

A. I. N° - 087016.0023/13-2
AUTUADO - ROUPAS PROFISSIONAIS VEST LTDA.
AUTUANTE - DJALMA MOURA DE SOUZA
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 30.10.2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0247-04/13

EMENTA: ICMS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTOS A MENOS. A transferência interestadual de mercadoria é fato econômico tributável pelo ICMS afastado da Súmula 166 do STJ e a remessa interestadual de mercadoria em consignação ocorre com destaque do imposto. Afastada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2013, reclama ICMS de R\$25.217,56 por recolhimento a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Período: janeiro 2008 a dezembro 2009. Multa: 60%.

O autuado se defende às fls. 38/46. Descreve os fatos e, preliminarmente, suscita a nulidade do auto de infração alegando inexistência de requisitos de validade, pois que, segundo ele, não apresenta todas as planilhas explicativas acerca da apuração da base de cálculo e aplicação das alíquotas devidas, bem como não aponta como foram originados os valores reclamados, se limitando a apontar valores que deveriam ser recolhidos e os efetivamente pagos, apurando as diferenças, o que, entende, contraria o art. 39 do RPAF, que transcreve.

Sobre o mérito do lançamento tributário, entende não haver incidência tributária sobre transferências ocorridas entre empresas do mesmo titular. Discorda da inserção nas planilhas de saídas valores relativos ao CFOP 6.151, destaca que a base de cálculo do seu ICMS é o montante das operações que realiza, pois optou pela apuração com base na receita bruta, uma vez que sua receita não ultrapassa de R\$1.200.000,00 (art. 505, do RICMS/BA).

Diz que a Receita Federal comprehende como receita bruta o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido na operação de conta alheia, excluídas as vendas canceladas, as devoluções de vendas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente do comprador ou contratante, e dos quais o vendedor dos bens ou prestador dos serviços seja mero depositário.

Dizendo que o art. 505, XI, do RICMS-BA, exclui da receita bruta as saídas por transferência de mercadorias, o transcreve. Afirma que o autuante não atentou para o fato de que as operações excepcionadas foram efetuadas entre empresas do mesmo titular, o que não caracteriza transação de compra e venda de mercadoria, do que decorre a inexistência de ônus tributário nessas operações.

Fala que este entendimento foi corroborado pelo art. 270, § 2º, VII, do RICMS-BA aprovado pelo Decreto 13.780/2012, que transcreve, sendo que, conforme ementas de decisões judiciais transcritas, bem como a Súmula 166 do STJ, defende haver firme jurisprudência sobre a questão.

Aduz que, diante da omissão da antiga norma regulamentadora do ICMS da Bahia, inexistia obrigatoriedade de destaque de ICMS nas transferências ocorridas, motivo que justificaria a inexistência de pagamento do imposto, bem como das anotações relativas às operações nas quais ele não incidia, omissão essa suprida pela novel legislação (art. 270, IX, do RICMS/BA-2012), ainda

que o destaque seja sem ônus para o emitente e que tal “benefício tributário” veio no sentido de fortalecer a indústria têxtil da Bahia.

Assim, caso seja mantido o entendimento do Fisco, tributando operação de transferência de mercadoria entre estabelecimentos de mesmo titular, cria-se uma situação prejudicial à indústria têxtil se comparada, por exemplo, com as previsões do Simples Nacional, que não onera operações entre matriz e filial.

Também defende a dedução das operações CFOP 5917, relativas a remessa de mercadorias em consignação, por caracterizarem uma receita não operacional, alheia à incidência do ICMS, o que, entende, estaria excepcionada do cálculo da receita bruta, conforme art. 505, IX, “b”, do RICMS/BA, transscrito.

Conclui pedindo seja declarada a nulidade ou improcedência do auto de infração.

Às fls. 50-52 o autuante presta informação fiscal.

Sobre a arguição de nulidade diz não ver fundamento no argumento defensivo, pois os demonstrativos de fls. 5 e 6 contêm as informações referidas pelo Impugnante e que são do seu pleno conhecimento, até porque são espelhos da escrituração fiscal da empresa autuada.

Informa que a base de cálculo é o total das NFs de saídas emitidas e de posse da autuada. Ademais, ressaltando que o Impugnante não contesta os valores do levantamento fiscal, entende deselegante a postura do Impugnante, já que no curso da ação fiscal sanou as dúvidas referentes ao levantamento fiscal, tanto junto ao escritório de contabilidade, na pessoa da Sra. Jailda Bonfim, bem como junto ao sócio, Sr. Waldomiro Vidal de Araújo Filho.

Quanto ao mérito, entende que a peça defensiva é meramente procrastinatória, razão pela qual se reserva a comentar somente sobre as fls. 41 e 42 da defesa, em que trata do art. 505, IX, do RICMS/BA.

Salienta que esse dispositivo exclui apenas as transferências realizadas entre estabelecimentos situados na Bahia (transferência interna), uma vez que somente nesta hipótese ocorre o fato de *“o remetente e o destinatário forem, ambos, optantes pelo regime aludido no caput”*. Logo, não há exclusão para operações interestaduais de transferências, pois a exclusão de tais operações implica em prejuízo para a Bahia em favor do Estado de destino, o que não ocorre na exclusão das transferências internas, uma vez que o mesmo imposto devido é o recolhido quando da saída definitiva.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Analizando os autos, observo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. A infração está claramente descrita, foi corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Ela está determinada com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração.

Arguindo apenas questão de direito (indevida inclusão dos valores relativos às transferências interestaduais e de remessa de mercadorias em consignação, respectivamente CFOP 6151 e 5917, no cálculo da receita tributável) o impugnante não protesta quanto aos dados do levantamento fiscal constantes do demonstrativo que suporta a autuação (fls. 05 e 06), os quais correspondem aos valores registrados pela autuada em seus livros fiscais, cuja cópia se acha às fls. 08-33.

Portanto, afasto a preliminar suscitada, uma vez que não há vício que inquie nulidade total ou parcial ao auto de infração em lide.

O autuado, copiando o art. 505, XI, do RICMS/BA e Súmula 166 do STJ, entende não haver incidência tributária sobre transferências ocorridas entre empresas do mesmo titular. Ocorre que, como se vê abaixo, em face da condição de que o remetente e o destinatário sejam, ambos, optantes pelo regime de tributação em função da receita bruta, o dispositivo regulamentar citado exclui do cálculo da receita tributável apenas os valores relativos a transferências internas (o que não é o caso em apreço que se refere a transferência interestadual).

“Art. 505...”

XI - não serão computados na apuração da receita bruta os valores das saídas por transferências de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo titular, quando o remetente e o destinatário forem, ambos, optantes pelo regime aludido no “caput”;” (grifos meus)

Quanto à incidência tributária sobre a transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, temos:

Constituição Federal:

“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,...”

A leitura da norma constitucional conduz a ilação de que o ICMS incide sobre operações “relativas” à circulação de mercadorias ou prestação de serviços e não sobre operações de venda de mercadorias, ou seja, com efetivação de circulação jurídica.

Com respaldo no permissivo constitucional, o legislador complementar, conforme art. 12, I, da LC 87/96, estabeleceu como axioma informativo do imposto o princípio da autonomia dos estabelecimentos:

“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;”

Desta forma, sendo constitucional que o legislador fixe como autônomos estabelecimentos de um mesmo contribuinte, afigura-se claro à simplicidade franciscana que as transferências de mercadorias entre eles deverão ser tributadas, como o foram neste caso.

Neste sentido, para efeito de incidência do ICMS e, por consequência, para efeitos de ínole tributária, é irrelevante se nas etapas de circulação de mercadorias ocorreu ou não transferência de propriedade, bastando, assim, a circulação física e econômica tendentes a encaminhar o bem para seu consumo final. Aliás, a doutrina de diversos juristas de escol é nesse sentido:

“Para nós, então, a movimentação de mercadoria seja ela física, jurídica ou econômica é fator de tributabilidade pelo ICM sem maiores cogitações... (Fábio Fanucchi – in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Resenha Tributária, 1971, vol. 11, p. 99).

“O estudo dos conceitos de estabelecimento e de contribuinte autônomo reforça e ratifica a incidência do ICMS nas operações de saída de mercadoria, ainda que o remetente e o destinatário sejam dos estabelecimentos do mesmo titular”. (Walter Gaspar – in ICMS Comentado, Lumen Júris, 5ª Ed., RJ, 1997, p. 133).

Com efeito, a saída de mercadoria em transferência para outro estabelecimento de um mesmo contribuinte não é simples movimentação de mercadoria, mas um fato econômico de relevância jurídico tributária, especificamente para incidência do imposto sobre operações “relativas” à circulação de mercadorias.

Contudo, em que pese os fortes argumentos doutrinários sobre a questão, é certo que o STJ, com a Súmula 166, trilhou caminho no sentido da não tributação nesse deslocamento mercantil.

Entretanto, a Súmula 166 possui uma lógica cartesiana, qual seja, nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte dentro dos lindes dum Estado Federado, pois que sendo este o sujeito ativo tributário competente e dado à natureza não cumulativa do tributo, essas transferências não possui qualquer relevância econômica, pois o ciclo econômico-tributário se fecha em um mesmo Ente.

Distintamente, as transferências interestaduais irradiam reflexos em outro Estado Federativo, tendo em vista que o ciclo econômico da mercadoria se desenvolve em mais de um deles, restando prejudicado o Estado em que se situa o remetente, num atentado ao princípio federativo e ao princípio da não-cumulatividade, decorrente do uso de alíquotas diferenciadas.

É no sentido aqui exposto que, precisamente, transita o entendimento do próprio Tribunal prolator da Súmula 166 no Acórdão do Recurso Especial 242.338/MG, cujo alcance determinativo faz considerações apartadas sobre transferências internas e interestaduais, espancando, desta maneira, a argumentação da aplicação da citada súmula, *verbis*:

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

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

Portanto, neste caso, corretamente atuou a autoridade fiscal computando na receita bruta tributável os valores relativos às transferências interestaduais de mercadorias escrituradas pelo contribuinte com o CFOP 6151 e não oferecidos à tributação na data oportuna.

Para as remessas de mercadorias em consignação (CFOP 5917), o RICMS/BA, consigna:

"Art. 409. ...

§ 1º Na saída de mercadoria a título de consignação mercantil:

I - o consignante emitirá Nota Fiscal contendo, além dos demais requisitos exigidos:

...

b) o destaque do ICMS e do IPI, quando devidos;

§ 3º Na venda da mercadoria remetida a título de consignação mercantil:

...

*II - o consignante emitirá Nota Fiscal, **sem destaque do ICMS e do IPI**, contendo, além dos demais requisitos exigidos:"*

Portanto, tendo em vista que o destaque do ICMS ocorre na NF de remessa, óbvia e logicamente, os valores dessas operações compõem a base de cálculo do ICMS e, consequentemente, também bem agiu o preposto fiscal ao incluir os valores correspondentes a tais operações no lançamento tributário de ofício em apreço, uma vez que o sujeito passivo também não os ofereceu à tributação oportunamente.

Portanto, vencidos os argumentos defensivos de direito e não havendo contestação quanto aos dados do levantamento fiscal, tenho como subsistente o valor exigido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087016.0023/13-2**, lavrado contra **ROUPAS PROFISSIONAIS VEST LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.217,56**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR