

PROCESSO - A. I. N° 206892.1202/12-1
RECORRENTE - RIPEM IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO MOTTA LTDA. – EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0054-04/14
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 14/09/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0226-11/15

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Apuração e recolhimento do imposto com base no Simples Nacional, sem que estivesse inscrito neste Regime. Imposto apurado pelo regime normal. Infração caracterizada. Mantida a Decisão. recorrida 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. No período fiscalizado o contribuinte estava sujeito a apuração pelo regime normal do imposto e não estava dispensado de fazer a entrega ao Fisco dos arquivos magnéticos, que era dispensado aos contribuintes optantes do Simples Nacional. A multa foi aplicada corretamente em consonância com o que determina a legislação. Por se tratar de multa com previsão específica, não pode ser convertido em multa de caráter geral. Retificado de ofício as datas de ocorrência e de vencimento da multa aplicada na infração 2. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do citado RPAF/BA, relativo à Decisão proferida pela 4ª JJF, pertinente ao Auto de Infração, lavrado em 28/12/12, que exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$521.865,87, em razão do cometimento das seguintes infrações:

1. *Recolhimento a menor, em razão de erro na aplicação da alíquota. Consta que o autuado, inscrito na condição de “NORMAL”, deixou de pagar o imposto sob a alegação de estar enquadrado no Simples Nacional. O procedimento adotado foi o de apurar o ICMS com a dedução dos valores pagos a título de antecipação parcial e antecipação de descredenciados, conforme demonstrativos de fls. 11/12 - R\$482.000,84 e multa de 60%.*

2. *Falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com as informações das operações ou prestações efetuadas. Multa de R\$ 39.865,03.*

Na Decisão proferida pela 4ª JJF (fls. 211 a 215), foi apreciado que:

Consoante o que foi acima exposto, a contenda em enfoque, inclusive a preliminar de nulidade, gravita em torno da questão sobre se nas datas dos fatos geradores, ocorridos entre 2008 e 2009, o autuado estava ou não inscrito no Regime Simples Nacional.

Verifico no documento de fl. 139 (verso e anverso), que desde 07/10/1975 a condição da sociedade empresária é “NORMAL”: campos “Condição” e “Data de Inclusão”. Do quadro “Editais” constam as diversas datas de “INDEFERIMENTO DE OPÇÃO DO SIMPLES NACIONAL”.

Rejeitada, portanto, a preliminar de nulidade.

O caráter supostamente confiscatório, desproporcional ou inconstitucional da multa da infração 02 não pode ser julgado neste foro, consoante norma do art. 167, I do RPAF/1999.

Indefiro o pleito de redução ou cancelamento da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, por não estar presente uma das condições estatuídas no art. 42, §7º, Lei 7.014/1996, qual seja, a falta de pagamento do gravame, constatada na primeira imputação.

Por entender que todos os elementos aptos a formar a convicção dos julgadores estão presentes nos autos, indefiro o pleito de revisão, com supedâneo no art. 147, I, “a”, RPAF/1999.

No mérito, assinala-se que não houve desqualificação de ofício, mesmo porque, por consectário lógico, não se pode desqualificar o que nunca esteve qualificado.

O art. 406-A, IV, RICMS/1997, tomado como fundamento de defesa, foi revogado pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7.886, de 29/12/2000; publicado no Diário Oficial do Estado de 30 e 31/12/2000), com efeitos a partir de 30/12/2000. Quanto à inclusão das transferências na base de cálculo, o contribuinte não trouxe ao processo qualquer nota fiscal.

Tenho como efetiva a circulação de mercadorias nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade e assinalo que a Súmula 166 do STJ, data vénia, não é vinculante e foi publicada antes da Lei Complementar 87/1996, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor sobre normas gerais do imposto em comento.

A referida LC é chamada de lei nacional do ICMS e dispõe sobre hipóteses de incidência, não incidência, contribuintes, substituição tributária, local da operação, momento da ocorrência do fato gerador, base de cálculo e compensação, entre outras situações de natureza mais específica.

O Diploma Legal Complementar trata, no seu art. 13, § 4º, sobre critérios de determinação da base para o cálculo dos créditos nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que não se pode concluir que tais operações estejam fora do campo de incidência do ICMS.

No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do art. 12 da LC, ao informar que ocorre o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.

Pois bem, apesar dos posicionamentos antigos sobre a matéria, que privilegiavam a Súmula 166, a discussão sobre a base de cálculo nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade foi submetida e apreciada mais recentemente pela Segunda Turma do STJ (uma das duas turmas componentes da Primeira Seção, regimentalmente competente para julgar matéria de direito público), que decidiu pela aplicação daquilo que o legislador complementar positivou.

Transcreveu em seguida às fls. 213 e 214, parte do conteúdo da Decisão do REsp 1109298/RS, proferido pela 2ª Turma do STJ de 25/05/2011, que trata de constituição de base de cálculo nas operações de transferências entre estabelecimento industrial localizado no Estado de São Paulo e centro de distribuição localizado no Estado do Rio Grande do Sul, no qual foi manifestado entendimento de que em razão de ter sido utilizado preço superior ao custo de produção, próximo do valor de venda no estabelecimento destinatário, a apuração da base de cálculo foi arbitrada com base no custo da mercadoria produzida nos termos do art. 13, § 4º, II, da LC 87/96 e não o da entrada mais recente. Em seguida manifestou que:

Comprovado, nos autos, que o contribuinte recolheu o imposto com base no Simples Nacional quando não estava inscrito neste Regime. Infração 01 caracterizada.

Com relação à infração 02, nos termos da OTE-DPF-3005, disponibilizada no dia 17/06/2005 (Orientação Técnica da Diretoria de Planejamento da Fiscalização), para efeito de aplicação da multa de 5%, limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período, considera-se não fornecimento de informação solicitada mediante intimação a situação em que o fiscalizado deixe de entregar arquivo magnético que tenha sido intimado a apresentar (intimação à fl. 08).

Os arts. 259/260 do RICMS/2012, mencionados pelo impugnante para aduzir que não estava obrigado a transmitir os arquivos, não possuem eficácia no caso concreto, pois as datas respectivas são referentes aos exercícios de 2008 e 2009, quando estava em vigor o RICMS/1997.

O art. 142, XI do Regulamento de 1997 estabelece que, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, é obrigação do contribuinte que utiliza sistemas de processamento de dados para registrar negócios e atividades econômicas, manter à disposição do fisco estadual os arquivos magnéticos relativos aos registros de natureza contábil.

O §2º do mesmo artigo dispensa apenas aqueles inscritos no Simples Nacional da obrigação acessória em tela.

De acordo com o art. 42, XIII-A, “j”, Lei 7.014/1996, com efeito, como disse o defendant, deveria ter sido proposta a multa de 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.

Todavia, na situação em análise, a combinação deveria ter sido cumulativa, mas foi aplicada, em benefício do fiscalizado e em detrimento do interesse público (caráter educativo da multa), tão somente a penalidade de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que se mostrou maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, ou do valor dos estornos de débitos em cada período, pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação dos respectivos arquivos.

Uma vez que a intimação de fl. 08 foi assinada em 20/11/2012 e o prazo foi de 5 (cinco) dias, corrijo a data de ocorrência da infração 02 para 27/11/2012 (o termo final ocorreu em uma segunda-feira, 26/11/2012), com fundamento no item 6.1 da sobredita Orientação Técnica, que assim dispõe:

“Na lavratura de Auto de Infração por falta de apresentação ou irregularidades do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para a apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados”.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 227 a 240), o recorrente comenta que a Decisão fundamentou que no período autuado a empresa não se enquadrava no Simples Nacional, porém é necessário comprovar que houve desenquadramento daquele regime, visto que “a mesma faz prova de que fez o pedido de adesão”, culminando na nulidade do lançamento.

Cita diversas decisões proferidas por este Conselho (CJF 0416-142/02; JJF 0377-03/02; JJF 0257-04/02 e JJF 0327-04/02) que tratam de exigência do ICMS pelo regime normal em razão de desenquadramento do SIMBAHIA, com discordância do previsto no art. 406-A, IV, RICMS/1997.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que a auditoria tomou como base de cálculo os valores lançados nas DMAs pelos totais, porém grande parte das entradas e saídas se referem a transferências de mercadorias em operações dentro do Estado da Bahia, o que no seu entendimento não configura circulação jurídica, nem hipótese de incidência do ICMS, a exemplo da Decisão contida no REsp 1.125.133/10-SP do STJ, com aplicação da Súmula 166 do STJ.

Aduz que as operações de transferências foram indevidamente incluídas na apuração da base de cálculo, mas ocorreu apenas circulação física das mercadorias, situação que se encontra fora do campo de incidência do ICMS como decidido pelo STJ. Ressalta que não pretende que se declare a constitucionalidade de qualquer norma, mas sim o reconhecimento da inexistência de previsão legal capaz de fazer nascer fato gerador em caso de operações de transferência.

Requer a exclusão da base de cálculo das operações de transferências.

Com relação à infração 2, que aplica multa de 1% sobre as saídas em razão de não ter fornecido arquivos magnéticos, diz que há de se considerar primeiro que a falta de envio dos arquivos deveria ser precedido de intimação ao contribuinte para suprir esta omissão e se não atendida aplica a penalidade fixa de R\$1.380,00, previsto no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96.

Afirma que a conduta expressa por descumprir intimação para apresentação de arquivos magnéticos deveria resultar na aplicação da multa prevista no inciso XX, “b” [do art. 42] da citada Lei nº 7.014/96 que resulta em valor devido de R\$180,00 e não o valor expressivo de R\$39.864,03, a exemplo do julgamento do Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, inclusive com posicionamento de outro Conselheiro que divergiu apenas da cumulação das multas de R\$90,00 e R\$180,00.

Argumenta que a manutenção da multa imposta atenta contra o patrimônio do contribuinte, por ser duvidosa quanto a sua constitucionalidade e desproporcionalidade, sendo a mais gravosa aplicada, mesmo porque não estava obrigado ao envio dos arquivos, com base nos arts. 259/260, RICMS/2012, e solicita a substituição da penalidade.

Por fim, requer revisão fiscal para confirmar a existência de valores de transferências que foram tributados como operações normais, bem como para confirmar a falta de obrigatoriedade para

enviar arquivos magnéticos durante o período autuado.

A PGE/PROFIS no Parecer à fl. 312 ressalta que o cerne do lançamento consiste em recolhimento a menos em razão de erro na aplicação da alíquota e falta de fornecimento de arquivos magnéticos. E que, considerando o teor da Decisão quanto à inclusão das transferências na base de cálculo e as cópias das notas fiscais colacionadas aos autos, recomenda que os mesmos devem ser encaminhados à ASTEC/CONSEF para investigação dos valores lançados nas DMAs.

Na pauta suplementar de 26/02/15 a 1ª CJF indeferiu a proposta de realização de diligência da PGE/PROFIS, por entender que há previsão expressa de incidência do ICMS nas operações de transferências (LC 87/96 e Lei nº 7.014/97), que era o objeto de verificação da diligência.

Em novo Parecer (fls. 319/321) a PGE/PROFIS faz um resumo da autuação, Decisão da Primeira Instância, proposta de diligência, indeferimento pela 1ª CJF e quanto ao Recurso Voluntário diz que o art. 167, II do RPAF/BA não pode ser apreciado as questões de constitucionalidade.

Também, que não pode ser acolhida a pretensão de dispensa da multa (art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96), tendo em vista que decorre de falta de pagamento do imposto.

Ressalta que não há a nulidade invocada pelo recorrente, visto que o lançamento está em conformidade com os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA.

No mérito, diz que conforme documento à fl. 139, o contribuinte teve indeferido o pedido de inscrição no Simples Nacional e o imposto exigido recai sobre o Regime Normal de Apuração do ICMS. Quanto às operações de transferências, ressalta que as mesmas são tributáveis ao teor do art. 12, I da LC 87/96.

No tocante à infração 2, destaca que a obrigação de entrega dos arquivos magnéticas era prevista no art. 142, XI do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e não foi cumprido a entrega mediante intimação constante do documento à fl. 8. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o pedido de nulidade do lançamento sob o argumento de que foi exigido ICMS pelo Regime Normal de empresa que estava enquadrada no Simples Nacional.

Observo que o Auto de Infração acusa recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação na alíquota, tendo sido descrito que os valores exigidos referem-se a diferença entre o valor apurado pelo Regime Normal e o do Simples Nacional, visto o pedido de enquadramento no regime do Simples Nacional foi indeferido.

Pelo exposto, o Auto de Infração lavrado preenche os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA e não há fundamento legal na nulidade suscitada ao teor do disposto no art. 18 do citado diploma legal, motivo pelo qual fica rejeitado o pedido. Quanto à apreciação da lide se o contribuinte estava ou não enquadrado no Simples Nacional, trata-se de questão de mérito que passo a apreciar.

No mérito, o recorrente no Recurso Voluntário interposto reapresenta os mesmos argumentos da impugnação inicial de que no período autuado estava enquadrado no Simples Nacional e que não poderia ser exigido o ICMS pelo regime normal sem que fosse feito o seu desenquadramento.

Quanto à apuração do ICMS no período fiscalizado (2008 e 2009), verifico que conforme apreciado na Decisão da primeira instância a cópia espelho da situação cadastral do contribuinte acostado à fl. 139 comprova que desde 07/10/75 a sociedade empresária estava enquadrado no regime “NORMAL” com apuração do imposto pelo conta corrente fiscal.

Também, no verso da fl. 139 consta que a sociedade empresária teve “INDEFERIMENTO DE OPÇÃO DO SIMPLES NACIONAL” em 01/04/09 e 01/03/10 por meio de editais publicados.

Assim sendo, considerando que nos demonstrativos às fls. 11 e 12, foi apurado o ICMS pelo ACÓRDÃO CJF Nº 0226-11/15

regime normal e deduzidos os valores recolhidos a título de ICMS antecipação parcial e recolhido com apuração do Simples Nacional, considero correta a Decisão da primeira instância de que o contribuinte não estava enquadrado no Simples Nacional no período fiscalizado.

Consequentemente, não tendo o recorrente comprovado que estava enquadrado no Simples Nacional, no período fiscalizado, fica prejudicada a análise do argumento recursivo de que a exigência do ICMS pelo regime normal precedia de desenquadramento do SIMPLES.

No que se refere às decisões proferidas por este Conselho de Fazenda (CJF 0416-142/02; JJF 0377-03/02; JJF 0257-04/02 e JJF 0327-04/02) que foram citadas como paradigmas, constato que aquelas decisões se referem a empresas que apuravam o ICMS pelo regime simplificado do SIMBAHIA e foram desenquadradas por terem infringidos o disposto no art. 406-A, IV, do RICMS/1997. Já na situação presente, trata-se de exigência do ICMS pelo regime normal, em decorrência de não ter sido deferido a sua adesão ao Simples Nacional (LC 123/06). Portanto, além de se tratar de institutos tributários diferentes (SimBahia e Simples Nacional), na situação presente não houve desenquadramento, visto que conforme documento à fl. 139, o contribuinte não foi incluído no Simples Nacional. Logo, as decisões citadas não servem de paradigmas, porque não se trata de situações análogas a desse processo.

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal para excluir da apuração da base de cálculo as operações de transferência internas, observo que de acordo com o que foi apreciado na Decisão proferida pela 4ª JJF, há incidência do ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, conforme disposto no art. 12, I da LC 87/96, que 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 (art. 4º, I da Lei nº 7.014/96), levando em consideração o princípio de autonomia dos estabelecimentos (art. 11, § 3º, II da LC 87/96).

Devo ressaltar que à tributação das operações de transferência não causam qualquer prejuízo ao contribuinte, visto que a operação de transferência é feita a preço de custo, de modo que o débito gerado pela saída (operação interna) corresponde ao crédito fiscal gerado na entrada do estabelecimento destinatário, o que resulta em neutralização da carga tributária. E ainda, que caso um dos estabelecimentos possua saldo credor em decorrência dos créditos fiscais acumulados, a legislação faculta a transferência do crédito fiscal de um para outro estabelecimento (artigos 83, X, 199, II e 306 do Decreto nº 13.780/12).

Pelo exposto, fica indeferido o pedido de realização da diligência fiscal, visto que há previsão expressa na legislação da incidência e ocorrência do fato gerador relativo às operações de transferências consignadas nas notas fiscais cujo ICMS não foi destacado (fls. 242 a 304).

Quanto ao argumento de que não há circulação de mercadorias nas transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade, conforme jurisprudência da Súmula 166 do STJ, também como fundamentado na Decisão da primeira instância, a mesma não possui efeito vinculante, foi publicada antes da Lei Complementar nº 87/1996, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor sobre normas gerais do ICMS e de acordo com o apreciado anteriormente, há previsão de incidência do imposto nas operações de transferências (art. 12, I da LC 87/96). Portanto, é legal e constitucional a exigência fiscal.

No tocante à infração 2 (multa por não ter fornecido arquivos magnéticos), o recorrente alega que deveria ter sido precedido de intimação e se descumpriada caberia aplicação da multa prevista no art. 42, XX, “b” [R\$180,00] e que estava desobrigado de enviar os arquivos, com base nos artigos 259/260, RICMS/2012.

No caso, há previsão de multa específica de 1% sobre o valor das entradas ou das saídas, em caso de não apresentação do arquivo magnético, que foi corretamente aplicada (art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96). Por isso, não cabe à aplicação da conversão na multa prevista no inciso XX que se aplica quando o contribuinte deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (*exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A*), ou de

mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado (grifo nosso).

Por fim, com relação ao argumento de que os artigos 259, §15 e 260 do RICMS/2012, não previa a obrigação de envio dos arquivos magnéticos, observo que os fatos geradores objeto do lançamento se referem ao período de janeiro/08 a dezembro/09. Portanto, os dispositivos regulamentares do Decreto nº 13.780 foram editados em 18/03/2012 e não se aplica retroativamente aos fatos geradores objeto deste lançamento.

Em se tratando de fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2008 e 2009, conforme fundamentado na Decisão da primeira instância, tratando-se de contribuintes que utilizava sistemas de processamento de dados para registrar negócios e atividades econômicas, o artigo 142, XI do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97), previa que os contribuintes que utilizassem sistemas de processamento de dados para registrar negócios e atividades econômicas, deveria manter à disposição do Fisco estadual os arquivos magnéticos relativos aos registros de natureza contábil.

Ressalto que o § 2º do mesmo dispositivo e diploma legal, dispensava o cumprimento desta obrigação aos contribuintes que optaram pelo Simples Nacional, entretanto, conforme fundamentado no início, o sujeito passivo teve indeferido sua inscrição no naquele regime simplificado e, consequentemente, apurava o ICMS pelo regime normal, não estando dispensado da obrigação de fazer a entrega ao Fisco dos arquivos magnéticos.

Portanto, não tendo entregado os arquivos magnéticos que estavam obrigados a fornecer ao Fisco, houve descumprimento de obrigação acessória, sujeitando-se a multa aplicada.

Entretanto, em se tratando de não fornecimento de arquivo magnético que deveria ter sido encaminhado a SEFAZ/BA, nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, a fiscalização efetivou intimação em 20/11/12 (fl. 8) para fazer entrega dos arquivos no prazo de cinco dias úteis (art. 708-B, do RICMS/97), cujo termo inicial conta a partir do dia 21/11/12 e termo final no dia 27/11/12. Consequentemente, o não atendimento a intimação ficou caracterizado a partir do dia 28/11/12. Sendo assim, de ofício efetuou a correção da “**Data de Ocorrência**” e “**Data de Vencimento**” o dia **28/11/12**, conforme orientação contida na OTE-DPF-3005.

Pelo exposto, está correta a Decisão da Primeira Instância e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, corrigindo, de ofício, a data de ocorrência e vencimento da infração 2.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese voto do Relator, peço *venia* para discordar do seu entendimento quanto à incidência do ICMS nas transferências de mercadorias destinadas ao uso e consumo, entre estabelecimentos do mesmo titular.

A hipótese de incidência do ICMS é a ocorrência de operação de circulação de mercadorias envolvendo negócio econômico entre diferentes sujeitos, de modo que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular é mera movimentação de bens de um estabelecimento para outro, não constituindo, portanto, fato gerador do ICMS.

A obrigação de recolher o ICMS só se configura com a mudança de titularidade do proprietário da mercadoria, o que, de fato, não ocorreu no presente caso, pois se trata da transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular.

O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento pacificado na Súmula nº 166 no sentido que “*não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Sobre o conceito de circulação que se extrai da Constituição Federal afirma Roque Carrazza: “*A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade de mercadoria. Sem mudança da titularidade da mercadorias, não há falar em tributação por meio de ICMS*”. (ICMS. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011)

No mesmo sentido, José Soares Melo ensina que: “*somente ocorre a circulação quando a mercadoria é transferida, passando de um patrimônio para outro, qualquer que seja a motivação jurídica*”. (ICMS: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000)

Apesar da Súmula nº 166 ser anterior à Lei Complementar nº 87/96, o STJ manteve o entendimento de que não há ocorrência do fato gerador de ICMS na simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, inclusive em julgamento submetido ao rito de recurso representativo de controvérsia:

“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. [...]”

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. [...]”

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)*

O ministro Luiz Fux explicou que a chamada “circulação de mercadorias” de que fala o artigo 155 da Constituição Federal refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato mercantil, com a finalidade de obter lucro, transferindo-se a titularidade.

Assim, o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não implica incidência do ICMS, porque para ocorrer o fato gerador é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.

Recentemente, após a publicação do Recurso Representativo da Controvérsia acima citado, o Superior Tribunal de Justiça novamente necessitou manifestar-se a respeito da matéria em julgamento de Recurso Especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMEAÇA CONCRETA. CABIMENTO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE MATRIZ PARA FILIAL DA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166/STJ. RECURSO REPETITIVO RESP 1.125.133/SP.”

A natureza da operação é a de transferência de produtos entre “estabelecimentos” da mesma propriedade, ou seja, não há circulação de mercadorias, muito menos transferência de titularidade do bem, requisito este necessário à caracterização do imposto, conforme determina a súmula 166 do STJ. Incidência da súmula 83 do STJ.” (AgRG no Agravo em Recurso Especial Nº 69.931/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 07 de fevereiro de 2012).

Para tanto, citou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a fim de demonstrar que o entendimento é uníssono no mesmo sentido da vigência da Súmula nº 166 do STJ.

Do mesmo modo é a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, como sevê nas ementas abaixo:

“O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência da Corte que é no sentido de que a mera saída física do bem, sem que ocorra a transferência efetiva de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, a exemplo do que se observa no julgamento do AI 131.941-AgR/SP”. (STF, 1ª Turma, AgRg no AI nº 693.714-6, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, DJe 30.06.09).

“No mérito, conforme afirmado na decisão agravada, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em conformidade com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou que não incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS no deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade” (STF, 2ª Turma, AgRg no RE nº 466.526, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe 18.08.12)

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia também já se posicionou sobre o tema. Veja-se da decisão recente proferida pela 3^a Câmara Cível, em 16 de setembro de 2012:

EMENTA: APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NA OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166 STJ. 1. Não incide ICMS sobre o deslocamento de mercadorias de um estabelecimento de uma mesma empresa, mesmo que entre estados diferentes da federação, vez que não ocorre a circulação jurídica do bem, apenas a movimentação física, ou seja, não há a transferência da titularidade jurídica do bem, inteligência do art. 155, II, da CF/88. Precedentes do STF e STJ. Apelação improvida e sentença mantida, inclusive, em reexame necessário.

O Estado não pode engessar seus entendimentos a aplicabilidade ou não de dispositivo de legais. Deve-se observar que a Lei em comento é de 1996, em uma realidade completamente diferente da atual, quando os Tribunais Superiores já se posicionaram exaustivamente sobre o tema.

As súmulas são cristalização das jurisprudências, elas não vinculam na esfera administrativa, todavia sinalizam o caminho que deve ser adotado no judiciário. Assim, a resistência do Estado em flexibilizar sua posição poderá trazer prejuízo ao erário, em uma possível condenação em honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça.

Por fim, torna-se imperioso destacar que as transferências internas não tem previsão na lei Kandir, (LC Nº 87/96) e sim na Lei nº 7.014/96 e no então vigente Decreto nº 6.284/97, haja vista que a Lei Complementar prevê tao somente hipótese de transferência interestadual.

Em assim sendo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, pela não incidência do ICMS nas operações de transferência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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, de ofício, corrigir a data de ocorrência e vencimento da infração 2, e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206892.1202/12-1, lavrado contra **RIPEM IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO MOTTA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$482.000,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$39.865,03**, prevista no XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/2005.

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

VOTO DIVERGENTE: Conselheiros (as):Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Edmundo José Bustani Neto e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES - VOTO DIVERGENTE

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS