

**PROCESSO** - A. I. N° 279692.0002/16-1  
**RECORRENTE** - OI MÓVEL S/A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0199-02/16  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 10/05/2017

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0108-12/17

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, inclusive por transferência, quando as mercadorias são destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento destinatário. Nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, é devido o ICMS por diferença de alíquotas. O instituto da diferença de alíquotas possui base constitucional e legal (artigo 155, §2º, inciso VIII, da Constituição Federal; artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96 e artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, da Lei Estadual nº 7.014/96), aos quais não se pode negar aplicação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente a presente autuação, por meio da qual foi imputado ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade:

*Infração 1 - deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$284.201,35, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no período de maio a dezembro de 2015. Multa de 60%.*

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa com os seguintes fundamentos:

### VOTO

*Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.*

*Pelo que pude inferir da demanda em tela, a Impugnante foi acusada de não haver recolhido o ICMS incidente em seus recebimentos por transferência de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento.*

*Em sua defesa argúi pela ilegitimidade da acusação, sobretudo buscando albergue na Súmula 166 do STJ, que determina não haver incidência do ICMS nos casos de deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos filial. Todavia a Súmula 166 do STJ ("Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte") foi publicada no dia 23 de agosto de 1996, mês anterior a publicação da LC 87/96, que determina expressamente no inciso I do Art. 12 que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento "da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular".*

*Em outro giro, todavia ainda tratando da arguição de impossibilidade de incidência do ICMS por não haver circulação jurídica, por se tratar de circulação física entre estabelecimentos da mesma empresa, entendo que esta circunstância não descaracteriza a ocorrência da circulação jurídica, sobretudo considerando ser o ICMS um imposto de competência estadual e a regra que impõe a autonomia dos estabelecimentos, que tem por*

*fundamento o art. 11, § 3º, inciso II da Lei Complementar 87/96, in verbis:*

*“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:*

*[...]*

*II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”*

*Além disso, já se encontra por demais pacificado neste CONSEF o entendimento de que é legalmente devida, nas transferências interestaduais, a exigência do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, a exemplo das decisões prolatadas nos Acórdãos de nºs 001-11/14, 263-12/14, 375-11/14 e 0169-02/16, de lavra das 1ª e 2ª Câmaras de Julgamento Fiscal e 2ª Junta de Julgamento Fiscal.*

*Sendo assim, a sua tese da não incidência do ICMS, no caso em tela, não pode prosperar, sobretudo porque a acusação se refere à diferença de alíquota, e conforme previsão da XV do Art. 4º da Lei 7.014/96, esta tributação, considerando a autonomia dos estabelecimentos e a competência estadual do ICMS, é perfeitamente cabível nas transferências interestaduais.*

*Quanto a arguição contra a multa aplicada de 60%, em face do princípio da razoabilidade e do princípio do não-confisco, em que clama a Impugnante que deve ser declarada ilegítima para prestigiar o Texto Constitucional, informamos que se trata de exação inserta da Lei Estadual e portanto legítima, não restando a esta JJF competência para afastar sua aplicação ou mesmo para reduzir seu percentual.*

*E sendo assim, considerando que não houve qualquer resistência ao valor do ICMS imputado pela autuação, nem mesmo qualquer arguição quanto a materialidade da acusação, encerro o presente voto declarando-o pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração sob julgamento.*

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, argumentando que o autuante incorreu em equívoco, haja vista que *“o imposto previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988, a saber, o ICMS, incide, como o próprio nome diz, sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, envolvendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação”*.

Afirma que a discussão sobre a circulação entre estabelecimentos do mesmo contribuinte iniciou-se com a edição do Decreto-Lei nº 406/1968 e do Convênio ICM 66/88, que previam a incidência do tributo *“na saída da mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”*, e que o Superior Tribunal de Justiça resolveu a questão editando a Súmula nº 166, em 1996, que dispõe que *“não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Prossegue dizendo que a publicação da Lei Complementar nº 87/96, estabelecendo a mesma ilegalidade, levou o STJ a reafirmar o entendimento consolidado no enunciado da Súmula nº 166, por meio do julgamento do Recurso Representativo da Controvérsia REsp nº 1.125.133, ocorrido em 2010, que transcreveu.

Alega que a Decisão recorrida encontra-se em dissonância com o entendimento dos Tribunais Superiores, uma vez que *“o ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos possuidores originários a outros ou aos consumidores finais”*, o que não é o caso desta autuação, na qual são listadas apenas operações de transferências entre seus estabelecimentos, ainda que em Estados diferentes.

Reproduz diversas decisões judiciais e alerta para o fato de que, *“caso o Auto de Infração seja julgado procedente, tal entendimento aqui mantido será inequivocamente afastado pelo Poder Judiciário, em consonância com a farta jurisprudência ora colacionada, o que acarretará no cancelamento do Auto de Infração em discussão, além do pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência por esta Procuradoria do Estado da Bahia, que serão fixados entre 8% (oito por cento) e 10% (dez por cento) do proveito econômico obtido, nos termos do que*

*dispõe o artigo 85, § 3º, inciso II, do Novo Código de Processo Civil”.*

Argumenta, ainda, que a multa é confiscatória, prática vedada pelo artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, pois *“vai muito além do intuito de punir a prática do contribuinte para transmutar-se em ferramenta indireta de arrecadação tributária, estabelecendo, na prática, uma dupla incidência do tributo ou, até mesmo, a duplicação da alíquota estabelecida pelo legislador para a cobrança do ICMS incidente na operação, que, como é evidente, confere vestes de expropriação à exigência fiscal, atacando o patrimônio do contribuinte”.*

Discorre sobre o princípio do não-confisco, transcreve a doutrina e a jurisprudência a respeito e conclui que *“a norma do Estado da Bahia instituiu penalidade em 60%, ora em patamar superior ao recomendado pelo princípio da razoabilidade e com isto, violou o princípio do não-confisco, razão pela qual há de ser declarada a sua ilegitimidade a fim de prestigiar o Texto Constitucional”.*

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração ou, sucessivamente, o cancelamento ou a redução da penalidade ao patamar de 20%, no máximo.

## VOTO

Exige-se o ICMS em decorrência da diferença entre as alíquotas pela entrada, em operações de transferências interestaduais, de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento.

O recorrente se insurgiu em relação às operações de entradas por transferência de outros estabelecimentos da empresa, sob o argumento de que não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS, uma vez que não houve a mudança de titularidade, nem a circulação jurídica dos bens, posicionamento esse que não encontra ressonância na jurisprudência deste CONSEF.

O entendimento predominante nesta corte administrativa é o de que, mediante uma ficção legal, convencionou-se que, no âmbito do ICMS, os estabelecimentos são autônomos (artigo 11, §3º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96) e, como tal, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular ocorre o fato gerador do ICMS, conforme o inciso II do artigo 12 da citada Lei Complementar:

*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;*

Também se pode acrescentar que, em tais hipóteses, o legislador objetivou, em verdade, uma repartição, entre os Estados envolvidos nas operações, das receitas oriundas da tributação, deixando de lado o conceito, puro e simples, do que se entende por “circulação jurídica” e enfatizando o aspecto financeiro e arrecadatório.

Saliento que a legislação estadual (artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96) prevê a obrigação de efetuar o pagamento da diferença de alíquotas do ICMS por ocasião da entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, ainda que enviados por outro estabelecimento do mesmo titular.

*Art. 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;*

*(...)*

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*(...)*

*XV- da entrada ou da 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 subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.*

Vale a pena transcrever um excerto do voto proferido pelo julgador José Bizerra Lima Irmão no Acórdão JF nº 0061-03/11, a respeito da matéria:

*Analisarei em conjunto os itens 5º, 6º, 7º e 8º, haja vista a identidade de motivação jurídica – falta de pagamento da diferença de alíquotas. A defesa dá ênfase a dois aspectos, o primeiro referente ao direito ao crédito do imposto e o segundo, às transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.*

*No que concerne ao primeiro aspecto praticamente não há o que dizer, pois, com todo o respeito devido à tese defensiva, nela há uma ligeira confusão de conceitos entre o “direito ao crédito” e a figura da “diferença de alíquotas”. O direito ao crédito é inegável, porém ele se aplica é para fins de abatimento no cálculo do imposto a ser pago em “operações subsequentes” (ou “prestações subsequentes”, conforme o caso), ao passo que a diferença de alíquotas é devida em situações em que “não haverá” operações subsequentes (ou prestações), haja vista que os bens ou materiais adquiridos se destinam ao ativo permanente do destinatário ou a seu uso ou consumo. Porém, apenas para aprofundar a análise da questão suscitada, pode-se até dizer que no cálculo da diferença de alíquotas existe um subjacente “aproveitamento de crédito”, se não juridicamente, mas pelo menos matematicamente, uma vez que, como o destinatário paga apenas o equivalente à “diferença” entre as alíquotas, termina por consequência ficando de fora a parcela do imposto pago na operação (ou prestação) anterior.*

*Quanto ao segundo aspecto, a defesa, trazendo à baila os conceitos de “circulação” e de “mercadorias”, sustenta a tese de que não existe circulação nos casos de transferências de “bens” entre estabelecimentos da mesma empresa.*

*Devo louvar o esmero com que a defesa expôs a sua tese. Demonstra estar em boa companhia, haja vista a doutrina citada, com respaldo em decisões judiciais sem dúvida respeitáveis. Há inclusive súmula do STJ sobre a matéria.*

*A questão é esta: considerando-se que, no âmbito dos negócios mercantis, o ICMS tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias, incidiria o imposto nos casos de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular? Ou por outra: a transferência é uma operação de circulação de mercadorias? E bens de uso são mercadorias?*

*A Constituição, ao outorgar às unidades federadas a competência para instituir o tributo em exame, demarcou o âmbito de sua aplicação: operações de circulação de mercadorias, prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais e prestações de serviços de comunicação.*

*Observe-se que o legislador constituinte não disse que o imposto recai sobre “vendas”. Na descrição do fato jurídico tributável, o núcleo é o vocábulo “operações”, seguindo-se o qualificativo destas: “relativas à circulação de mercadorias”. O imposto não incide, portanto, sobre as mercadorias, e tampouco sobre a sua circulação. A incidência é sobre as “operações”, desde que estas digam respeito a circulação de mercadorias.*

*Quanto ao conceito de “mercadorias”, este deve ser analisado em seu sentido estrito e em seu sentido amplo. Em sentido estrito, mercadorias são bens móveis destinados a atos de comércio. Com esse sentido, somente se consideram mercadorias os bens móveis que sejam objeto de negócios por parte de determinada pessoa física ou jurídica com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Por conseguinte, em se tratando de pequenos negócios efetuados eventualmente, como, por exemplo, quando um cidadão vende o seu relógio, o seu computador ou a sua bicicleta, ou quando uma empresa se desfaz de bens do ativo imobilizado, os bens objetos de tais negócios não se consideram mercadorias. Já em sentido amplo, o termo “mercadorias” é sinônimo de “bem móvel”. E nesse caso não se exigem os requisitos da habitualidade ou da quantidade. Por exemplo, na importação de mercadorias ou bens do exterior, ainda que o importador esteja importando um único bem e seja a primeira vez que importa algo, ocorre o fato gerador do imposto, não interessando saber se o objeto importado se destina ou não a atos de comércio (Constituição, art. 155, § 2º, IX, “a”). É também com base no sentido amplo do conceito de mercadoria que o legislador constitucional fixou a competência para a instituição e cobrança da diferença de alíquotas, referindo-se textualmente a “bens e serviços”, e não a “mercadorias e serviços” (Constituição, art. 155, § 2º, VII, “a”, e VIII).*

*Quanto ao vocábulo “circulação”, cumpre notar que existem três modalidades de circulação: circulação física, circulação jurídica e circulação econômica. Nenhuma dessas espécies de circulação, isoladamente considerada, dá ensejo à cobrança do imposto de que ora se cogita. Circulação física sozinha, sem uma prévia ou concomitante circulação jurídica, não autoriza a cobrança do tributo. Do mesmo modo, circulação econômica, apenas, sem circulação física e jurídica, não constitui fato tributável. Também não é tributável a simples circulação jurídica, sem circulação econômica ou física, a menos que, por meio de uma presunção um de uma*

*ficção legal, seja expressamente estabelecida a incidência tributária nos casos e nos estritos termos previstos em lei.*

*Retomo agora as considerações acima pontuadas acerca do vocábulo “operações”.*

*A Constituição não define o que sejam operações. A legislação infraconstitucional também não se preocupou em estabelecer tal conceito. A doutrina, de um modo geral, considera operação, para efeitos de ICMS, todo ato ou negócio hábil a provocar a circulação de mercadorias. Ou por outra, operação é o ato ou negócio jurídico de que decorra a mudança de titularidade do bem. Porém a mudança de posse também constitui uma operação, quando o novo detentor do bem pode dele dispor como se fosse o seu dono. Se, por exemplo, um comerciante envia mercadorias para uma oficina a fim de ser feito determinado conserto, não há nesse caso uma operação, pois o bem apenas circulará fisicamente, permanecendo sob o domínio do remetente. A oficina terá nesse caso apenas a posse, não tendo poderes para alienar o bem, o qual deverá retornar ao estabelecimento de origem após o conserto. Porém, se o mesmo comerciante remete mercadorias para terceiro em consignação, embora não haja nesse momento a transmissão da propriedade das mercadorias, o consignatário, apesar de não ser o seu dono, pode dispor delas. A consignação mercantil é, portanto, uma operação mercantil.*

*No caso de transferência – remessa de bens entre estabelecimentos do mesmo titular –, cumpre observar que esta, em princípio, não seria uma operação, haja vista que ninguém pode efetuar uma operação consigo próprio. No direito comum os diversos estabelecimentos de um mesmo titular constituem uma só pessoa. E também perante o imposto de renda isto é inobjetoável.*

*Todavia, mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96:*

*“§ 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:*

*.....*  
*II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”*

*A autonomia dos estabelecimentos é reforçada pelo art. 12, I, ao estabelecer que o fato gerador do ICMS se considera ocorrido no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular:*

*“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;”*

*Por conseguinte, juridicamente os estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados autônomos, e, em decorrência dessa ficção legal, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do ICMS.*

*O imposto lançado nos itens 5º, 6º, 7º e 8º deste Auto diz respeito à obrigação de ser feito o pagamento da diferença de alíquotas nas “aquisições” de bens de uso, consumo ou ativo fixo procedentes de outros Estados. A palavra “aquisições” foi empregada aí em sentido amplo, compreendendo as “entradas” daqueles bens quando procedentes de outros Estados, conforme prevê o art. 5º, I, do RICMS.*

*Considero ultrapassadas as objeções da defesa. As decisões dos tribunais superiores, como a doutrina, constituem balizamentos respeitáveis, porém não são vinculantes.”*

**Por fim, não pode ser acatado o argumento recursal, de que a multa é confiscatória, considerando que está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96 e não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a seguir transcritos:**

**Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:**

**I - a declaração de inconstitucionalidade;**

**(...)**

**III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.**

**Também não há como atender ao pleito do recorrente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.**

**Saliente-se, por último, que o autuado não contestou os valores indicados no lançamento de**

ofício.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo íntegra a Decisão recorrida.

### VOTO DIVERGENTE

Peço a devida vênia para discordar da ilustre Relatora quanto ao seu posicionamento em relação ao lançamento de ofício ora guerreado, no qual, entendo assistir razão ao Recorrente no que tange ao DIFAL cobrado sobre as notas de transferências.

Isso porque 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, sendo mera movimentação de bens de um estabelecimento para outro, não constitui fato gerador do ICMS.

É notório que não ocorreu a mudança de titularidade do proprietário da mercadoria 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”*.

Mesmo tendo a Súmula nº 166 sido publicada em data 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)*

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 se vê 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 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.*

Sendo assim, no presente caso, considerando que não é fato gerador do ICMS a mera circulação física de mercadorias, entendo que sobre as operações de transferências (em que não há transferência de propriedade), não incide também o diferencial de alíquota e por esta razão voto no PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar 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, mantendo a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0002/16-1** lavrado contra **OI MOVEL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$284.201,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, 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 DIVERGENTE – Conselheiro: Tiago de Moura Simões, Paulo Sergio Sena Dantas e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

TIAGO DE MOURA SIMÕES - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS