (fl. 600/601) deliberou enviar os autos à ASTEC/CONSEF para verificar a pertinência das razões recursais em relação à infração 1 e, neste seu pedido que fossem separados os demonstrativos de débito para as operações CIF e FOB.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 00113/2012 (fls. 604/608), fiscal estranho ao feito realizou o que foi solicitado, partindo para tanto das notas fiscais emitidas e em cujo campo do transporte consta o frete por conta do destinatário ou do remetente das mercadorias.

Chamado para tomar conhecimento da diligência realizada o recorrente não se manifesta (fls. 610).

VOTO

A empresa apresentou Recurso Voluntário visando à reforma do acórdão JJF nº 0217-05/11 proferido pela 5ª JJF, que, à unanimidade, julgou procedente as infrações 1, 2, 3 e 4 do Auto de Infração ora em questão.

Traz ela com o seu Recurso os mesmos argumentos apresentados em sua inicial que foram minuciosamente analisados e rebatidos pela 1ª Instância deste Colegiado. Entretanto, diante da interposição da peça recursal, novamente, os analiso.

O cerne do lançamento da infração 1 consiste na utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na condição de remetente de mercadorias, relativo a frete de mercadorias em saídas por transferência a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuado por transportadora, no período de janeiro a junho de 2005.

O recorrente aduz o direito ao crédito fiscal destacado nos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC, pois, ao contrário do que se acusa, a operação foi realizada a preço CIF, já que arcou com o ônus desses fretes, conforme documentos que colacionou aos autos, lhe sendo assegurado, legalmente, o direito ao referido crédito Afirma, ainda, que o significado das siglas CIF e FOB indicadas nos CRTC's não se referem *“... a compra realizada na modalidade CIF ou FOB, mas sim, se a forma de pagamento do frete foi a “a vista” ou “faturado”*. Por fim que apenas desobedeceu a uma norma de caráter acessório.

Em uma prestação de serviço de transporte a preço CIF, assim entendida aquela prestação de transporte em que estejam incluídas no preço da mercadoria as despesas de frete e seguro (Parágrafo único do art. 646, do RICMS/97), e sendo o transporte realizado por transportadora (para ficar-se adstrito a questão em lide), ele deve estar acobertada por nota fiscal e pelo Conhecimento de Transporte, sendo que a Nota Fiscal, além das demais exigências regulamentares, conterà o destaque do ICMS sobre o valor da operação própria do remetente, se devido e a expressão: "Frete incluído no preço da mercadoria" ou "Venda a preço CIF". O Conhecimento de Transporte será emitido na forma regulamentar, com destaque do ICMS. Estas são as regras do art. 646, IV, do RICMS/97. E, ao contrário do que advoga o recorrente, as referidas expressões (CIF ou FOB ou “frete pago” ou “apagar”) expressas nos CRTC's não guardam qualquer relação com a forma de pagamento do frete (se a “vista” ou “faturado”), pois para a

legislação tributária este dado não possui pertinência, no caso em questão, para a apuração do imposto.

Por outro lado, nas operações efetuadas a preço CIF, a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância da seguinte regra: tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte constitui crédito fiscal do estabelecimento vendedor ou remetente, se for contribuinte do imposto, vedada a sua utilização como crédito fiscal por parte do destinatário (art. 95, I, “c”, do RICMS/97).

A norma posta, ao permitir o crédito fiscal consignado no CTRC, na verdade o que estar indicando é que como tal frete foi incluído no custo das mercadorias vendidas ou remetidas, para que não haja pagamento em duplicidade, o contribuinte deve creditar-se daquele constante no CTRC. É, na realidade, um ressarcimento para restabelecer a relação débito/crédito. Mas, tal situação somente se concretiza com a inclusão do serviço de transporte no preço das mercadorias vendidas ou remetidas, pois a venda ou remessa da mercadoria encontra-se intrinsecamente ligada ao seu serviço de transporte, ao contrário do que expõe o recorrente.

Em síntese, o que legitima o direito ao crédito do CTRC é o fato de que o mesmo também esteja embutido na base de cálculo do ICMS da operação de venda.

Portanto, uma operação de transporte de mercadorias por transferência com cláusula CIF tem que se submeter à regência na norma regulamentar sob pena do contribuinte arcar com o ônus da sua desobediência, vez que ela visa não somente o controle do Estado sobre sua receita nessas operações, bem como, dar ao contribuinte, que arcou com o seu ônus, respaldo legal para exercer o seu direito.

Na situação ora em combate o recorrente procedeu da seguinte forma:

1. Conforme apurou a ASTEC/CONSEF (fls. 618/619) foram emitidos CRTC's ora indicando que o frete era CIF, ora que era FOB, e tudo conforme prova as notas fiscais emitidas.
2. Ao analisar todos os CRTC's autuados, e diante do fato de que os blocos de granito possuem numeração específica, o recorrente arcou com o ônus das operações de transportes, a exceção daqueles CRTC's de nº 256 (jan/2005) e 281 (fev/2005) como a seguir se indica (dados retirados dos documentos apresentados pela empresa):

MÊS	PAGAMENTO	TRANSPORTE DOS GRANITOS Nºs	NOTAS FISCAIS	CRTC	CRTC AUTUADOS
jan/05	RECIBO Nº 0018/05 (FL. 186) cópia cheque - fl. 185	306380, 306381, 306368, 306379, 306371, 306372, 306373, 306392	2661, 2662, 2663	2485, 2568, 2570 2572, 2367, 2501	256, 2485, 2568, 2570, 2572, 2367, 2501, 2307, 2584
	RECIBO Nº 0042/05 (FL. 182) cópia cheque - fl. 181	306411, 306416, 306417	2669	2584, 2307	
	SEM COMPROVAÇÃO (1)	OPERAÇÃO A PREÇO CIF	-	-	256
fev/05	RECIBO Nº 0072/05 (FL. 202) cópia cheque - fl. 201	306393, 306400, 306406, 306407, 306408, 306410, 306426, 306428, 306458, 306398	2721, 2723, 2724, 2722, 2725	2113, 2363, 2425, 2539, 2561, 2678, 2682, 2684, 2686, 2688	2113, 2363, 2425, 2539, 2561, 2678, 2682, 2684, 2686, 2688
	RECIBO Nº 0057/05 (FL. 214) cópia cheque - fl. 213	305263A, 305264A	2164	768	768
	RECIBO Nº 0128/05 (FL. 217) cópia cheque - fl. 216	306424, 306415, 306425	2726	269, 276	269, 276
	RECIBO Nº 071/05 (FL. 219) cópia cheque - fl. 218	306424, 306415, 306425	2726	269, 276	268, 276
	SEM COMPROVAÇÃO	OPERAÇÃO A PREÇO FOB	-	-	281

mar/05	RECIBO Nº 096/05 (FL. 230) cópia cheque - fl. 230	305490, 306263, 306268, 306273, 306315	2589, 2590	257	257
abr/05	RECIBO Nº 0131/05 (FL. 236) cópia cheque - fl. 235	306731, 306766, 306770, 306775, 306798, 306796, 306917, 306919, 306920, 306923	2794, 2798, 2799, 2951	2445, 2605, 2569, 2601, 2673, 2589, 2615	2445, 2569, 2673, 2589, 2601, 2605, 2615
jun/05	RECIBO Nº 0244/05 (FL. 252) cópia cheque - fls. 249/251	307171, 307182, 307188, 307206, 307207, 307209, 307213, 307215, 307222, 307229, 307278, 307290, 307291, 307292, 307293	3170, 3293, 3292, 3285, 3284	2802, 2800, 2798, 2796, 2794, 2792, 2783, 2823, 2839, 2777, 2843, 2803,	2802, 2800, 2798, 2796, 2794, 2792, 2783, 2823, 2839, 2777, 2803

(1) A comprovação que o recorrente trouxe não se refere ao CRTIC 256 e sim a operações de 2004 - NF 2529/3/5 de 18/11/2004 e o CRTIC é de 31/01/2005 (fls. 178/180)

3. Não incluiu a operação de transporte no preço da mercadoria vendida, conforme se constata através das notas fiscais trazidas pelo próprio recorrente. Ao analisar os preços das mercadorias (com frete CIF e FOB para o mês de junho, por exemplo – fls. 265/270) não existem diferenças de valores nas notas fiscais. Se, acaso, o frete nela estivesse incluído (preço CIF) o valor da operação jamais poderia ser o mesmo.

Pela explicação acima e na realidade, a empresa documentou e assumiu, inicialmente, o ônus da transferência das mercadorias, porém ao não incluir a operação de transporte no preço da mercadoria, agiu como se a operação de transporte da transferência tenha se dado com cláusula FOB e tratou a prestação de transporte de tais transferências como operação completamente desconexa com o seu transporte. Com tal procedimento, causou grande prejuízo ao Estado, que se assumir o ônus deste crédito não terá qualquer contrapartida. E, nesta situação, pela dicção do Parágrafo único do art. 645, do RICMS/97 é que “*Entende-se por preço FOB aquele em que as despesas de frete e seguro: I -; II - sejam pagas antecipadamente pelo remetente e incluídas, em destaque, no documento fiscal, integrando o valor da operação, para fins de reembolso, pelo destinatário ao remetente, do valor correspondente.*” Ou seja, a própria norma regulamentar prevê esta situação, não a caracterizando como operação de transporte de mercadorias a preço CIF e sim a preço com cláusula FOB.

Por tudo exposto, o pedido do recorrente de que apenas seja considerado de que houve tão somente o descumprimento de uma obrigação acessória não tem base legal para ser apreciado.

Diante de tudo ora exposto, a Decisão recorrida relativa a essa infração é mantida.

A infração 2 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior.

O recorrente admite que quando da apuração dos créditos e débitos de ICMS no RAICMS, no mês de abril de 2005, chegou a um saldo credor no valor de R\$9.307,62. No entanto, ao transferi-lo para o mês de maio de 2005, equivocadamente, utilizou o valor de R\$17.205,10. Assim, e teoricamente, transferiu um saldo a maior de R\$7.897,49, e ora autuado. Porém, e na realidade, utilizou créditos de ICMS acumulados da inscrição nº 31.382.472 (matriz) que naquele período possuía créditos acumulados de R\$362.635,22, conforme cópia de RAICMS que traz aos autos. Traz as disposições dos arts. 114-A e 116, III, § 3º do RICMS/97 para requerer a improcedência da infração e, mais uma vez, entende que a situação foi de descumprimento de uma obrigação acessória.

Não se discute que o art. 93, X, do RICMS/97 determina que “*constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário o valor do eventual saldo credor apurado no final do período quando transferido de estabelecimento da mesma empresa*”. Porém faz a ressalva de que para que esta situação possa ser concretizada deve ser “*observado o disposto no § 2º do art. 114-A*”.

E o art. 114-A da referida norma regulamentar ao permite a compensação dos saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, estabelece as seguintes regras visando o controle de tais créditos fiscais não somente ao Estado, como também ao próprio contribuinte:

§ 1º A transferência do saldo credor ou devedor será feita mediante a emissão de Nota Fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito ou débito, na qual serão indicados o valor do saldo a ser transferido, a data e uma das expressões: "Transferência de Saldo Credor" ou "Transferência de Saldo Devedor", conforme o caso.

§ 2º A Nota Fiscal será lançada no Livro Registro de Apuração do ICMS de uso normal:

I - pelo remetente:

- a) a débito, no item "Outros Débitos", na hipótese de transferência de saldo credor, com a anotação da expressão "Transferência de Saldo Credor";*
- b) a crédito, no item "Outros Créditos", na hipótese de transferência de saldo devedor, com a anotação da expressão "Transferência de Saldo Devedor";*

II - pelo destinatário:

- a) a crédito, no item "Outros Créditos", na hipótese de recebimento de saldo credor, com a anotação da expressão "Transferência de Saldo Credor";*
- b) a débito, no item "Outros Débitos", na hipótese de recebimento de saldo devedor, com a anotação da expressão "Transferência de Saldo Devedor".*

Estes procedimentos não foram formalizados pelo contribuinte, não existindo suporte para se dar guarida á sua pretensão. Além do mais, estes créditos acumulados de sua matriz (IE nº 31.382.472) serviram para abater o recolhimento do imposto devido e autuado na infração 05 do presente processo, conforme perquiriu a JJF. Ou seja, mesmo que se pudesse considerar sua alegação defensiva, estes créditos já haviam sido utilizados, não podendo ser novamente assim ser realizado, o que deságua na não discussão de se considerar na presente autuação apenas um descumprimento de obrigação acessória.

Infração e Decisão mantidas.

Na infração 3 o recorrente é acusado de não ter recolhimento o ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios nos meses de junho e agosto de 2005.

O recorrente confessa de que não recolheu o imposto assim lançado, porém solicita que os mesmos sejam compensados com os créditos acumulados da Inscrição nº 31.382,472, disponíveis para compensar em valores de junho de 2005 (R\$ 140.532,24) e agosto de 2005 (R\$216.718,77), desta autuação com base no art. 108-A, I, "b" 3 do RICMS/97. Confessa ter havido descumprimento de obrigação acessória.

Em primeiro, resalto de que o simples fato de sua matriz possuir créditos acumulados não exime o recorrente da obrigação de proceder como determina a legislação pertinente, ou seja, a observação contida no art. 114-A do RICMS.

Em segundo, todos os créditos acumulados da matriz e transferidos á recorrente já foram considerados quando da análise pela JJF na infração 5, não podendo ser considerados em duplicidade.

Em terceiro e conforme item 2 acima explicitado, aqui não caberia mais se aventar as determinações do art. 108, I, "b", 3, do RICMS/97 (*os créditos fiscais acumulados nos termos do art. 106 poderão ser utilizados pelo próprio contribuinte para pagamento de débito do imposto decorrente de autuação fiscal*).

Infração e Decisão mantidas, não havendo, mais uma vez de se falar em descumprimento de obrigação acessória.

Na infração 4 a empresa é acusada da falta de recolhimento do imposto tendo em vista ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas.

A defesa tem a seguinte base: que os blocos de granito são remetidos para armazém, operação isenta de ICMS. Após tal armazenagem é emitida a nota fiscal de devolução, transferindo sua propriedade para a IE nº 31.382.472, estabelecimento exportador. O estabelecimento exportador vende os blocos para o mercado externo. Que a autuação decorreu da falta de destaque do ICMS nas notas fiscais de transferência, o que não causou qualquer prejuízo ao Erário. Ao contrário, deixou de gerar crédito para o estabelecimento exportador. Diz ter havido tão somente descumprimento de obrigação acessória, punível com multa e que no mês de junho de 2005, embora as notas fiscais não contivessem o destaque do ICMS, este registro foi realizado na coluna “outros débitos” no RAICMS com a descrição diferença ref. “A transferência de propriedade”, quando a situação foi retificada.

A um, é necessário que se atente ao fato de que embora o recorrente tenha afirmado de que as operações de transferências desembocaram em operações para o mercado externo, este fato, em nenhum momento foi provado nos autos.

A dois, mesmo que a sua matriz seja o estabelecimento que faça a exportação dos blocos de granitos, como deve fazer, ela, de igual forma, atua no mercado interno. Sendo assim não tem necessária e obrigatoriamente de realizar operações de exportações para as mesmas mercadorias recebidas anteriormente. Ou seja, nada obsta que ela tenha dado outra destinação à mercadoria transferida sem destaque do ICMS, que não a exportação, o que destrói o argumento de “não ter havido prejuízo ao Erário”.

A três, se o fato for verdadeiro, a operação a ser realizada tem outra natureza tributária. Não é operação de transferência e sim “*remessa com o fim específico de exportação*”, que é operação amparada pela imunidade tributária.

Em assim sendo, tais argumentos não possuem qualquer valia a ser considerado.

E, tratando-se de transferências de mercadorias, a Lei Complementar nº 87/96 deu a competência, no seu art. 1º, aos estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS nos seus respectivos territórios. Também deu o norte sobre a incidência do imposto (art. 2º), ressaltando de que “*a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua*” (§ 2º do art. 2º) e quando aborda o local da operação ou prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável (art. 11), no seu § 3º, II considera “*autônomo cada estabelecimento do mesmo titular*” Indo adiante, o seu art. 12, I determina que a ocorrência do fato gerador do imposto se dar no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular sendo que a base de cálculo do imposto é o “valor da operação” (art. 13, I).

Obedecendo a tais determinações, a Lei Estadual nº 7014/96 repete todas estas determinações e quanto à ocorrência do fato gerador do imposto e da sua base de cálculo, assim expressa:

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

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade, previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 4º, o valor da operação;
[...]

§ 7º Na saída de mercadoria **em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular** (grifo), a base de cálculo é:

I - o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; ou

II - o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento.

Diante das determinações expressas na lei estadual deste Estado, e vigente, a autuação foi corretamente realizada.

Em assim sendo, voto no sentido de manter a Decisão recorrida em relação às infrações 04 e não dar, mais uma vez, apoio à tese recursal de ter somente havido descumprimento de obrigação acessória.

O Recurso de Ofício diz respeito à infração 05 que trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

A empresa, na sua defesa, afirma que os créditos são legais, pois devidamente registrados e transferidos de sua matriz (IE nº 31.382.472) conforme explicou.

A JJF visando a busca da verdade material diligenciou os autos à ASTEC/CONSEF. Através do Parecer nº 0039/2010 (fls. 392/394), o diligente, *in loco*, verificou que o contribuinte adotou o procedimento de realizar transferência de créditos acumulados de ICMS, apurados na escrita fiscal do seu estabelecimento de Inscrição nº 31.382.472, para compensação de débito fiscal apurado no seu estabelecimento de Inscrição nº 29.254.422 (autuado). Para realizar tais operações adotou dois procedimentos distintos:

1. Nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2005, junho, julho, e agosto de 2006, janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo anexo (fl. 413) emitiu notas fiscais de saídas, cópias de fls. 398/412, transferindo crédito acumulado de ICMS, Inscrição nº 31.382.472 para o estabelecimento de Inscrição nº 29.254.422, totalizando R\$ 476.227,23. Tais notas fiscais estão devidamente escrituradas no livro Registro de Saídas da primeira, constatando-se tais valores no total apurado de ICMS mensal. Verificou também que, para cada valor debitado na matriz existe a correspondente escrituração do crédito no livro Registro de Entradas do estabelecimento autuado.
2. Para os meses de março, abril, maio, junho, julho e agosto de 2005, janeiro a maio e novembro de 2006 o autuado não emitiu os documentos fiscais correspondentes às transferências de créditos, lançados os valores que totalizaram R\$ 341.398,71, conforme planilha anexa, fl. 414, diretamente no livro Registro de Apuração de ICMS, na coluna “outros Débitos”. Constatou que tal procedimento se repetiu na empresa filiada com o registro dos créditos diretamente no RAICMS, na coluna “outros créditos”.

Informou, ainda, que com base nos livros fiscais apresentados, o estabelecimento de Inscrição nº 31.382.472 possuía créditos acumulados que davam suporte a tais transferências.

A JJF ainda providenciou que os créditos acumulados e transferidos em descompasso com a norma de regência fossem regularizados. O autuante, após análise do processo e consulta à DITRI orientou o contribuinte (o que foi feito) à emitir notas fiscais eletrônicas de transferência de crédito, uma para cada mês, fazendo constar no corpo de cada nota a que período anterior a mesma se refere e qual página e livro RAICMS estes valores foram lançados na época, visando regularizar os valores corretamente lançados no RAICMS e lançados a débito de quem transferiu e a crédito de quem recebeu. Auditor fiscal estranho ao feito informa que, após a emissão das notas fiscais pela empresa autuada, verificou que os valores constantes nessas notas fiscais agora emitidas já haviam sido devidamente escriturados na época, nos RAICMS, a débito no estabelecimento de origem dos citados créditos, e a crédito no estabelecimento autuado, conforme Parecer ASTEC nº 039/2010. Concluiu, com base nos livros fiscais apresentados, que o estabelecimento que transferiu os créditos fiscais tinha suporte para tais operações. Opinou pela exclusão do débito referente à infração 5 (fl. 440). O autuado, cientificado do resultado da diligência não se manifestou, documentos de fls. 454 (AR) e fls. 455 a 458.

Diante de todo este relato e das provas constantes nos autos somente posso me alinhar com a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício apresentados, para manter inalterada a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE (Infração 4)

Como se depreende do voto da ilustre Conselheira Relatora, a infração 4, objeto da peça recursal, trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

De acordo com recentes votos dados por mim sobre a matéria em foco, meu entendimento trilha por um viés oposto. Por conseguinte, mais uma vez, com a *data máxima vênia* da nobre e prezada Relatora, terei que, por pacífico convencimento, exarar o voto divergente, pelos motivos que passo a expor.

Inicialmente, vale lembrar que a matéria controversa gravita em torno da pertinência de se cobrar ICMS decorrente das transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular dentro do Estado da Bahia, destinadas a exportação ou ao mercado interno, sem ter havido destaque de ICMS nas Notas Fiscais para fins de crédito de ICMS e que motivou a autuação.

Assim sendo, não poderia me posicionar de outra forma, ou seja, entendo que a infração 4 não pode subsistir. Compulsando os autos, não restou dúvida, ou seja, é fato incontroverso de que a referida infração trata de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, ainda que o recorrente tenha usado a expressão aspeada: “*transferência de propriedade*”.

Vale lembrar que em momento algum ao longo das operações de transferência, acompanhadas sempre da documentação fiscal inerente, o recorrente destacou o ICMS no corpo da nota fiscal, sem gerar creditamento, considerando que as mercadorias foram simplesmente transferidas entre os estabelecimentos sediados dentro do estado da Bahia. Tal ação física, reitero, não ensejou 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 à 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 166, segundo a qual o **simples**

deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui-se 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 impositivo 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)

Apenas para, mais uma vez, ilustrar o meu reiterado convencimento acerca da matéria em foco, transcrevo, a seguir, parte de recente voto de minha lavra em PAF julgado nesta 2ª 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 dívida 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(...).”

Concluo este voto no sentido de divergir da ilustre Relatora apenas no que tange a infração 4. Desse modo, entendo que a citada infração deve ser afastada do Auto de Infração, em epígrafe, em face da sua total improcedência, pelas razões legais e fáticas já exaustivamente foram explanadas acima, ainda que por outro viés de argumentação diverso do trazido na peça recursal. Por conseguinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para afastar a infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206880.0112/08-3**, lavrado contra **PEVAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.336,99**, acrescido das multas de 60% sobre R\$71.397,60 e 50% sobre R\$5.939,39, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, I, “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infração 4) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira

VOTO DIVERGENTE (Infração 4) – Conselheiro: Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS