

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0006/12-5
RECORRENTE - CLAUDINO S.A. - LOJAS DE DEPARTAMENTOS (ARMAZÉM PARAÍBA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0279-04/12
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 19.06.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0224-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. É devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais, por meio de transferência, de mercadorias destinadas a uso e consumo do próprio estabelecimento. Infração subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA. O contribuinte errou o cálculo do ICMS nas saídas de produtos de informática, ao reduzir a base de cálculo e aplicar alíquota inferior à determinada por lei. Infração subsistente. Indeferida a solicitação de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO. Decisão unânime quanto à infração 2 e, por maioria, quanto à infração 1.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, sendo objeto do presente Recurso os seguintes itens do lançamento tributário de ofício:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos meses de fevereiro, março, abril, julho agosto, setembro e outubro do ano 2007 e julho e agosto do ano 2008. Exigido ICMS no valor de R\$2.583,40, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no período de março de 2007 a dezembro de 2008. Exigido ICMS no valor de R\$4.956,95, mais multa de 60%. Consta que o contribuinte errou na apuração do ICMS nas saídas de produtos de informática, pois além de reduzir a base de cálculo, aplicou à alíquota inferior a determinada por lei.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator frisou que as transferências interestaduais de mercadorias estão sujeitas à incidência do ICMS, uma vez que o disposto no art. 12, I, da LC 87/96, prevê 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.

Ressaltou que as regras estabelecidas no Convênio ICMS 19/91 (art. 624 do RICMS/BA) não se aplicam quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que há previsão de tributação inclusive do pagamento da diferença de alíquotas.

Prosseguindo em seu voto, o relator assim se pronunciou quanto à Infração 1:

[...]

Todas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo da infração 1 são originárias de outra unidade da Federação, no caso específico Estado do Piauí, com destinação ao contribuinte autuado estabelecido neste Estado. Observo que o art. 155, § 2º, VII da Constituição Federal nas alíneas “a” e “b” estabelece aplicação

da alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto e alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele. O autuado é contribuinte do ICMS. Portanto, todas as mercadorias, sejam por aquisições e/ou transferência, relacionadas às notas fiscais constante do demonstrativo de débito (fls.13-16) da infração 1 deve ter incidência do pagamento do ICMS, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

[...]

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infrações 1.

Quanto à Infração 2, o ilustre relator, em síntese, assim decidiu a lide:

A infração 02 foi lavrada para exigir ICMS por recolhimento a menor, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Destaca o autuante que o contribuinte errou no cálculo do ICMS nas saídas de produtos de informática, tendo em vista que além de reduzir a base de cálculo, aplicou à alíquota inferior a determinada por lei.

[...]

Compulsando o demonstrativo de debito da infração 2 acostado aos autos às fls. 10 a 13, observa-se que o autuado aplicou percentual de redução da base de calculo em 58,825%, porém, ao invés de aplicar a alíquota interna de 17% , aplicou a alíquota de 12%, com isso efetuando um recolhimento a menor do ICMS devido na operação. Tomando como exemplificação do erro de calculo do ICMS devido efetuado pelo autuado, vejamos o primeiro item do demonstrativo (fl.10) a Nota Fiscal nº 41989: valor do produto – R\$3.498,00. Valor do ICMS devido – R\$3.498,00 (-) 58,825% x 17%=244,85. Valor do ICMS calculado pelo autuado – R\$3.498,00 (-) 58,825% x 12%=172,83. ICMS a Recolher: 244,85 (-) 172,83 = 72,02 (72,05).

[...]

À luz do seu entendimento, diz ser irrelevante, na prática, se a alíquota aplicada tenha sido de 12% ou a 7%, tendo em vista que o crédito a ser apropriado pelo estabelecimento destino estará sempre condicionado e vinculado ao valor do ICMS destacado na referida Nota Fiscal, não havendo que se falar em prejuízo ao erário passivo de exigência fiscal do ICMS.

Tal assertiva poderia ser objeto de análise dos membros desta junta de julgamento na fase processual em que se encontra o presente Auto de Infração, entretanto o Contribuinte Autuado não acosta aos autos documentações comprovando que as operações de saídas de mercadorias relacionadas à infração 2 foram efetivamente todas com natureza de operação igual a “transferência interna”, nem tampouco documentações que demonstre o uso do crédito fiscal do ICMS por seu outro estabelecimento, onde entraram as mercadorias, tenha utilizado apenas o valor do ICMS pago destacado no demonstrativo às fls. 10-12. Assim não há como acolher suas razões de defesa. Infração subsistente.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, após historiar o processo, afirma que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Destaca que a busca da verdade material só serviu para se verificar que as notas fiscais elencadas na Infração 1 tratavam de transferências interestaduais, mantendo-se, assim, esse item do lançamento; quando, no entanto, era necessário comprovar que as notas fiscais relacionadas na Infração 2 cuidavam de transferências internas, o julgador se limitou a afirmar que esse fato não restou comprovado. Frisa que, no seu entendimento, é desnecessária a juntada de qualquer documento, já que tais informações se encontram no banco de dados da SEFAZ-BA.

Especificamente quanto à Infração 1, diz que apesar da vedação do crédito fiscal referente a materiais de uso e consumo (art. 33, I, da LC 87/96), tal proibição não se aplica ao caso em análise, tendo em vista que se trata de simples deslocamento de um para outro estabelecimento do mesmo titular, sem acarretar transferência de propriedade. Cita a Súmula nº 166 do STJ.

Menciona que, quando adquiriu as mercadorias destinadas ao seu uso e consumo, escriturou tais aquisições sem a utilização do correspondente crédito fiscal observando o previsto no art. 33, I, da LC 87/96, e, portanto, não há o que se falar em incidência de ICMS em operações de deslocamentos dessas mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular. Sustenta que pensar de forma diferente é utilizar o tributo, com efeito, de confisco, fazendo com que a carga tributária ultrapasse o limite previsto. Apresenta exemplo hipotético, no qual demonstra que o procedimento adotado pela fiscalização se chegaria a uma alíquota de 22%. Aduz que ao caso em tela deve ser aplicada a Súmula 166 do STJ, para que não ocorra excesso de exação.

No que tange à Infração 2, afirma que as notas fiscais relacionadas nesse item do lançamento tratavam de transferências internas, e que os créditos tomados no destino eram iguais aos débitos de ICMS registrados nas operações de saídas. Explica que todos os registros de entradas e de

saídas de mercadorias no seu estabelecimento constam nos arquivos do SINTEGRA existentes no banco de dados da SEFAZ, de onde certamente o autuante retirou os dados inseridos no demonstrativo de débito apresentado junto com o Auto de Infração.

Referindo-se aos arquivos do SINTEGRA, afirma que se o código fiscal de operação e prestação (CFOP) for igual a “5152”, não haverá dúvida que se trata de transferências internas e, portanto, não há razão para que se anexe ao processo inúmeras notas fiscais. Aduz que, se havia dúvida, deveria o julgador de primeira instância converter o processo em diligência, a fim de que fosse realizada a necessária prova pericial dos documentos da empresa.

Diz que, como as notas fiscais possuem o CFOP 5152 e considerando a possibilidade de “apuração corporativa do ICMS” (nos termos do art. 25 da LC 87/96 c/c arts. 114 e 114-A do RICMS-BA), é indiscutível a ausência de prejuízo ao Fisco baiano, já que o ICMS levado a crédito no estabelecimento destinatário também é levado a débito no estabelecimento de origem, anulando-se. Diz que converge para esse entendimento a possibilidade de apuração corporativa do ICMS prevista no art. 25 da LC 87/96 c/c arts. 114 e 114-A do RICMS-BA. Diz que, no máximo, pode ter ocorrido erro procedimental, caracterizando um descumprimento de obrigação acessória.

Solicita que, caso necessário, o processo seja convertido em diligência para que o autuante, quanto à Infração 2, declare qual a natureza das operações relacionadas nessa infração, bem como o valor do ICMS lançado pelos estabelecimentos de origem e de destino.

Requer que a Decisão recorrida seja reformada, para que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente.

VOTO

Trata o presente Recurso Voluntário da Decisão de primeira instância que julgou procedentes as Infrações 1 e 2. A primeira se refere à falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas transferências interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento; a segunda cuida de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Quanto à Infração 1, o recorrente sustenta que não é devida a diferença de alíquota, pois as mercadorias foram recebidas em transferências realizadas por estabelecimentos pertencentes à mesma empresa e, portanto, trata-se de simples deslocamentos de um para outro estabelecimento, sem importar transferência de titularidade. Frisa que ao caso em análise deve ser aplicada a Súmula 166 do STJ.

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, consoante o princípio da autonomia dos estabelecimentos, delineado nos arts. 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. XV, seguindo as normas estabelecidas na Constituição Federal e 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:

[...]

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela

incidência do imposto.

Por sua vez, o RICMS-BA, adstrito ao previsto na Lei 7.014/96, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, assim dispõe:

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;
[...]*

Dessa forma, por estar previsto na Lei nº 7.014/96, nas transferências interestaduais de mercadorias ou bens destinados ao uso e consumo, efetuadas entre estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular, há incidência do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, sendo que não cabe a este órgão julgador administrativo discutir a constitucionalidade e o suposto caráter de confisco desse dispositivo legal, ao teor do art. 125, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

A tese recursal atinente à existência de ato de mercancia para se considerar ocorrido o fato gerador do ICMS não merece prosperar, uma vez que a incidência do imposto nas transferências está prevista na Lei nº 7.014/96. Ressalto que, nos termos do 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.*

O fato de o estabelecimento remetente da mercadoria não ter utilizado o crédito fiscal quando da sua aquisição não desonera o estabelecimento filial, localizado na Bahia, do pagamento da diferença de alíquota, pois, conforme já foi dito neste voto, os diversos estabelecimentos de uma mesma empresa são autônomos entre si.

Quanto à Súmula nº 166, do STJ, reitero que as decisões deste órgão julgador administrativo ficam delimitadas ao previsto na legislação tributária estadual, não lhe cabendo a discussão acerca da constitucionalidade dessa referida legislação.

Em face ao acima exposto, a Infração 1 subsiste integralmente e, em consequência, não há reparo a fazer na Decisão proferida pela primeira instância quanto a esse item do lançamento.

Em relação à Infração 2, o recorrente alega que as operações em tela são referentes a transferências internas e, portanto, o seu procedimento não causou prejuízo ao Estado da Bahia. Afirma que a fiscalização poderia ter verificado esse fato mediante uma análise dos arquivos do SINTEGRA. Solicita a realização de diligência para verificar a veracidade de seus argumentos.

Prevê o disposto no art. 147, I, “b”, do RPAF/99, que deverá ser indeferido o pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração ou documentos fiscais que estejam na posse do requerente e cuja prova ou cópia poderia ter sido por ele juntada aos autos. No caso em análise, observa-se que os documentos fiscais capazes de comprovar a tese recursal estão na posse do próprio recorrente e, no entanto, não foi trazido ao processo qualquer elemento probante capaz de justificar a necessidade da realização de diligência. Ressalto que, como a Infração 2 se restringe a vinte e duas notas fiscais, não se pode dizer que se tratava de uma quantidade que inviabilizasse a comprovação do fato alegado.

Considerando que o ônus da prova cabe a quem alega, deveria o recorrente comprovar, a veracidade de sua alegação. Obviamente, não compete ao Fisco buscar provas que deveriam ser trazidas ao processo pelo recorrente. Dessa forma, com fulcro no art. 147, I, “b”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência.

Adentrando ao mérito, observo que a infração imputada ao recorrente está demonstrada na planilha de fls. 10 a 12, que evidencia a ocorrência de recolhimento a menos do ICMS devido nas operações de saídas de produtos de informática, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nessas citadas operações. Conforme consta na Decisão recorrida, nas operações relacionadas nesse item do lançamento o recorrente reduziu a *base de cálculo em 58,825%, porém, ao invés de aplicar a alíquota interna de 17%, aplicou a alíquota de 12%, com isso efetuando um recolhimento a menor do ICMS devido.*

Tanto em primeira como em segunda instância, o recorrente não nega esse erro na aplicação da alíquota, chegando a reconhecer o cometimento da irregularidade. A alegação recursal de que não houve prejuízo ao Estado fica afastada, pois o recorrente não trouxe aos autos prova dessa sua alegação. Dessa forma, a Infração 2 subsiste em sua totalidade, conforme acertadamente decidiu a primeira instância.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou o Auto de Infração procedente.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 1)

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 DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.

A súmula 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 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 do 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. 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 1ª 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 DESSES PRECEDENTES (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS.

AGRAVO 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 destinem 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 impositivo

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. CÁRMEN 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 incontestada 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 resta 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 quanto à infração 2 e, por maioria, quanto à infração 1, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279463.0006/12-5**, lavrado contra **CLAUDINO S.A. - LOJAS DE DEPARTAMENTOS (ARMAZÉM PARAÍBA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.388,06**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infração 1) – Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Infração 1) – Conselheiros(as): Oswaldo Ignácio Amador, Rafael, Barbosa de Carvalho Figueiredo, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à infração 1)

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