

PROCESSO - A. I. Nº 087016.0028/15-0
RECORRENTE - ROUPAS PROFISSIONAIS VEST LTDA.(W.WORK)
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0011-02/16
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/11/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0151-12/16

EMENTA: ICMS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Operações de saídas a título de transferências (CFOP 6151) para estabelecimento do mesmo contribuinte situado em outra unidade da Federação, deve incluir na base de cálculo do imposto simplificado apurado na forma do regime especial do artigo 505, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e artigo 270, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, que ditam regras de cálculo do imposto sobre a receita bruta, para os contribuintes industriais do ramo de vestuário, calçados e artefatos de tecidos, cuja receita bruta mensal média não ultrapasse o valor de R\$1.200.000,00. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ªJF – Junta de Julgamento Fiscal em 23/02/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 43.540,89 (quarenta e três mil quinhentos e quarenta reais e oitenta e nove centavos), em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

***Infração 01. RV** – Deixou de recolher ICMS no valor de R\$43.540,89, em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, regularmente escrituradas nos exercícios de 2011 e 2012. Consta da descrição dos fatos que se refere às saídas a título de transferências (CFOP 6151) para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, conforme demonstrativo Anexo A (fls. 10/23), parte integrante do Auto de Infração, cuja cópia foi entregue ao Contribuinte.*

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 45/52), impugnando plenamente o Auto de Infração em epígrafe.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 92/94), defendendo a manutenção do AI em todo o seu teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ªJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$43.540,89, por ter deixado o sujeito passivo de recolher em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, com enquadramento nos art. 2º, inc. I e art. 124, inc. I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; art. 2º, inc. I; e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12; multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inciso VII, alínea "a", da Lei 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos, corroborado com os termos descritos na informação fiscal apresentada pelo d. Fiscal Autuante às fls. 92/94 dos autos, que essas operações decorrem de saídas a título de transferências (CFOP 6151) para estabelecimento do mesmo contribuinte situado em outra unidade da Federação, mais especificamente Estado de São Paulo, sem o destaque do ICMS, nas Notas Fiscais, devido nas operações à alíquota de 12%; nem tampouco a inclusão do montante dessas saídas, que fazem parte integrante do demonstrativo de débito da autuação (fls. 10/23), no cálculo do ICMS devido, pelo sujeito passivo, apurado pela Receita Bruta na forma do art. 505, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para os fatos geradores

até o exercício de 2011; e art. 270, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, mais o § 3º, do art. 8º, do Decreto nº 13.339 de 07/10/2011, para os fatos geradores a partir do exercício de 2012, em que se insere o dependente na apuração do imposto de competência do Estado da Bahia.

Sobre a ausência do destaque, nas notas fiscais, do ICMS devido nas operações de saídas a título de transferências (CFOP 6151) para estabelecimento do mesmo contribuinte situado no Estado de São Paulo e a falta de inclusão do montantes dessas saídas na apuração da Receita Bruta, para efeito de cálculo do ICMS devido mensal, pelo sujeito passivo, ao Estado da Bahia, não há discordância entre as partes, conforme os recortes de textos retirados da manifestação de defesa do sujeito passivo abaixo destacado:

[...] inexistia qualquer obrigatoriedade do contribuinte no que se refere à realização do destaque do ICMS nas transferências ocorridas, motivo que justifica a inexistência de pagamento do imposto, bem como das anotações relativas às operações nas quais ele não incidia.

[...] não é por outro motivo que a empresa autuada não destacava as notas referentes às operações de simples transferência de produtos para empresas do seu titular, [...]

Na realidade a lide se instala quanto ao aspecto do dependente argüir a não incidência do ICMS em operações de saídas a título de transferências para estabelecimento do mesmo contribuinte, independentemente de estar estabelecido no Estado da Bahia ou em outra unidade da Federação, por quantum da Súmula 166 do STJ, bem assim as disposições do inciso XI, que faz parte integrante do art. 505 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e inciso VI, do § 2º, do art. 270, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12; dispositivos estes que trazem orientações de procedimentos fiscais aos contribuintes do ICMS, com regime de apuração simplificado do imposto, mediante o pagamento em função da receita bruta, ao qual se insere o sujeito passivo.

Assim dispõe o inciso XI do art. 505 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e o inciso VI, do § 2º, do art. 270, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12:

Art. 505 (...)

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

Art. 270 (...)

§ 2º: Relativamente à hipótese prevista no inciso V

VI - Não serão computados na apuração da receita bruta os valores das saídas por transferência de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo titular.(Grifos acrescidos)

Como bem dispõe o inciso XI, do art. 505, não serão computados na apuração da receita bruta, relativo a apuração da base de cálculo do imposto, relativo aos contribuintes optantes do regime simplificado, os valores das saídas por transferências de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo titular, optantes pelo regime aludido no “caput”. No caso específico trata-se de transferência de mercadorias, conforme o demonstrativo às fls. 10/23, para estabelecimento do mesmo contribuinte, porém situado em outra unidade da Federação, no caso específico São Paulo, portanto não abarcado pelas disposições do citado inciso.

Por sua vez, em relação às disposições do inciso IV, do art. 270, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, em que pese não se ter a expressão “optantes pelo regime aludido no ‘caput’”, há de se interpretar que tais transferências de mercadorias dizem respeito, eminentemente, entre estabelecimento do mesmo titular, que estejam usufruindo dos incentivos fiscais esculpido nesse artigo do novo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, cujos os efeitos entraram em vigor no dia 01/04/2012.

No intervalo entre 01/01/2012 a 31/03/2012, as regras de procedimentos fiscais do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, objeto em análise, foram editadas pelo Decreto nº 13.339, expedido em 07/11/2011, que procedeu a alterações no Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que, dentre outras alterações, assim determinou nos §§ 3º e 4º, inc. IV, art. 8º a seguir destacado:

§ 3º - A partir de 1º de janeiro de 2012, fica concedido crédito presumido do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher, em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações ou prestações, aos contribuintes industriais do ramo de vestuário, calçados e artefatos de tecidos, cuja receita bruta mensal média não ultrapasse o valor de R\$ 1.200.000,00 (hum milhão e duzentos mil reais), de forma que a carga tributária nas operações próprias seja equivalente a 4% (quatro por cento), observado o disposto no Ver tópico (Grifo acrescido)

§ 4º - Relativamente à hipótese prevista no § 3º:

VI - não serão computados na apuração da receita bruta os valores das saídas por transferências de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo titular;(Grifo Acrescido)

Como se observa, a redação do § 4º, inc. IV, do art. 8º, do Decreto nº 13.339, expedido em 07/11/2011, é o

mesmo apresentado no art. 270 do novo RICMS/12, que entrou em vigor 01/04/2012. É de se interpretar de que o crédito presumido concedido nos dois instrumentos legais destacados é no sentido de quem possam usufruir são, apenas, os contribuintes que optaram pelo Regime de Apuração Especial, com pagamento do imposto sobre a Receita Bruta à alíquota de 4%, no caso em análise estabelecido no Estado da Bahia e não em outras unidades da Federação, como assim argüi o defendente.

De outra parte, destaca, ainda, o sujeito passivo, que, à época dos fatores geradores, inexistia qualquer obrigatoriedade do contribuinte no que se refere a realização do destaque do ICMS nas transferências ocorridas, motivo que diz justificar a inexistência do pagamento do imposto nessas operações.

Razão não se pode dar ao defendente, pois as disposições do XIV, do art.505 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e § 2º, inc. IX, do art. 270, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, assim dispunham, “in verbis”:

Art. 505 (...)

XIV- as saídas de mercadorias do estabelecimento serão documentadas por Nota Fiscal com o imposto destacado normalmente, se for o caso, ou por Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou pelos documentos que a substituem nos caso admitidos pela legislação. ”.(Grifos acrescentado)

Art. 270 (...)

§ 2º: Relativamente à hipótese prevista no inciso V

IX - as transferências e devoluções de mercadorias ocorrerão com destaque do ICMS, mas sem ônus tributário para o emitente. (Grifo acrescentado)

Também, não há como considerar que as operações de transferências para estabelecimento do mesmo contribuinte situado em outra unidade da Federação se tratam de operação realizada com não incidência do imposto, independentemente do regime de apuração do ICMS em que venha inserir o sujeito passivo, vez que estas operações de transferências estão sob a égide do inc. I, art. 12, da Lei Complementar nº 89/96, que dispõe sobre o imposto em operações relativas à circulação de mercadorias interestadual e intermunicipal, considera a ocorrência do fato gerador do ICMS em operações de saída de mercadorias de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Sobre a base de cálculo e apuração do imposto constante do demonstrativo de débito da infração às fls. 9 a 23 dos autos, vê-se o regime de apuração do sujeito passivo, como destacado na informação fiscal (fl. 93), é o simplificado previsto no artigo 505 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para os fatos geradores até o exercício de 2011; e no artigo 270, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 e § 3º do art. 8º, do Decreto nº 13.339, expedido em 07/11/2011, para os fatos geradores a partir do exercício de 2012, na apuração do imposto de competência do Estado da Bahia.

Como tal, as disposições do artigo 505, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o imposto é calculado de forma progressiva sobre a receita bruta mensal, alcançando à alíquota máxima de 4%, no caso em exame, em todo o período da ação fiscal até 31/12/2011 o sujeito já vinha sendo tributado pela alíquota máxima, é o que se observa dos demonstrativos às fls. 24 a 31 dos autos. Por sua vez as disposições do artigo 270, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 e § 3º do art. 8º, do Decreto nº 13.339, que ditam as regras de cálculo do imposto sobre a receita bruta de forma que a carga tributária seja de 4%.

Assim, têm-se que o demonstrativo de apuração do imposto, às fls. 10 a 23 dos autos, está em total consonância com as orientações dos dispositivos legais vigentes à época dos fatos geradores, vez que foi calculado de forma que a carga tributária alcançasse o percentual de 4% sobre a receita bruta mensal, considerando a inserção, na apuração do imposto simplificado, as operações de transferências de mercadorias para sua unidade estabelecida no Estado de São Paulo. Em sendo assim, entendo subsistente a autuação. Infração 1 procedente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2ªJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Destacou não haver discordância entre as partes, no que toca a ausência do destaque, nas notas fiscais, do ICMS devido nas operações de saídas a título de transferências (CFOP 6151) para estabelecimento do mesmo contribuinte situado no Estado de São Paulo e a falta de inclusão dos montantes dessas saídas na apuração da Receita Bruta, para efeito de cálculo do ICMS devido mensal, pelo sujeito passivo, ao Estado da Bahia, bem como que a lide diria respeito à arguição do Autuado de que não incidiria o ICMS em operações de saída a título de transferência para estabelecimento do mesmo contribuinte, independentemente de estar estabelecido no Estado da Bahia ou em outra unidade Federativa;
- b) Julgou procedente a infração, sob o argumento de que a interpretação do crédito presumido

concedido pelo inciso XI do art. 505 do RICMS/BA e no § 4º, inc. IV, do art. 8º, do Decreto nº 13.339, seria no sentido de que, quem possa usufruir seriam, apenas, os contribuintes que optaram pelo Regime de Apuração Especial, com pagamento do imposto sobre a Receita Bruta à alíquota de 4%, estabelecido no Estado da Bahia e não em outras unidades da Federação, como arguido pelo defendente;

- c) Ademais, justificou seu posicionamento sob a justificativa de que ao sujeito passivo, à época dos fatores geradores, a obrigatoriedade do destaque do ICMS nas transferências entre estabelecimentos, conforme redação do inciso XIV, do art. 505, e inciso IX, do art. 270; ambos do RICMS/BA, bem como que o inciso I, do art. 12, da Lei Complementar nº 89/96, que dispõe sobre o ICMS, considera a ocorrência do fato gerador do tributo, a saída de mercadorias de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
- d) Por fim, sustentou que o demonstrativo de apuração do imposto estaria em total consonância com as orientações dos dispositivos legais vigentes à época dos fatos geradores, vez que teria sido calculado de forma que a carga tributária alcançasse o percentual de 4% sobre a receita bruta mensal, considerando a inserção, na apuração do imposto simplificado, as operações de transferências de mercadorias para sua unidade estabelecida no Estado de São Paulo.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 116/135)**.

- i. Alegando que seria tributada pelo ICMS tomando como parâmetro a sua receita bruta, tendo em vista preencher os requisitos do art. 505 do Decreto nº 7.886/00. Seguiu arguindo que a receita bruta compreenderia o produto total da venda nas operações do contribuinte, o ICMS seria tributável apenas nos casos em que houvesse receita oriunda da comercialização de mercadorias. Dessa forma, conclui que as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não poderiam ser tributados pelo ICMS, fato que seria respaldado pelo inciso XI, do art. 505, do Decreto nº 7.886/00 – vigente à época da infração – e do inciso VI, do §2º, do art. 270 do RICMS/BA. Ademais, na época em que os fatos geradores foram praticados, a Súmula 166 do STJ já era pertencente ao sistema jurídico;
- ii. Destacou que, diante da omissão da antiga norma regulamentadora do ICMS no Estado da Bahia, que regia os fatos à época da suposta infração, inexistiria qualquer obrigatoriedade do contribuinte no que se refere à realização do destaque do ICMS nas transferências ocorridas. Pontuou que tal deficiência somente teria sido sanada com a promulgação do RICMS de 2012;
- iii. Consignou farta jurisprudência acerca da não incidência do ICMS das operações de transferência;
- iv. Por fim, requereu que, caso suas alegações não fossem acolhidas, que, ao menos, fossem observadas as hipóteses de aplicação da equidade, previsto no art. 159 do Decreto de nº 7.629/99, para efeito de redução/exclusão de multa.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ªJF 6 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 43.540,89 (quarenta e três mil quinhentos e quarenta reais e oitenta e nove centavos), em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

Independente do debate acerca da interpretação e aplicação dos arts. 270 e 505 do RICMS/BA entendo que todo o pano de fundo da questão se resume à incidência do ICMS nas operações de transferência.

Entendo que a transferência de mercadorias, entre estabelecimentos do mesmo titular é mera movimentação de bens de um estabelecimento para outro, sendo uma circulação física, onde não há circulação jurídica ou econômica do bem, não constituindo, portanto, fato gerador do ICMS.

Não há hipótese de incidência do ICMS se não ocorre a mudança de titularidade do proprietário da mercadoria, o que, de fato, não ocorreu no presente caso, pois se trata da transferência de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado do seu centro de distribuição para uma de suas filiais.

A Súmula nº 166 do STJ já pacificou entendimento no sentido que “não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Veja que a súmula não faz menção a mesma unidade federativa ou à destinação do bem, pelo contrário, ela é utilizada justamente nos casos em que ocorre transferência interestadual de mercadoria, de um mesmo titular, senão vejamos:

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. Precedentes: [...]*

2. *"Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).*

3. *A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"*

4. *A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.*

5. *"Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37)*

6. *In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica do recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. Precedentes: [...] (Resp 1125133 SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010).*

O entendimento também é consolidado no Supremo Tribunal Federal:

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. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO.

(...) 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).

De fato, entendo que a tributação pelo imposto referido tão somente ocorre quando houver mudança de titularidade da mercadoria. Desimportando, no caso de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, que estes estejam situados em Estados diferentes." (AREsp 069931.Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS. Data da Publicação .21/11/2011)

O STF em outros recentes julgados confirmou sua posição e foi além. De fato, em um julgado proferido em 30.05.2014 pela Primeira Turma do STF se verifica que a Corte Suprema “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” (ARE 756636 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, publicado em 30/05/2014).

Um mês depois da publicação do julgado mencionado, o STF, agora pela Segunda Turma, decidiu que na transferência de bem entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, mesmo quando há agregação de valor à mercadoria ou sua transformação, não incide o ICMS, pois não ocorre a transferência de titularidade (AgReg. no Recurso Extraordinário nº 765486, AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Publicado em 04/06/2014).

Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal entende que não incide ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias, bem como naquelas transferências de mercadorias que sofreram processo de nova industrialização.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia também já se posicionou sobre o tema. Veja-se da Decisão recente proferida pela 3ª 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, ainda mais em se tratando de legislação de 1996, 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 e certamente trará prejuízo ao erário, em uma possível condenação em honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça.

Não podemos nos acomodar à mera aplicação da lei estadual, uma vez que a mesma tem que se coadunar com o CTN e a própria Constituição Federal. Se assim não for, estaremos sempre beneficiando o mau legislador, em detrimento do contribuinte, imputando-lhe um ônus desnecessário, de ter que fazer seu direito ser respeitado na esfera judicial.

O papel do processo administrativo é possibilitar à Administração rever seus próprios atos quando eivados de erro, e assim devemos agir.

E tal situação apenas foi pacificada pelas recentes decisões exaradas pelas duas turmas do STF.

O que mais é necessário para se reconhecer que a transferência não é fato gerador do ICMS? Existem reiteradas decisões de Tribunais Superiores, Súmula do STJ, Decisão do STJ em sede de Recurso Repetitivo, Decisões das duas turmas do STF. A insistência em se buscar fundamentações das mais diversas para se negar a aplicação das referidas decisões acaba sendo um fato prejudicial ao Estado, que permanecerá arcando com a sucumbência judicial.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o lançamento.

VOTO VENCEDOR

Peço vênias ao nobre relator para manifestar posição divergente, relativamente às operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica.

Diferentemente do que afirma o i. relator, há incidência, sim, de ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, nos termos do art. 12, inciso I da LC 87/96, norma esta que continua vigente, pois não foi revogada nem declarada inconstitucional, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Tal regra se encontra, inclusive, reproduzida em toda a legislação infraconstitucional.

Ademais, refoge, à competência desse colegiado, a apreciação de arguição incidental de inconstitucionalidade da norma posta, conforme previsto no art. 125, I, da Lei nº 3.956/81.

Quanto à referência, feita pelo relator, à Súmula nº 166 do STJ, é importante que se diga o seu enunciado não tem o condão de vincular os atos administrativos desse Estado, bem como não afasta a aplicabilidade da legislação tributária pertinente, acima já referida, a qual 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.

Cabe, ainda, mencionar o parecer da lavra da PGE/PROFIS, relativo a outro processo (A. I. Nº 269139.0003/12-6), no qual ressalta que a Decisão do STJ possui uma lógica que somente se aplica às operações ocorridas dentro dos lindes de um único Estado Federado, pois não possui qualquer relevância econômica, por conta o mecanismo da não-cumulatividade. Entretanto, nas transferências interestaduais esta lógica não funciona, haja vista que a operação comercial engendrada da circulação econômica irradia reflexos em outro Estado da Federação, restando prejudicado o Estado remetente da mercadoria, num autêntico atentado ao princípio federativo e ao princípio da não-cumulatividade, decorrente da utilização de alíquotas constitucionalmente diferenciadas.

Desta forma, no entender da douta PGE, faz-se necessário limitar a aplicação do comando sumular apenas aos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte num único Estado da Federação, o que não é o caso dos autos.

Assim, considerando que o enunciado da Súmula 166 não se aplica às operações interestaduais, entendo que não pode prevalecer o entendimento esposado no voto do i. relator. Logo, diante de tais considerações, quero apresentar voto divergente, negando provimento ao Recurso Voluntário para manter a decisão recorrida.

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 **087016.0028/15-0**, lavrado contra **ROUPAS PROFISSIONAIS VEST LTDA. (W.WORK)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.540,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral Oliveira, Denise Mara Andrade Barbosa e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva, Tiago de Moura Simões e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS