

PROCESSO - A. I. Nº 206946.0001/14-9
RECORRENTE - VIA UNO S/A. - CALÇADOS E ACESSÓRIOS
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0001-02/15
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 06/07/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0183-12/15

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% do valor das operações não escrituradas. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. As infrações 2, 3 e 4 não foram abordadas no mérito do apelo. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 2ª JJF Nº 0001-14/15, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado no dia 28/03/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 925.951,03, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo aduzidas.

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de mercadorias destinadas ao consumo. R\$ 6.629,52 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Entradas tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 10.099,26, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – Utilização indevida de crédito presumido, em valor superior ao permitido pela legislação. Consta que o ilícito decorre de “*não ter [o contribuinte] estornado crédito presumido de ICMS das devoluções de vendas de produção do estabelecimento*”. R\$ 909.208,25 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 14,00, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 03/02/2015 (fls. 303 a 310) e decidiu pela Procedência por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

O Auto de Infração contempla quatro infrações, cujos débitos foram todos apurados através dos demonstrativos, cópias de notas fiscais coletadas no CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito e mídia com o levantamento fiscal, constantes no processo às fls.09 a 126.

O representante do sujeito passivo em sua impugnação às fls.136 a 160, sem analisar o mérito da autuação alegou que o procedimento fiscal não goza de presunção de legitimidade, suscitando a nulidade do lançamento tributário, sob o fundamento de que não foram especificadas no Auto de Infração as normas infringidas, pois a redação dada ao enquadramento o torna incompreensível, tendo em vista a inobservância de critério para distinguir a ordem dos artigos supostamente infringidos, além de arguições de inconstitucionalidades, e

alegação de que o trabalho fiscal foi feito por presunção.

Analisando tais preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que a esta altura processual não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de que o procedimento fiscal não goza de presunção de legitimidade, tendo em vista que:

a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação;

b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do Auto de Infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelos autuantes identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão especificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão, inclusive acompanhados das notas fiscais que os originaram;

c) apesar de na informação fiscal os autuantes salientarem que o autuado não atacou o mérito das infrações, por determinação desta 2ª JJF, o prazo de defesa foi reaberto por trinta dias, após a informação fiscal, conforme despachos de fls.238 e 239, e intimações e AR dos Correios às fls.242 a 245, e fls.258 e 259, tendo o autuado recebido cópia da informação fiscal e de todos os documentos que fundamentam as infrações (fls.09 a 122; 219 a 223; e 238 a 239), os quais permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório;

d) quanto a alegação de que não foram especificadas no Auto de Infração as normas infringidas, não assiste razão ao defendente, haja vista que consta no Auto de Infração após o demonstrativo de débito, o enquadramento legal com a indicação dos dispositivos infringidos, que estão em conformidade com as imputações. Ademais, de acordo com o Art. 19 do RPAF/99, “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”, e no caso, além da descrição dos fatos permitir o entendimento das acusações fiscais, o enquadramento legal o torna compreensível;

e) no que pertine à arguição de inconstitucionalidade das multas aplicadas por considerar que elas são confiscatórias, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade de tais alegações, estando as multas aplicadas previstas no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, IX e XI, da Lei nº 7.014/96, e a utilização dos critérios estabelecidos na citada Portaria estão de acordo com RICMS/BA;

f) com relação a alegação de que o trabalho fiscal foi feito por presunção, residindo no campo das provas, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito;

Logo, com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal não cabe o pedido de nulidade suscitado pelo patrono do autuado por descrição imprecisa das infrações. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante a fase processual até o momento do julgamento, consta esclarecimento da descrição correta das infrações, e o enquadramento legal, o que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Pelo acima alinhado, a autuação fiscal não está em desconformidade com a legislação tributária, pois os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência fiscal, indiretamente suscitado na defesa, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos.

Passo agora a analisar o mérito das imputações.

Infração 01 – 06.02.01

Neste item a exigência fiscal diz respeito ao ICMS não recolhido, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

*Com referência às aquisições interestaduais de materiais de uso, cumpre esclarecer que cabe o pagamento do diferencial de alíquotas, nos termos do artigo 1º, § 2º, inciso IV, do RICMS/97, *ipsis litteris*:*

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

§ 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 subseqüentes;

Na apreciação desta questão, caberia analisar quais as mercadorias foram objeto do lançamento tributário, ou seja, que fossem identificadas as mercadorias que foram consideradas como de uso e consumo. No levantamento fiscal constante às fls. fls.09 a 12, foram discriminadas 32 notas fiscais com seus respectivos dados (número, data, CNPJ do emitente, CFOP, valor total, alíquota de origem, e valor da DIFAL devido), inclusive uma coluna constando os CFOPs “2556” e “2557”, que dizem respeito a aquisição de material de consumo.

Ao defender-se o autuado, em momento algum, discordou que tais aquisições se destinaram ao uso e/ou consumo do estabelecimento, limitando-se a argumentar que tais operações, por se tratar de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa não são fatos geradores do ICMS, e portanto, que não estariam sujeitas ao pagamento da diferença de alíquotas.

Não há como prosperar este argumento, uma vez que, com referência às aquisições interestaduais de materiais de uso, cabe o pagamento do diferencial de alíquotas, nos termos do artigo 1º, § 2º, inciso IV, do RICMS/97, *ipsis litteris*:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

§ 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 subseqüentes;

Nesta circunstância, tendo o sujeito passivo apenas discutido a natureza jurídica das operações, mantenho o lançamento ante a previsão legal acima transcrita.

Infração 03 - 01.02.41

Neste item a fiscalização acusa o autuado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, no total de R\$909.208,25, em valor superior ao permitido pela legislação em vigor, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Ou seja, noutras palavras, de não ter estornado crédito presumido de ICMS das devoluções de vendas de produção do estabelecimento.

Os valores lançados no demonstrativo de débito encontram-se especificados no Demonstrativo dos Estornos de Créditos em Virtude de Devoluções de Vendas de Produção do Estabelecimento – 2009 e 2010, fls.43 e 80.

Cotejando as peças processuais, constatei que os valores da base de cálculo lançados nos demonstrativos acima citados, foram extraídos no Registro de Apuração do ICMS às fls.44 a 79, e 81 a 120, que cito como exemplo, o mês de janeiro de 2009, fl.44 dos autos: [planilha de fl. 309].

Desta forma, pela demonstração acima, restou caracterizado que o débito não foi apurado por presunção, conforme alegado, razão porque, concluo que foi correto o procedimento da fiscalização.

Infrações 02 - 16.01.01 e 04 - 16.01.02

Nestes itens foram aplicadas multas por descumprimento de obrigação acessória em razão da falta de escrituração, no Registro de Entradas, de notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas à tributação, sobre mercadorias não tributáveis, nos valores de R\$10.099,26 e R\$14,00.

O cálculo das multas está demonstrado nas planilhas às fls. 35 a 37, e 121, nas quais, estão especificados os números das notas fiscais, datas, fornecedores, UF, CNPJ, valor total, alíquota e multas de 10% e 1%, respectivamente. Além disso, foram anexadas cópias das notas fiscais às fls.38 a 42, e 122.

Portanto, diante de tais provas, para descaracterizar a acusação de descumprimento de obrigação acessória, bastaria que o autuado comprovasse que as notas fiscais estavam escrituradas no livro fiscal Registro de Entradas. Como não o fez, restaram caracterizadas as infrações, cujas multas foram aplicadas em conformidade com o artigo 322, I, do RICMS/97, combinado com os incisos IX e XI do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Itens subsistentes.

No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, considerando a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante para redução ou cancelamento da multa.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte - que está em recuperação judicial - interpõe Recurso Voluntário às fls. 323 a 332, no qual inicia sintetizando as acusações.

Em seguida, estribado em jurisprudência e no art. 112 do CTN, assegura que não infringiu qualquer dispositivo legal e que a fiscalização praticou ato nulo, pois não demonstrou a ocorrência dos supostos fatos geradores. Isso porque as notas fiscais que ensejaram o lançamento de ofício designam transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade.

Não disse a que imputação se reporta com tal assertiva, mas pontuou que os bens transferidos se destinaram ao consumo (infração 1).

Tece considerações acerca da atividade administrativa, a qual não deve atuar ao arrepio da lei e do ordenamento jurídico, movida pela “paixão dos seus dirigentes”, para depois registrar que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso da ação fiscal contra a qual se insurge, escapa da apreciação jurisdicional.

Quanto às multas, alega que estão além da sua capacidade contributiva e que têm o caráter de confisco, motivo pelo qual pede redução ou cancelamento.

Por fim, encerra pleiteando o acolhimento das razões recursais, de modo que seja declarado “insubsistente” o Auto de Infração.

A Procuradoria do Estado, no Parecer de fls. 338 a 340, opina pelo Não Provimento do apelo, pois considera que os argumentos jurídicos apresentados não são insuficientes para provocar revisão no Acórdão de primeiro grau.

As alegações referentes à inconstitucionalidade das multas não podem ser apreciadas por este colegiado, a teor do art. 167, I do RPAF/1999. Quanto ao pedido atinente às penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, opina pelo indeferimento, em face da ausência dos requisitos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996.

No mérito, destaca que o recorrente não se referiu de forma específica às infrações 2, 3 e 4, limitando-se a arguir a não incidência nas operações de que trata a primeira imputação, tese que não merece prosperar, tendo em vista as normas dos artigos 4º, I da Lei nº 7.014/1996 e 2º, I do Regulamento do ICMS de 1997, sem olvidar a autonomia dos estabelecimentos estabelecida no art. 11, § 3º, II da LC 87/1996.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, os auditores autuantes e os julgadores de Primeira Instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as acusações, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Este órgão colegiado de julgamento administrativo não tem competência para declarar eventual natureza confiscatória, seja de tributo, seja de multa, conforme determina o art. 167, I do RPAF/1999. Também não tem atribuição para apreciar pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal.

Indefiro o pleito de redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, uma vez que restou patenteada, na infração 03, a qual não foi contestada no Recurso, a falta de recolhimento de R\$ 909.208,25 de ICMS, razão por que tenho como não atendidos os requisitos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996.

No mérito, devo assinalar a natureza lacônica da peça de irresignação, que basicamente se ateve a tecer considerações subjetivas acerca dos princípios que regem a atividade administrativa e a pugnar pela não incidência do imposto nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade (infração 1).

Com respeito a tal assunto, alinho-me com o posicionamento externado no Parecer da PGE/PROFIS, pois a pretensão do recorrente não encontra amparo nos artigos 4º, I da Lei nº 7.014/1996 e 2º, I do Regulamento do ICMS de 1997.

Acrescente-se os artigos 11, § 3º, II e 12, I, ambos da LC 87/1996, abaixo transcritos.

"Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: (...) § 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte: I - na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação; (...)".

"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; (...)".

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Peço venia para divergir do voto do n. Relator em relação às transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo Contribuinte, açambarcada pela infração 1.

A matéria aqui tratada, em verdade está longe de ter entendimento, pacífico neste colegiado, em que pese o volume bastante considerável de decisão emanadas do STJ ao longo dos anos, e mais recentemente pelas decisões emanadas do STF, aí entendido que nessas últimas, por certo, questões de ordem constitucionais foram apreciadas, pois, além de não serem passíveis de incidência do ICMS as operações de mera transferência, o STF também estabeleceu o mesmo entendimento para as mercadorias que tenham sido objeto de transformação.

Nessa senda, com fundamento na súmula 166 do STJ, bem como nas decisões reiteradas do STJ e agora do STF, trago à colação trecho de votos da minha lavra em diversos processos em que a mesma matéria é a mesma aqui tratada, como segue:

(...)

A Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça expressa textualmente que "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Impende registrar que a referida Súmula 166 tem essência na interpretação literal do art. 1º do Decreto Lei nº 406/1968, que, dentre as definições das hipóteses de incidência do ICM, previa "a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor", derivado do fato de que várias administrações tributárias estaduais lançavam o imposto sobre situações que não representavam transações comerciais, mas, tão somente, deslocamentos de mercadoria entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte.

O fato é que o imposto não incide, nem poderia incidir, sobre "mercadorias" mas sim sobre operações de caráter oneroso, aí entendido que tais operações são resultado da transferência de titularidade de bens classificados como mercadorias, não podendo incidir imposto sobre operações de simples transferência física de mercadorias e assemelhadas entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, exatamente porque não há imposição de ônus na operação.

A circulação a que alude o nomen juris do imposto, tal como escrito na CF/88: "imposto sobre operações

relativas à circulação de mercadorias...”, consiste na transferência de propriedade ou na tradição da mercadoria. Assim sendo, não é a saída física de um determinado local que indica a finalização da operação de compra e venda mercantil, já que, independentemente dessa saída da mercadoria do estabelecimento, pode-se observar a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Convém trazer à baila a jurisprudência, pois, tal entendimento tem fatura de decisões nos tribunais superiores e porque dão clareza de dimensão à aplicação da Súmula 166, como segue:

1.(...) Dispõe a Súmula nº 166 desta Corte que "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". O acórdão recorrido está em harmonia com a orientação firmada na jurisprudência deste Tribunal, valendo destacar o trecho em que se evidencia que "a saída de energia elétrica do estabelecimento produtor (usina de São Simão) para o distribuidor (Cemig) não configura operação de circulação de mercadoria, em sentido técnico jurídico, pois se trata de simples deslocamento físico de mercadoria, não ocorrendo, de consequência, operação mercantil".

Tem-se que a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não é hipótese de incidência do ICMS, cujo fato gerador pressupõe 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 [...]. II. A configuração da hipótese de incidência do ICMS reclama a ocorrência de ato de mercancia, vale dizer, a venda da mercadoria [...], fato que, segundo o suporte fático delineado no acórdão recorrido, não ocorre no caso concreto [...]. (AgRg no REsp 933890/ GO. Rel.: Min. Francisco Falcão. 1ª Turma. DJ 3.9.2007)

2.(...) A jurisprudência cristalizada no âmbito do STJ é no sentido de que "não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte" (Súmula 166), restando assente, em diversos julgados, a irrelevância dos estabelecimentos situarem-se em Estados distintos [...]. 4. In casu, os autos retratam hipótese de transferência interestadual de bens do ativo fixo e de materiais de uso e consumo da filial da empresa, situada no Estado do Rio de Janeiro, para sua sede localizada na Zona Franca de Manaus (saída da filial e entrada na matriz), fato que refoge à regra-matriz de incidência do ICMS, razão pela qual não merece prosperar a pretensão recursal fazendária, no particular [...]. (REsp 772891/RJ. Rel.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. DJ 26.4.2007)

3.(...) O fato impositivo do ICMS só se completa com a transferência de titularidade da mercadoria, o que não aconteceu no caso concreto. Aplica-se ao caso o entendimento deste Tribunal Superior consolidado na Súmula nº 166 [...]. (AgRg no REsp 847125/AM. Rel.: Min. Francisco Falcão. 1ª Turma. DJ 26.10.2006)

4.(...) O simples deslocamento da mercadoria pelo seu proprietário, sem implicar circulação econômica ou jurídica, não legitima a incidência do ICM [...] (REsp 9933/SP. Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. 2ª Turma. DJ 26.10.1992)

5.(...) O simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo contribuinte, sem tipificar ato de mercancia, não legitima a incidência do ICM [...]. (REsp 32203/RJ. Rel.: Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Turma. DJ 27.3.1995)

6.(...) O deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro não configura circulação econômica, em ordem a ensejar imposição tributária relativa ao ICMS. Para que incida o ICM é necessária a prática de negócio jurídico mercantil [...]. (REsp 36060/MG. Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros. 1ª Turma. DJ 5.9.1994)

Muito recentemente, derredor da matéria em apreço, o Tribunal de Justiça da Bahia, nos autos da Apelação nº 0323677-51.2012.8.05.001, na mesma trilha e com os mesmos fundamentos emprestados às decisões do Superior Tribunal de Justiça e às decisões já proferidas por este Conselheiro julgador, à unanimidade, assim decidiu:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166 DO STJ.

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. 2. “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” (Súmula 166 do STJ). 3. Recurso conhecido e, no mérito, desprovido.

Já o Supremo Tribunal Federal, também recentemente, assim decidiu, por unanimidade, sobre a matéria:

AG. REG. 756.636 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Alegada ofensa ao art. 97 da CF/88. Inovação recursal. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Tributário. ICMS. Deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Inexistência de fato gerador.

1. Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos.
2. O Supremo Tribunal Federal entende ser insubsistente a tese do chamado prequestionamento implícito.
3. A Corte tem-se posicionado no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo titular não caracteriza fato gerador do ICMS, ainda que estejam localizados em diferentes unidades federativas. Precedentes.
4. Agravo regimental não provido.

AG. REG. 765.486 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BEM ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. AGREGAÇÃO DE VALOR À MERCADORIA OU SUA TRANSFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE EFETIVA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DO TRIBUTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – A mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente efetiva transferência de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.

Restando clara a inteligência de que transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa não caracteriza fato gerador do ICMS, pois, trata-se de mero deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, conclui-se que não resta configurada, portanto, operação de circulação de mercadoria, em sentido técnico jurídico, fato que afasta a possibilidade de manutenção da exigência fiscal em apreço, o que encontra perfeito alinhamento com as decisões acima transcritas.

Nesses termos, relativamente à infração 1 cuja exigência fiscal envolve as ditas transferências, entendo que devem ser afastadas, pois, são absolutamente improcedentes.

Em assim sendo, voto no sentido de julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o apelo recursal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº **206946.0001/14-9**, lavrado contra **VIA UNO S/A. - CALÇADOS E ACESSÓRIOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 915.837,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$10.113,26**, previstas nos incisos IX e XI do mencionado artigo de Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/2005.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Alessandra Brandão Barbosa e Daniel Ribeiro Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS