

PROCESSO - A. I. Nº 269275.0007/11-8
RECORRENTE - INTEGRAL AGROINDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0046-01/12
ORIGEM - INFAC PAULO AFONSO
INTERNET - 11.09.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0325-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. b) MATERIAIS DESTINADOS AO USO E USO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infrações subsistentes. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA MEDIANTE INTIMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. (CONV. ICMS 57/95). Infração subsistente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria quanto às infrações 2 e 3 e unânime quanto às demais.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração que constituiu crédito tributário no valor de R\$173.334,22, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento de seis infrações, sendo objeto da lide as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Exigido ICMS no valor de R\$25.249,07, acrescido da multa de 60%, para o mês de dezembro de 2009, assim como os meses de janeiro, fevereiro, março e junho de 2010. O autuado foi intimado (fl. 10) da irregularidade no percurso da ação fiscal, onde se manifestou (fls. 13-17) alegando tratar-se de transferência de filial em Fortaleza/CE. Diz o autuante que, além do fato de existirem aquisições a outras empresas, na forma do demonstrativo acostado aos autos à fl. 47, mesmo as transferências são alcançadas pelo pagamento da diferença de alíquota, uma vez que se trata de transferências entre estabelecimentos situados em distintas Unidades da Federação, conforme os arts. 5º, I; 7º; 7º e 8º, parágrafo único.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Exigido ICMS no valor de R\$16.343,98, acrescido da multa de 60% nos meses de janeiro a junho de 2010, bem como de setembro a dezembro do mesmo ano. Descreve o autuante que o contribuinte foi intimado (fl. 10) da irregularidade no percurso da ação fiscal, onde se manifestou (fls. 13-17) alegando tratar-se de transferência de filial em Fortaleza/CE, além do fato de existirem aquisições a outras empresas, mesmo as transferências são alcançadas pelo pagamento da diferença de alíquota, uma vez que tratam-se de transferências entre estabelecimentos situados em distintas unidades da Federação, conforme os arts. 5º, I; 7º; 7º e 8º, parágrafo único.

INFRAÇÃO 5 – Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa lançada de R\$107.278,10, correspondente a aplicação de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de

mercadorias realizadas em cada período de apuração, correspondente aos meses de janeiro a dezembro de 2010, conforme demonstrativo à fl. 50. Descreve o autuante que o contribuinte foi intimado em 29/06/2011 (fl. 11). Conforme documento (Relação dos arquivos recepcionados, de 29/SET/2011) o contribuinte não enviou à SEFAZ os arquivos magnéticos que estava obrigado, apesar de especificamente para tal.

INFRAÇÃO 6 – Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do Programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Omissão de entrega do arquivo. Multa lançada de R\$16.560,00, correspondente ao produto da aplicação do valor de R\$1.380,00 por cada período de apuração fiscal do exercício de 2010, ou seja, resultado da multiplicação do valor de R\$1.380,00 pelos 12 meses do ano de 2010.

Em Primeira Instância, os Ilustres Julgadores da 1ª JF, ao apreciar o mérito das infrações 02 e 03, inicialmente afastaram a alegação defensiva de que não há incidência do ICMS sobre as transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, seguem as considerações da Decisão recorrida:

Na defesa apresentada o autuado procura alegar que todas as duas infrações se relacionam, na sua totalidade, a operações de transferência de mercadorias de sua Matriz situada no Estado do Ceará para sua Filial estabelecida no Estado na Bahia, Município de Paulo Afonso. Com esse entendimento diz que não há incidência de ICMS por diferença de alíquota nas operações de transferência de bens do ativo ou material de consumo pertencente a estabelecimentos do mesmo titular na forma da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A Constituição Federal estabeleceu competência aos Estados para instituir o ICMS (art. 155, II) e estabeleceu que a definição de contribuinte e base de cálculo deveria ser feitos por meio de lei complementar. O art. 12, I da LC 87/96 determina 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. Portanto, as operações de transferências interestaduais de mercadorias para o mesmo titular estão sujeitas à incidência do imposto.

Cabe ressaltar que, de acordo com as regras estabelecidas no Convênio ICMS 19/91 (art. 624 do RICMS/BA), é suspensa a incidência do ICMS nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, desde que retornem ao estabelecimento de origem, num prazo estipulado. Porém, não se aplica a suspensão quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que há previsão de tributação inclusive do pagamento da diferença de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade contida em decisões jurisprudenciais do STJ de que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, saliento que conforme anteriormente apreciado o art. 12, I da LC 87/96 estabelece tributação sobre estas operações de transferências de mercadorias para o mesmo titular, bem como a Lei estadual 7.014/96. Portanto, a meu ver é legal o enquadramento das infrações 02 e 03, e conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

[...]
Desta forma, é fato que todas as notas fiscais relacionadas às infrações 02 e 03 são originárias de contribuintes estabelecidos em outras unidades da Federação, com destinação ao contribuinte autuado estabelecido neste Estado, Município de Paulo Afonso. Nesse primeiro destaque observo que o art. 155, § 2º, VII da Constituição Federal nas alíneas “a” e “b” estabelecem 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, observo que todas as mercadorias sejam por aquisições ou transferência, relacionadas às notas fiscais das infrações 02 e 03 deve ter incidência do pagamento do ICMS, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Observo, ainda, que, conforme ressaltado pelo autuante na informação fiscal (fl. 128), mesmo as transferências, sejam elas destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do próprio contribuinte, são alcançadas pelo pagamento da diferença de alíquotas, uma vez que se trata de transferências entre estabelecimentos situados em distintas unidades da Federação. É o que estabelece o art. 5º, inciso I do RICMS/BA.

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;

A Decisão recorrida observou ainda que a maior parte das mercadorias relacionadas às infrações 2 e 3 foi adquirida de outras empresas, e não de estabelecimento do mesmo titular:

Desenvolvendo uma análise mais detida dos demonstrativos acostados aos autos de folha 47 (anexo da infração 02) e o demonstrativo de folha 48 (anexo da infração 03) se observa claramente que as notas fiscais, quase na sua totalidade, elencadas e anexadas aos autos às fls. 68 à 104 se relacionam a operações de vendas de mercadorias originárias de outras empresas, e mais ainda, empresas estabelecidas em outras unidades da Federação, que não o Estado do Ceará, onde esta situada a Matriz do contribuinte autuado.

Verificando os dois demonstrativos (fls. 47 e 48) de forma específica ver-se claramente, na “Coluna - UF ORIGEM” a contradição na afirmação do autuado em dizer que todas as notas fiscais relacionadas às infrações 02 e 03 se relacionam a operações de transferência de mercadorias de sua Matriz situada no Estado do Ceará para sua Filial estabelecida no Estado na Bahia, Município de Paulo Afonso.

No demonstrativo de folha 47, relacionado à infração 02, correspondente a cobrança de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento; apenas 02 (duas) notas fiscais têm como origem o Estado do Ceará, as 07 (sete) demais notas fiscais, de um total de 09 (nove) notas fiscais, tem como origem o Estado de São Paulo. Então não procedem os argumentos defensivos do autuado em afirmar que as notas fiscais relativas a infração 02 se relacionam com operações de transferência de mercadorias de sua Matriz situada no Estado do Ceará para sua Filial estabelecida no Estado na Bahia, Município de Paulo Afonso.

No demonstrativo de folha 48, relacionado à infração 03, correspondente a cobrança de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento; 13 (treze) notas fiscais têm como origem o Estado do Ceará, as 26 (vinte e seis) demais notas fiscais, de um total de 39 (trinta e nove) notas fiscais, tem como origem outros Estados como Alagoas, Rio Grande do Norte, Pernambuco e São Paulo. Ademais, em relação as 13 (treze) notas fiscais que tem como origem o Estado do Ceará, 09 (nove) foram emitidas pela Matriz do autuado as demais por outros contribuintes estabelecidos naquele Estado Da mesma forma, que o observado em relação a infração 02 no parágrafo anterior, não procede os argumentos defensivos do contribuinte em relação a infração 03.

Ao analisar o mérito da infração 5, a Decisão indefere o pedido de cancelamento ou redução da multa, pois, em que pese não tenha restado comprovado que tenha havido prática de dolo, fraude ou simulação na ação fiscal, não se pode afirmar de que tal falta de entrega de arquivo, pelo contribuinte, não tenha implicado em falta de recolhimento do imposto, pois a falta de entrega mensal dos arquivos magnéticos dificulta sobremaneira, até mesmo impossibilita a aplicação de roteiros de auditoria, como, por exemplo, levantamentos quantitativos de estoque. Assim, não há razão para esse colegiado reduzir ou dispensar a referida multa.

Os Ilustres Julgadores de Primeira Instância frisaram que na lavratura do Auto de Infração, o autuante se equivocou ao indicar como data de ocorrência o período mensal, quando deveria ter considerado o primeiro dia útil subseqüente ao término do prazo consignado na intimação (fl. 11) e, de ofício, retificaram as datas de ocorrência e de vencimento desta infração para o dia 01/08/2011, mantendo o valor integral da infração correspondente ao montante de R\$107.278,10.

Por fim, entenderam que a infração 6 está relacionada diretamente com a Infração 5. A multa aplicada na infração 5 decorreu do não atendimento, pelo autuado, de intimação (fl. 11) para apresentação dos arquivos magnéticos exigidos na legislação do ICMS devidamente ajustado no prazo de 30 dias, enquanto que a infração 06 decorre de aplicação de multa por falta de entrega, propriamente dito, de arquivos magnéticos nos prazo previstos na legislação:

Nesse aspecto o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” é taxativo, de que, pela falta de entrega, nos prazo regulamentares, de arquivo eletrônico contendo as movimentações decorrentes das operações normais da empresa, deve ser aplicada a multa de R\$ 1.380,00 em cada mês do período da ação fiscal que deixou de integrar a Fazenda Pública Estadual. No caso específico, os autos demonstram que o autuado deixou de apresentar o Arquivo Sintegra (Convênio ICMS 57/95) relativo a todo o ano de 2011.

Também indeferiram o pleito de redução da multa referente à infração 6, pelos mesmos motivos que indeferiram o relativo à infração 5, pois entenderam que não se pode afirmar que a falta de entrega de arquivo magnético, pelo autuado, não tenha implicado em falta de recolhimento do imposto.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Alega que a infração 2 se refere a mercadorias destinadas ao ativo fixo, que foram transferidas da matriz para filial, para uso na produção da ração animal. Entende que a Autuante cobrou o imposto como se fosse mercadoria adquirida para revenda.

Assevera que a transferência é um deslocamento e não representa fato gerador do imposto, pois, não tem circulação, não tem lucro. Cita a Súmula nº 166 do STJ, e diz que a Decisão recorrida falta com respeito ao Poder Judiciário.

Requer a juntada de documentos que, no seu entendimento, comprovam as transferências (notas fiscais de transferências DOC 01).

Quanto à infração 3, diz que juntou prova na defesa que as mercadorias foram recebidas em transferências vindas de estabelecimento do mesmo titular que, assim como a infração 2, não representam fato gerador do ICMS.

Alega que cabe a nulidade das infrações 2 e 3 por serem improcedentes, insubstinentes e ilegais. Diz que o crédito tributário não é líquido, certo e exigível.

Quanto à infração 5, diz que mantém a sua contabilidade fiscal escriturada na ordem cronológica de dia, mês e ano, cujos livros são encerrados mensalmente para fazer as informações de acordo com o calendário fiscal estadual e federal. Alega que apura o resumo do mês nas entradas e saídas, somado, conferido, faz a importação dos valores das entradas e das saídas para o livro de apuração, onde fica registrado o somatório das entradas, saídas e créditos do ICMS, que vêm destacados nas notas fiscais, conclui a escrituração e faz a DMA - Declaração de Apuração Mensal.

Diz que, segundo a legislação, a DMA é um arquivo magnético, nessa declaração ficam registradas todas as operações do mês dos registros de entrada, saída e os créditos do ICMS. Assevera que transfere a DMA para o Estado até o dia seis (06) de cada mês.

Requer a juntada da DMA do ano 2010 em na defesa, fechando com os livros de entrada, saída e apuração.

Aduz que na conta-corrente apura o crédito e o débito, informando o saldo devedor ou credor. Fala que todo esse trabalho é passado para o Estado mesmo antes do dia 09, já toma conhecimento o Estado do movimento econômico e financeiro da empresa.

Defende que nem o autuante e nem os Julgadores se dedicaram a analisar as DMA dos períodos fiscalizados, fechando os movimentos dos registros de entrada, saída e, especialmente, os registros em resumo no livro de apuração. Diz que é uma ementa sem fundamento, injusta, ilegal e um acórdão nulo, pois não houve a apreciação dos registros, da legislação e muito menos das jurisprudências e decisões dos Tribunais.

Diz que quando foram solicitados os documentos pela fiscalização, foi juntada toda a documentação, mais as DMAs do período solicitado. Questiona o que faltou para examinar o período fiscal e o que faltou para fechar o movimento dos livros com a DMA do mês.

Aduz que foi encaminhada a DMA com toda movimentação mensal, mesmo antes do pagamento do imposto e foi juntado na defesa DMAs fechando com a escrituração.

Assevera que não lhe foi imputado dolo, fraude, sonegação ou omissão, e que, segundo o art. 42, da Lei nº 7.014, se não tem esses fenômenos, não cabe a penalidade.

Quanto à infração 6, entende que todos os dados foram informados na DMA, que é um arquivo magnético. Cita o Acórdão CJF 0189-12/003 e o Acórdão CJF nº 0205-11/11.

Requer a nulidade ou improcedência de todas as infrações.

Em Parecer de fls. 196-201, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Sento Sé, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Observa que as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual e o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, tendo sido observados o devido processo legal e a ampla defesa. Portanto, a nulidade arguida deve ser rejeitada.

Friza que as alegações de constitucionalidade devem ser rechaçadas em razão do quanto prescrito no art. 167, I, do RPAF/99, que veda a este Órgão Julgador a declaração de constitucionalidade da legislação estadual.

Chama a atenção para os demonstrativos de fls. 47/48 e as notas fiscais de fls. 68/104, que provam que as mercadorias não vieram da matriz do recorrente, que é localizada no Ceará, posto que se originam de outros Estados da Federação.

Diz que as decisões dos Tribunais Superiores não são dotadas de efeito vinculante e só fazem coisa julgada entre as partes litigantes.

Explica que a regra da hipótese de incidência relativa à entrada de bens destinados ao ativo imobilizado está prevista o art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96.

Aduz que as infrações 5 e 6 decorrem da aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias, as quais estão previstas no art. 42, inciso XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96. Observa que o Recorrente não contesta o cerne das exigências fiscais, alegando tão somente que a DMA de 2010, encaminhada ao Fisco Estadual, possibilitou o exame de todas as operações fiscais e comerciais realizadas. Friza que a apresentação do referido documento fiscal não tem o condão de descharacterizar as exigências fiscais relativas à falta de fornecimento do arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas e à falta de entrega de arquivo magnético, enviado pelo Programa de Transmissão Eletrônica de Dados.

VOTO (Vencido quanto às infrações 2 e 3)

Observo que as infrações estão claramente tipificadas, estando corretamente indicados o sujeito ativo e sujeito passivo, a conduta infracional, a multa aplicável e o enquadramento legal. Ademais, não houve qualquer cerceamento ao direito de ampla defesa e ao contraditório. Diante disso, rejeito a preliminar de nulidade.

Quanto à arguição de nulidade do acórdão recorrido, noto que a Decisão de piso enfrentou os argumentos do Recorrente e concluiu de modo contrário à tese defensiva com base nos fundamentos expostos no acórdão. A pretensão recursal de reforma da Decisão se refere exclusivamente ao mérito da questão. Entendo que não há qualquer nulidade no acórdão recorrido.

As infrações 2 e 3 decorrem da cobrança do diferencial de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento.

Nas vendas interestaduais de mercadorias (destinadas a consumidor final) feitas a contribuintes do ICMS, a Constituição Federal determina que seja repartido o imposto a ser exigido, aplicando-se uma alíquota interestadual a ser paga pelo vendedor ao Estado de origem e um diferencial de alíquota (alíquota interna subtraída da alíquota interestadual) a ser pago pelo adquirente ao Estado de destino.

CF/88

Art. 155

[...]

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Com base na Constituição Federal, a Lei Estadual nº 7.014/96 prevê a exigência do referido diferencial de alíquota quando um contribuinte do ICMS (comerciante) localizado na Bahia

adquire mercadorias, como consumidor final, de outro contribuinte localizado em outro Estado da Federação, sejam elas destinadas ao seu ativo fixo ou ao uso e consumo do estabelecimento.

Lei 7.014/96

Art. 2º O ICMS incide sobre:

IV- a entrada ou a 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;

Destarte, a cobrança do diferencial de alíquota descrita nas infrações 2 e 3 está prevista legalmente e está de acordo com arquétipo constitucional do ICMS.

Por outro lado, entre as operações que motivaram as infrações 2 e 3 estão identificadas algumas transferências, como se pode observar no demonstrativo de fls. 47 e 48.

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 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, 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 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 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 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, conlúo pela procedência parcial das infrações 2 e 3 para que sejam excluídos os fatos geradores referentes às operações de transferência.

Quanto às infrações 5 e 6, observo que se referem a multas aplicadas em razão de descumprimento de obrigações acessórias, previstas no art. 42, inciso XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96:

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

De logo, friso que a entrega da DMA é apenas uma das diversas obrigações acessórias a que o contribuinte está sujeito. Logo, o seu cumprimento não lhe exime de cumprir com as demais obrigações.

No caso em análise, o contribuinte deixou de apresentar arquivos magnéticos, outros que não se confundem com a DMA, dificultando em muito a fiscalização do imposto a ser recolhido.

Conforme consta no documento de fl. 51, o Recorrente não entregou os arquivos magnéticos referentes aos Registros R50, R51, R53, R54, R55, R56, R60M, R60A, R60R, R61, R61R, R70, R71, R74, R75, R76, R77, R85, R86, durante todo o ano de 2010. Em razão disso, foi aplicada a multa descrita na infração 06, R\$ 1.380,00, para cada mês que deixou de entregar os arquivos, primeira parte do dispositivo legal acima transcrito.

A infração 5 decorre da aplicação da multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, em razão do não atendimento de intimação subsequente para apresentação dos respectivos arquivos, referente à segunda parte do dispositivo legal acima

transcrita. À fl. 11, consta à intimação para que o contribuinte apresente os arquivos, a qual não foi atendida.

Vejo, portanto, que as multas foram corretamente aplicadas.

Cabe apenas a análise da possível redução ou cancelamento das multas (descumprimento de obrigação acessória), com base no art. 42, §7º, da Lei 7.014/96, observo que tal dispositivo prevê dois requisitos para a sua aplicação: 1) ausência de dolo, fraude ou simulação, e 2) comprovação de que tal descumprimento não implicou em falta de recolhimento do imposto.

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Considero a prescrição do dispositivo mencionado um poder-dever dirigido ao julgador administrativo, pois, o contrário seria permitir discricionariedade subjetiva sem qualquer controle, o que é vedado pelos princípios constitucionais insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

O primeiro requisito para aplicação da hipótese legal de redução ou cancelamento da multa resta preenchido, pois, não há qualquer prova de ato de má-fé do contribuinte que indique fraude, dolo ou simulação. Frise-se que a imputação de tais atos a qualquer pessoa deve ser devidamente comprovada, pois, a presunção é sempre de boa-fé, conforme determina a regra geral do Código Civil.

Quanto ao segundo requisito, deve-se observar que não a mera existência de débito fiscal que impede a aplicação do dispositivo legal, e sim um débito que decorra do descumprimento da obrigação acessória.

No caso em análise, a falta de apresentação dos diversos arquivos magnéticos descritos acima impediu que o Fisco analisasse se o imposto foi recolhido corretamente ou não, ou seja, não se pode verificar se houve ou não falta de recolhimento do imposto. Diante disso, não é possível afirmar que está preenchido o segundo requisito para a aplicação do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Observo que a data de ocorrência da infração 6 está equivocada, devendo ser o dia 21 do mês subsequente, conforme preceitua o art. 708-A, II, do RICMS/97. Por exemplo, o arquivo do mês de janeiro deve ser entregue até o dia 20 do mês de fevereiro, configurando-se a infração no dia 21 do mês fevereiro. Tal equívoco aconteceu em todos os meses, devendo todos eles serem retificados.

Destarte, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 2 e 3)

Com a devida vênia, divirjo em parte do entendimento do digno Conselheiro Relator, ou seja, apenas em relação ao acolhimento das razões recursais no que tange às imputações 02 e 03, quanto à não-incidência do ICMS nas operações de transferência, e impossibilidade de cobrança de imposto em razão de diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota do Estado de destino, na situação em lide a Bahia.

Determinam os artigos 12, I, 13, I, e 19, todos da LC 87/96:

LC 87/96

Art. 12. 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. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, (...) do art. 12, o valor da operação;

(...)

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Por seu turno, estabelece a Lei nº 7.014/96 em seu artigo 2º, IV:

Lei 7.014/96:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

IV- a entrada ou a 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;

Pelo exposto, não merece reparo a decisão da e. JJF, quando delibera no sentido de que as operações de transferências interestaduais de mercadorias para o mesmo titular estão sujeitas à incidência do imposto, cabendo assim, tanto quanto no caso da aquisição por compra de fornecedor diverso, a cobrança do montante de ICMS devido por diferença de alíquota.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Observo, ainda, em relação à presente lide, o caráter não-vinculante das decisões judiciais mencionadas pelo nobre Conselheiro Relator.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto às infrações 5 e 6 e por maioria quanto às infrações 2 e 3, 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 269275.0007/11-8, lavrado contra INTEGRAL AGROINDUSTRIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$41.837,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$131.496,72, previstas no art. 42, incisos IX e XIII-A, alínea “j” do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infrações 2 e 3): Conselheiros – Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Valtércio Serpa Junior e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Infrações 2 e 3): Conselheiros – Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Leonardo Baruch Miranda Souza e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de Agosto de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infrações 2 e 3)

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR
(Infrações 2 e 3)

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