

PROCESSO - A. I. N° 151805.0001/12-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF (SEDE SALVADOR / SE PITUAÇÚ)
RECORRIDOS - COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO CHESF (SEDE SALVADOR / SE PITUAÇÚ) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0219-04/12
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12/03/2013

3^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0076-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. Falta de clareza e objetividade na descrição do suposto ato infracional e na constituição da base de cálculo. Preterição de direito de defesa. Infração nula. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS RECOLHIMENTOS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver. A mera negativa do cometimento do ilícito não desonera o interessado do ônus de elidir a presunção relativa de veracidade do ato administrativo. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das operações não escrituradas. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão de a Decisão proferida no Acórdão JJF N° 0219-04/12 ter desonerado o sujeito passivo em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto contra o citado Acórdão nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração de que trata a Decisão recorrida foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 844.251,74, em razão de cinco infrações, sendo que apenas as seguintes irregularidades são objetos dos citados Recursos.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo (anexo II). Consta que se trata de aplicação indevida do Convênio ICMS 52/1991, “*tendo em vista que não foi atendido o requisito obrigatório de destaque do prefixo da aeronave no corpo da nota fiscal*”. ICMS de R\$ 54.457,44 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei n° 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do tributo nos prazos regulamentares, concernente às operações devidamente escrituradas nos livros próprios (anexo III). Está dito que a exigência incide sobre transferências interestaduais de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos da mesma sociedade. ICMS de R\$ 286.533,17 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei n° 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – Entrada de mercadorias sujeitas à tributação sem registro na escrita fiscal (anexo IV). Multa de R\$ 301.670,39, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – Entrada de mercadorias não sujeitas à tributação sem registro na escrita fiscal (anexo V). Multa de R\$ 201.395,74, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

Na Decisão recorrida, a Infração 2 foi julgada nula, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto quanto a esse item do lançamento da seguinte forma:

A defesa da infração 02 (falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo) teve como foco a nota fiscal 3.460, registrada no levantamento do autuante à fl. 10, uma vez que o contribuinte entende que o tributo respectivo foi totalmente pago por substituição tributária (fl. 277).

O auditor ressaltou à fl. 03 que autuou pelo não atendimento às normas do Convênio ICMS 52/1991, que a seu ver exige como condição para a redução de base de cálculo a anotação das respectivas matrículas e prefixos das aeronaves nos documentos fiscais. Somente na informação fez alusão ao art. 75, § 1º, IV, RICMS/1997, que talvez trate da matéria que desejou abordar, pois, de acordo com as razões a seguir expostas, os elementos dos autos não permitem saber qual foi.

Em verdade, o Convênio que dispõe sobre a redução da base de cálculo nas saídas de aeronaves, peças e acessórios é o de número 75/1991, e não o 52/1991, que trata de implementos agrícolas e equipamentos industriais. Assim, há uma contradição nos próprios termos da descrição dos fatos de fl. 03, porquanto no Convênio ICMS 52/1991 não foi estabelecida condição sobre matrículas ou prefixos de aeronaves.

A autoridade estatal não trouxe ao processo cópias dos documentos que ensejaram a cobrança e não apresentou coluna às fls. 10/11 que permitisse ao contribuinte e aos julgadores, assim como a quaisquer outros que venham a se deparar com esta contenda, analisar como a inobservância do Acordo Interestadual – que não se sabe qual - repercutiu no tributo por diferença de alíquotas (as quantias apostas nas colunas “valor NF” e “valor BC” são iguais). O montante da nota fiscal 3.460 que assinalou à fl. 10 (R\$ 2.060) é o mesmo que consta do campo “VALOR TOTAL” de fl. 277. Muito embora tenha feito explícita menção ao Convênio ICMS 52/1991 à fl. 03, e ao art. 75, § 1º, IV, RICMS/1997 na informação, não se sabe se as demais operações relacionadas de fls. 10/11 são de aeronaves, peças e acessórios ou de implementos agrícolas e equipamentos industriais.

Em virtude do acima exposto e do caráter lacônico da peça de impugnação, concluo que o direito à ampla defesa restou visivelmente atingido neste item do lançamento de ofício.

Com fundamento no art. 18, II, III e IV, “a” do RPAF/1999, voto pela nulidade da imputação e represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal.

Infração 02 nula.

A Infração 3 foi julgada procedente, sob o fundamento de que nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência. Foi salientado que o defendente não tinha acostado ao processo as notas fiscais que comprovassem a veracidade das alegações defensivas.

Decidiu a 4ª JJF pela procedência das Infrações 4 e 5, sob o argumento de que as infrações estavam caracterizadas e que, ao direito tributário, não interessam aspectos de ordem subjetiva, mas a efetiva subsunção dos fatos nas hipóteses de incidência.

Como o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta o Recurso Voluntário de fls. 304 a 317, no qual afirma que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Quanto à Infração 3, diz que não assiste razão aos julgadores de primeira instância, pois, diferentemente do que afirmaram, as cópias de todas as notas fiscais referidas na defesa estão gravadas no CD-ROM que a instrui e cuja juntada é exigida pelo fisco estadual. Afirma que, portanto, devem ser excluídos da autuação os valores relativos às citadas notas fiscais, pelos motivos sustentados na defesa inicial e que passa a repisar, conforme relatado a seguir.

Diz que as movimentações não foram de materiais de uso e consumo, mas de ativo imobilizado, como osciloscópio, teste de omicron, medidores, óleo para transformadores, livros técnicos

(aquisição “*isenta de tributação*”), lubrificantes, óleos isolantes (adquiridos através do regime de substituição). Assevera que se não houve incidência na aquisição de materiais sujeitos ao referido regime, nada há nada a ser cobrado. Diz que, nos termos do art. 22 do RICMS-BA/97, o ICMS não incide nas transferências de ativo imobilizado entre estabelecimentos de mesma titularidade. Discorre sobre os conceitos de “operação” e “circulação” jurídica. Reproduz jurisprudência, doutrina e dispositivos constitucionais, tudo com o objetivo de demonstrar os pressupostos que considera essenciais para que se caracterize a incidência do imposto em comento. Sustenta que, tendo ocorrido apenas transferências entre unidades da própria empresa, não há a circulação jurídica essencial ao lançamento.

Ressalta que as cópias das Notas Fiscais nºs 3523, 3489 e 3510, também foram acostadas ao processo na impugnação, contrariando o alegado na Decisão recorrida.

No que tange às Infrações 4 e 5, afirma que diversamente do afirmado na Decisão recorrida, a ausência de prejuízo para o fisco estadual em razão da não escrituração das notas fiscais de entradas não caracteriza aspecto subjetivo, mas sim de ordem objetiva, não cabendo ao fisco exigir imposto que não lhe é devido.

Reitera que muitas das aquisições foram todas efetuadas internamente e, portanto, não houve prejuízo à Fazenda Estadual. Segundo alega, integra o rol das notas objeto da autuação algumas atinentes a transferências entre suas unidades e, em consequência, sobre tais movimentações não incide ICMS, pelas razões de fatos e fundamentos de direito já expostos neste Recurso.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Acórdão recorrido seja reformado, para que o Auto de Infração venha a ser julgado improcedente.

O processo foi encaminhado à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer acerca da matéria em foco.

Em Parecer às fls. 327 a 329, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria José Coelho Lins Sento-Sé, afirma que as infrações estão devidamente tipificadas e comprovadas mediante demonstrativos, notas e levantamentos fiscais elaborados com fundamento nos livros e documentos fiscais do contribuinte. Diz que as provas materiais constantes nos autos se revelam suficientes para a demonstração dos fatos imponíveis, razão pela qual as exigências fiscais deverão ser mantidas pelo órgão julgador de segunda instância.

Destaca que todos os pressupostos de validade processual foram observados, não estando o lançamento e o correspondente processo incursos em nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Menciona que foi o próprio contribuinte que indicou a classificação fiscal das transferências efetuadas, indicando o CFOP (código fiscal das operações) relativo à transferência interestadual de material de uso e consumo em todas as notas fiscais objeto de irresignação.

Diz que o recorrente sustenta o descabimento da cobrança relativa a transferências interestaduais de material do ativo imobilizado, sem apresentar provas documentais capazes de lastrear suas alegações. Afirma que o recorrente aduz que há exigência fiscal sobre operações sujeitas ao regime de substituição tributária, mas não colaciona aos autos elementos materiais (notas fiscais) capazes de comprovar o encerramento da fase de tributação.

Explica que em nos termos do art. 11, §1º, II, da Lei Complementar nº 87/96 (LC 87/96) considera-se ocorrido o fato imponível do ICMS no momento da saída do estabelecimento de contribuinte para outro do mesmo titular. Aduz que esse dispositivo da LC 87/96 foi recepcionado pela Lei nº 7.014/96 (art. 2º, IV) e pelo RICMS-BA/97 (art. 4º, XV). Menciona que este CONSEF, em reiteradas decisões, tem considerado legal a cobrança de ICMS decorrente na diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa.

Referindo-se às infrações decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias, assevera que a alegada ausência de prejuízo para o Estado da Bahia não elide as acusações, pois o

descumprimento das referidas obrigações acessórias já implica prejuízo real ou potencial para as atividades do erário estadual, razão pelas quais as infrações deverão ser mantidas.

Ao finalizar, a ilustre parecerista opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o Recurso de Ofício da Decisão de primeira instância que julgou nula a Infração 2, a qual versa sobre a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Decidiu a primeira instância pela nulidade dessa infração, por cerceamento de defesa, por considerar que a descrição dos fatos apurados não era clara e precisa, chegando mesmo a impedir que se determinasse, com segurança, qual foi o efetivo ilícito fiscal apurado.

Ao se examinar a acusação imputada ao recorrido no Auto de Infração, observa-se que ali consta que a falta de recolhimento da diferença de alíquotas se refere “*a aplicação indevida do Convênio 52/91, tendo em vista que não foi atendido o requisito obrigatório de destaque do prefixo da aeronave no corpo da nota fiscal*”, conforme o demonstrativo Anexo II.

Na informação fiscal, o autuante faz alusão ao Convênio ICMS 52/91, que trata de redução de base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, bem como à redução da base de cálculo prevista no inciso IV do §1º do artigo 75 do RICMS-BA, que cuida de operações com partes e peças de aeronaves. Há, portanto, insegurança quanto ao fato apurado, o que cerceia o direito de defesa do recorrido, bem como impede que os julgadores entendam qual a efetiva irregularidade que foi detectada.

Pelo acima exposto, a Infração 2 carece de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o montante devido, o que acarreta a nulidade desse item do lançamento, conforme acertadamente decidiu a primeira instância.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Adentrando no Recurso Voluntário, passo à análise da Infração 3, a qual trata da falta de recolhimento de ICMS nas transferências interestaduais de materiais de uso e consumo, realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa.

Conforme já relatado, a infração em análise foi julgada procedente em Primeira Instância, tendo em vista que não tinha sido trazido aos autos prova da alegação defensiva, segundo a qual as operações relacionadas na autuação estavam com a fase de tributação encerrada.

Em sede de Recurso Voluntário, foi afirmado que as cópias das notas fiscais comprobatórias das alegações defensivas estavam gravadas no CD-ROM que tinha sido acostado ao processo quando da interposição da defesa. Também foi afirmado que cópias das Notas Fiscais nºs 3523, 3489 e 3510 foram acostadas ao processo junto com a defesa.

Ao se examinar o referido CD-ROM, fl. 283 verifica-se que nele constam apenas um arquivo em Word, referente à defesa, e um arquivo em Excel, denominado “*DEFESA AUTO DE INFRAÇÃO - ANALISE DAS PLANILHAS FISCIAS*”. Não consta nesse CD-ROM qualquer cópia de nota fiscal como foi alegado no Recurso Voluntário. Além disso, ressalto que não há em todo o processo qualquer cópia das Notas Fiscais nºs 3523, 3489 e 3510, como foi afirmado no Recurso Voluntário.

Continua, portanto, sem comprovação a alegação defensiva, que foi reiterada em fase recursal, de que as movimentações relacionadas na Infração 3 seriam referentes a bens do ativo imobilizado e a produtos beneficiados com isenção e com imposto pago por substituição. Assim, por falta de prova que lhe dê respaldo, essa alegação recursal não se mostra capaz de modificar a Decisão recorrida.

Também foi argumentado no Recurso Voluntário que, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, não incidia de ICMS, pois não havia a circulação jurídica essencial ao lançamento.

Respeitosamente, discordo dessa tese defendida pelo recorrente, pois a legislação do ICMS do Estado da Bahia, em conformidade com a Lei Complementar nº 87/96, prevê a incidência do referido imposto nas transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Para fins do ICMS, os diversos estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular são considerados autônomos entre si, conforme o princípio da autonomia dos estabelecimentos, delineado no art. 11, §3º, II, da LC nº 87/96 – *é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular*. Em perfeita consonância com esse princípio, a LC nº 87/96, no seu art. 12, inc. I, prevê que ocorre o fato gerador do ICMS no momento *da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*.

A Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 4º, inc. I, seguindo as normas estabelecidas na LC nº 87/96, ao dispor sobre os momentos da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim prevê:

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;

Assim, por estar previsto na Lei nº 7.014/96, nas transferências interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo, efetuadas entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular, há incidência do ICMS.

A questão atinente à inocorrência de circulação jurídica essencial ao lançamento não merece prosperar, uma vez que a incidência do imposto está prevista na Lei nº 7.014/96 e, a teor do disposto no art. 2º, §1º, dessa citada Lei, é irrelevante para a caracterização do fato gerador do ICMS *a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo*.

Quanto à jurisprudência e doutrina citadas no Recurso Voluntário, saliento que as decisões deste órgão julgador administrativo ficam delimitadas ao previsto na legislação tributária estadual, não lhe cabendo a discussão acerca da constitucionalidade dessa legislação. Ademais, a jurisprudência citada pelo defensor não vincula a presente Decisão.

Conforme foi bem explicado na Decisão recorrida, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, sendo que a mera negativa de cometimento da infração não desonera o contribuinte do ônus de comprovar improcedência da presunção de veracidade da ação fiscal.

Considerando que ocorre o fato gerador do ICMS nas transferências interestaduais e que não ficou comprovado que as mercadorias eram não tributáveis ou com fase de tributação encerrada, a Infração 3 subsiste integralmente, não havendo, portanto, reparo a fazer na Decisão recorrida.

Quanto às Infrações 4 e 5, o recorrente afirma que a falta de escrituração das notas fiscais não acarretou prejuízo ao Estado, não cabendo, portanto, a exigência de imposto.

Esses argumentos recursais não se mostram capazes de modificar a Decisão recorrida, pois a entrada de mercadorias sem registro na escrita fiscal está caracterizada, sendo, portanto, cabíveis as multas previstas nos incisos IX (Infração 4) e XI (Infração 5) do artigo 42 da Lei nº 7.014/97. Trata-se de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, as quais devem ser aplicadas independentemente da existência ou não de prejuízo ao fisco.

O recorrente também sustentou que algumas aquisições relacionadas na autuação eram internas, enquanto outras decorreram de transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Mais uma vez os argumentos recursais se mostram incapazes de elidir as infrações em comento, pois tanto nas entradas decorrentes de operações internas ou de transferências, o recorrente está obrigado a registrar em seus livros fiscais essas entradas de mercadorias em seu estabelecimento.

Dessa forma, as Infrações 4 e 5 subsistem integralmente, conforme acertadamente decidiu a primeira instância.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 3)

Em que pese o brilhantismo do voto do Relator, peço *venia* para discordar do seu entendimento quanto à incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular.

A circulação de mercadoria tributável pelo ICMS é a circulação jurídica e não a simplesmente física, interessa a saída em razão da venda e que implica, necessariamente, na transferência de propriedade do bem. Este elemento compõe a hipótese de incidência tributária do ICMS, de modo que a mera circulação física, que não apresenta tal elemento, não constitui fato gerador do ICMS, está fora do âmbito de incidência do imposto.

A circulação física da mercadoria, como ocorre no caso de uma transferência de bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa, está fora do âmbito de incidência deste tributo. Não é fato gerador do ICMS.

Nesse sentido, a doutrina do professor Roque Carrazza:

“Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular a 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 da titularidade da mercadoria, não há de se falar em tributação por meio do ICMS.

(...)

O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais”.

(ICMS, 10ª ed. Ed. Malheiros, p. 36/37) (grifamos)

Tal entendimento resta totalmente pacificado no âmbito dos Tribunais Superiores, STF e STJ, tendo este já editado uma Súmula a respeito:

Súmula 166: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DEMERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.

A Súmula nº 166 do STJ, que foi editada em 1996, continua sendo aplicada até hoje e foi, mais uma vez, confirmada no julgamento do REsp 1125133/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, em 2010:

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, 10^a 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, por quanto 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. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010) (grifamos)

Assim, desde 1996 até hoje o entendimento do STJ é pacífico pela não-incidência do ICMS sobre transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, como se pode perceber da recente decisão, proferida em Junho/2012:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DESLOCAMENTO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, SEM TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE.

NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. SÚMULA 166/STJ. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1^a SEÇÃO, NO RESP 1.125.133/SP, MIN. LUIZ FUX, DJE DE 10/09/2010, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESES PRECEDENTES (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS.

AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(AgRg no REsp 1271520/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012) (grifamos)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA - VALOR ADICIONADO - NÃO-OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

1. O cálculo do valor adicionado de participação do Município no produto da arrecadação do ICMS inclui o valor das mercadorias saídas – acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; sendo que as operações imunes do ICMS, entre as quais se inserem as que destinam energia elétrica a outros Estados da Federação (artigo 155, § 2º, X, "b", da CF/88), são computadas, para cálculo do valor adicionado em tela.

2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS, cujo fato imponível demanda a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada para o cálculo do valor adicionado de participação do Município na arrecadação da exação pelo Estado Membro.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 933.890/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 1) (grifamos)

Por sua vez, o entendimento do STF também resta pacificado no mesmo sentido. Veja-se decisão recente proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Setembro/2012:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. 1. O SIMPLES DESLOCAMENTO DA MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE, NÃO CARACTERIZA A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES. 2. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO AO CRÉDITO DO VALOR ADICIONADO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL (LEI COMPLEMENTAR N. 63/1990). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 3. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 466526 AgR, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012) (grifamos)

Ora, não se pode fechar os olhos para um entendimento pacificado há muito tempo pelos Tribunais Superiores. As decisões judiciais proferidas pelas mais altas Cortes de Justiça do nosso país não são mera recomendação. Ademais, não nos parece que seja necessário que o STF analise especificamente a legislação do Estado da Bahia para que se aplique o entendimento jurisprudencial pacificado de forma inconteste nos Tribunais Superiores.

Frise-se, ainda, que a exigência de ICMS sobre transferência entre estabelecimentos do mesmo titular acarretará, sem sombra de dúvidas, sérios prejuízos ao Erário Estadual em virtude da sucumbência judicial, haja vista a matéria restar pacificada em sentido contrário nos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, divirjo do Relator para declarar não incidência do ICMS sobre transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em Decisão por maioria quanto à infração 3, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **151805.0001/12-4**, lavrado contra **COMPANHIA HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF (SEDE SALVADOR / SE PITUAÇÚ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$286.728,17**, acrescido das multas de 60% sobre R\$195,00 e 50% sobre R\$286.533,17, previstas no art. 42, incisos II, “f” e I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$503.066,13**, previstas nos incisos IX e XI, dos mesmos artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 3) - Conselheiro(as): Álvaro Barreto Vieira, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Infração 3) - Conselheiro(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Vanessa de Melo Batista e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – VOTO DIVERGENTE
(Infração 3)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS