

PROCESSO	- A. I. N° 232845.1224/13-2
RECORRENTE	- CLAUDINO S/A. - LOJAS DE DEPARTAMENTOS (ARMAZÉM PARAÍBA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0165-05/14
ORIGEM	- IFEP - DAT/SUL
INTERNET	- 20/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0042-11/15

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Tributo recolhido a menos em razão de erro na aplicação da alíquota nas operações de saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Identificado duplicidade de itens lançados nas planilhas de cálculo do imposto devido. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. O autuado demonstra ter recolhido parte do imposto devido antes da ação fiscal. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. Mantida a Decisão recorrida Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exige ICMS no valor total de R\$106.068,24, sob acusação de cometimento de quatro infrações, sendo objeto do Recurso as seguintes:

INFRAÇÃO 1: Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor da infração: R\$27.36,81. Multa 60%; ii a

INFRAÇÃO 4: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor da infração: R\$19.170,47. Multa de 60%;

Em Primeira Instância, foi negado o pedido de diligência fiscal com base no seguinte:

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, observando que o autuante, em sua informação fiscal, corrigiu a duplicidade de lançamento de alguns itens apontados pelo autuado, relativa à infração 01, bem como acolheu parte dos argumentos defensivos relativos à infração 04, pois o sujeito passivo apresenta comprovante de pagamento do imposto de parte dos valores exigidos, antes da ação fiscal.

A infração 1 foi julgada Procedente Parcialmente em razão do seguinte:

Quanto ao mérito da infração 01, reconhece o autuado que utilizou indevidamente carga tributária inferior a estabelecida nos produtos objetos dessa autuação, ou seja, utilizou a carga equivalente a 7% (sete por cento) quanto deveria ter utilizado a carga de 12% (doze por cento), entende, contudo, que não há prejuízo ao erário estadual, pois os valores debitados pelo autuado foram igualmente creditados por sua filial, estando ambas estabelecidas no Estado da Bahia. Considera que a exigência fere o princípio da não cumulatividade, bem como, conforme Súmula 166 do STJ, não há fato gerador do imposto nas transferências entre estabelecimento da mesma empresa, além de a legislação estadual do ICMS permitir a transferências internas de créditos fiscais entre estabelecimentos da mesma empresa.

Cabe razão ao autuado quando afirma que a legislação vigente permite a transferência de créditos fiscais entre estabelecimentos da mesma empresa, estabelecidos no Estado da Bahia, contudo, tal procedimento é

realizado em consonância com a legislação estadual do ICMS, com emissão de nota fiscal própria. No presente caso, não se trata de transferência de créditos fiscais, bem como o fato da utilização do mesmo valor debitado como crédito pelo estabelecimento destinatário, não afasta a exigência tributária relativa à saída da mercadoria com o imposto corretamente calculado, conforme determinam os dispositivos indicados pelo autuante. O sistema de compensação de créditos e débitos previstos na legislação do ICMS é assegurado com o correto cálculo do imposto devido. Assim, não há previsão legal para que se dispense o imposto quando o autuado calcular o imposto devido nas saídas de mercadorias por se tratar de transferências internas, tal providência torna, inclusive, imprevisível o controle das operações subsequentes, em particular as transferências interestaduais.

É importante registrar, ainda, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, especialmente no que alude a Súmula 166 do STJ, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de Decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento e o presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA, especialmente no que se refere às arguições de violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, que estão todas no campo da inconstitucionalidade.

O autuante, corretamente, reduz o valor exigido, acolhendo parte da arguição defensiva ao identificar a duplicitade de itens lançados em suas planilhas de cálculo do imposto devido.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial da infração 01, com redução do valor exigido de R\$27.368,81 para o valor de R\$26.056,51, conforme quadro abaixo:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 1

MÊS/ANO	VLR. HISTÓRICO	ICMS FLS. 582 a 588 (A)	ICMS FLS. 589 a 595 (B)	ICMS devido (A + B)
JAN/2010	2.115,04	946,15	877,23	1.823,38
FEV/2010	1.384,93	579,59	532,41	1.112,00
MAR/2010	2.036,45	1.183,54	752,11	1.935,65
ABR/2010	2.220,23	693,13	1.375,35	2.068,48
MAI/2010	2.275,85	706,43	1.569,42	2.275,85
JUN/2010	1.208,26	418,88	789,38	1.208,26
JUL/2010	2.663,83	938,30	1.645,58	2.583,88
AGO/2010	2.503,94	821,25	1.636,73	2.457,98
SET/2010	2.432,39	760,44	1.671,95	2.432,39
OUT/2010	1.738,66	809,15	929,50	1.738,65
NOV/2010	1.845,76	896,40	864,41	1.760,81
DEZ/2010	4.943,47	2.277,12	2.382,06	4.659,18
TOTAL	27.368,81	11.030,38	15.026,13	26.056,51

A infração 4 também restou parcialmente elidida, em virtude do seguinte:

Quanto à infração 04, o autuante reconhece que o autuado recolheu parte dos valores exigidos, antes da ação fiscal, e reduz o valor reclamado de R\$19.170,47, para o valor de R\$16.063,75, contudo, verificando o demonstrativo apresentado pelo autuante, às fls. 596 a 600, que no mês de julho de 2010, foi exigido do autuado o imposto no valor de R\$2.181,97, que deduzido o valor, reconhecidamente pelo autuante, recolhido pelo autuado no valor de R\$757,46, remanesce o valor devido de R\$1.424,51. O valor total da infração 4 passa, portanto, para R\$15.306,29, conforme quadro abaixo:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 4

MÊS/ANO	VLR. HISTÓRICO	ICMS DEVIDO
JAN/2010	161,97	161,97
FEV/2010	1.353,62	1.353,62
MAR/2010	1.912,91	1.712,64
ABR/2010	329,73	329,73
MAI/2010	1.634,05	1.074,25
JUN/2010	1.440,33	1.068,07
JUL/2010	2.181,97	1.424,51
AGO/2010	1.486,83	973,23
SET/2010	1.019,60	162,63
OUT/2010	1.280,53	957,49
NOV/2010	1.959,04	1.932,41
DEZ/2010	4.409,89	4.155,74
TOTAL	19.170,47	15.306,29

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Insurge-se contra os termos da referida Decisão, especificamente em relação aos valores exigidos a título de ICMS decorrente das transferências internas – CFOP 5152, operacionalizadas entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo sujeito passivo localizado dentro do Estado da Bahia, cujo valor nominal do imposto é de R\$ 15.026,13 (Quinze mil, vinte e seis reais e treze centavos) às fls. 589 a 595, bem como os valores exigidos decorrentes de aquisições de materiais de consumo, no valor de R\$ 15.306,29 (Quinze mil, trezentos e seis reais e vinte e nove centavos).

Aduz que embora o agente fiscal tenha descrito na fundamentação de sua autuação que a conduta praticada pelo recorrente se deu em prejuízo da legislação do ICMS do Estado da Bahia, do procedimento adotado pelo contribuinte não se evidencia qualquer prejuízo passivo da exigência do crédito fiscal vindicado, eis que tais operações além de não evidenciarem alienação (uma vez que se operacionalizaram através de transferências internas entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo sujeito passivo), também ocorreram entre estabelecimentos inequivocamente localizados dentro do Estado da Bahia, ou seja, independentemente das obrigações acessórias previstas na legislação, no que atine à legislação do ICMS, não há que se falar em prejuízo ao erário pelo descumprimento de obrigação principal, na medida em que imposto debitado pelas saídas foi, em igual valor, creditado pelo estabelecimento de destino, cumprindo-se a rigor, o que dispõe o princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, §2º, inciso I, da Constituição Federal.

Entende que em razão da natureza da operação das saídas auditadas, em relação às saídas em transferências internas (CFOP 5152) destinadas a estabelecimentos pertencentes ao mesmo contribuinte localizado dentro do Estado da Bahia, não há que se falar em prejuízo ao erário, levando em conta apenas a alíquota interna aplicada sobre a base de cálculo anotada no documento fiscal, eis que, o valor do ICMS levado a débito pelas saídas na origem é, automaticamente, levado a crédito na escrituração fiscal do destinatário, anulando-se, de forma que qualquer ato da fiscalização que importa na exigência de crédito tributário constitui excesso de exação expressamente vedado pelo art. 150 da Carta Constitucional.

Diz que o equívoco cometido pelo contribuinte resultou em mera irregularidade, sem impactar, entretanto, em qualquer prejuízo ao erário estadual passivo de exigência fiscal por descumprimento de obrigação principal, independentemente de o erro ter ocorrido em relação à base de cálculo, ou em relação à própria alíquota interna aplicada, sobretudo, pelo fato de que tanto o estabelecimento de origem quanto o destinatário, pertencem ao mesmo contribuinte e se encontram localizados dentro do Estado da Bahia.

Assevera que todas as operações das quais decorram as referidas saídas foram operacionalizadas exclusivamente através de operação internas de transferências (CFOP 5152), conforme demonstrado nas planilhas e documentos carreados aos autos pela defesa, incidindo na espécie os efeitos práticos da Súmula 166 do Colendo STJ, sendo irrelevante a alíquota aplicada, eis que, as operações desoneradas do ICMS não possuem a prerrogativa de causar prejuízo ao erário, posto que, estará sempre operando acima do parâmetro zero definido pela Súmula nº 166/STJ.

Entende que o procedimento adotado pelo contribuinte não resultou qualquer prejuízo ao erário estadual, eis que, independentemente de ter o contribuinte reduzido a base de cálculo para parâmetro menor daquele previsto na legislação, o crédito do ICMS a ser apropriado pelo contribuinte no estabelecimento destino será sempre absolutamente equivalente àquele do qual decorreu o pagamento anterior do ICMS no estabelecimento de origem, não havendo que se falar em prejuízo ao erário passivo de exigência fiscal de ICMS a maior ou a menor.

Aduz que a partir da análise dos registros fiscais existentes nos livros de Saídas do estabelecimento de origem, bem como de seus assentos nos livros de Entradas nos estabelecimentos de destino, se poderá concluir que o crédito tomado pelas entradas no

estabelecimento destinatário é absolutamente igual ao débito escriturado e pago pelo estabelecimento de origem, anulando-se.

Em relação à infração 4 reitera os seus argumentos em relação à insubsistência da autuação, eis que os referidos produtos já foram alcançados pelos efeitos práticos do art. 33, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar nº 138/2010, na medida em que o contribuinte deixou de se creditar integralmente do valor do ICMS destacado no documento fiscal quando da aquisição das referidas mercadorias junto aos seus fornecedores, incidindo na espécie, os efeitos práticos da Súmula nº 166/STJ.

Informa que adquire, em operações de compras junto aos seus fornecedores, diversos produtos destinados a uso e consumo próprio, sem, entretanto, se creditar de qualquer parcela de ICMS destacado na nota fiscal de aquisição, cumprindo a rigor, como dito alhures, o que determina o art. 33, inciso I da Lei Complementar nº 138/2010. E que ao remeter parte destes produtos, através de operações de transferências, a outros estabelecimentos pertencentes ao mesmo sujeito passivo, não poderia se debitar de qualquer parcela de ICMS, eis que do procedimento não se evidencia circulação mercantil da mercadoria, ou seja, não houve circulação jurídica / econômica do bem.

O Parecer da PGE/PROFIS, fl. 660, emitido pela Procuradora Maria Dulce Baleiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso. Observa que a motivação da infração 1 é a falta de caracterização, através de documento fiscal, da operação que ensejou o crédito fiscal utilizado. Desta forma, o crédito se torna indevido.

Quanto à infração 04, salienta que esta não foi objetivamente contestada no presente Recurso. As razões apresentadas na defesa já foram analisadas pelos fiscais autuantes e pela JJF, que reduziu o montante devido. Não foi apresentado qualquer novo argumento ou documento.

VOTO

Observo que o cerne da questão, tanto quanto à infração 1 como a infração 4, é a questão 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 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 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 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 DESLOCAÇÃO 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 dúvida, 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, entendo que não há que se exigir ICMS nas saídas de mercadorias transferidas para filiais da mesma empresa (infração 1), nem se exigir diferencial de alíquota no recebimento de mercadorias advindas de filial da empresa localizada em outro Estado da Federação.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar Improcedentes as infrações 1 e 4.

VOTO VENCEDOR

Em que pese a boa fundamentação expendida pelo Nobre Relator, divirjo do seu posicionamento com relação ao voto proferido em relação a ambas às infrações objeto do recurso.

Constatou que a infração 1 acusa recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota e a infração 4 aponta falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota, em aquisições interestaduais de mercadorias de empresa localizada em outro Estado da Federação.

Observo que as infrações envolvem operações de transferências de mercadorias pertencentes ao estabelecimento do mesmo titular, sendo que a primeira se refere a operações internas e a quarta em operações interestaduais. E que no voto, foi fundamentado que em se tratando de operações de transferências de mercadorias, houve apenas circulação física de mercadorias, não implicando em hipótese de incidência tributária do ICMS, nem ocorrência de fato gerador do imposto, ao teor das decisões prolatadas por Tribunais Superiores, em especial a aplicação da Súmula 166 do STJ.

No que se refere à incidência do ICMS nas operações de transferências, observo que a Constituição Federal/1988, no seu art. 146, determinou que:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

...

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Já a Lei Complementar nº 87/96, no seu artigo 12 estabeleceu que:

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.

A mesma regra foi inserida no art. 4º, I da Lei Estadual nº 7.014/96.

Portanto, no que concerne a efetiva circulação de mercadorias e ocorrência do fato gerador nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma titularidade, há previsão expressa na legislação tributária, em conformidade com a regra matriz do ICMS contida na Constituição Federal.

Também há que se considerar que o próprio contribuinte cumpriu o que determina a legislação tributária, no momento que tributou as operações internas (infração 1), mesmo o fazendo aplicando alíquotas incorretas e também nas operações interestaduais (infração 4), haja vista que a Filial é considerada “estabelecimento autônomo” para fins de apuração e recolhimento do ICMS, o que não fez com relação a diferença de alíquota ora exigida.

Assim sendo, considero correta a fundamentação expendida no voto proferido na decisão da primeira instância, “que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, especialmente no que alude a Súmula 166 do STJ, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado”, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. E que não cabe competência a este Contencioso Administrativo para decretar a constitucionalidade da legislação tributária, em conformidade com o disposto no art. 167, I do RPAF/BA.

Convém ressaltar ainda, que apesar dos posicionamentos dos Tribunais Superiores em relação a aplicação da Súmula 166 do STJ, a Segunda Turma do STJ na apreciação do REsp 1109298/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011, decidiu pela aplicação do disposto no art. 13, § 4º da LC 87/96, que trata da constituição da base de cálculo nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencente ao mesmo titular. Isso demonstra

que não é pacífico o entendimento naquele Tribunal, quanto à incidência do ICMS nas operações de transferências.

Pelo exposto, entendo que ao contrário do que foi fundamentado, há amparo legal para se exigir ICMS nas saídas de mercadorias transferidas para filiais da mesma empresa (infração 01), bem como exigir diferencial de alíquota no recebimento de mercadorias advindas de filial da empresa localizada em outro Estado da Federação.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão pela PROCEDÊNCIA das infrações 1 e 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, 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 **232845.1224/13-2**, lavrado contra **CLAUDINO S/A. - LOJAS DE DEPARTAMENTOS (ARMAZÉM PARAÍBA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$101.649,23**, acrescido das multas de 60% sobre R\$44.399,38 e 100% sobre R\$57.249,85, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO - Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO DE FIGUEIREDO - RELATOR/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS