

PROCESSO - A. I. Nº 210943.1113/16-6
RECORRENTE - OI MÓVEL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 4º JJF nº 0019-04/17
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/12/2017

1ª JCÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0330-11/17

EMENTA: ICMS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. Operações de saídas de material de consumo do mesmo contribuinte situado em outra unidade da Federação, sem destaque o imposto. Não acatada a tese de inexistência de fato gerador da obrigação tributária no caso de transferências. Os estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular são juridicamente autônomos. Nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do imposto. As decisões dos tribunais superiores, como a doutrina, constituem balizamentos respeitáveis, porém não são vinculantes. Infração caracterizada. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão de piso que julgou Procedente, o presente Auto de Infração, lavrado em 08/07/2016, pela seguinte irregularidade: *Infração 01 – 52.01.02 “Não registrou como tributada as operações interestaduais de transferência de mercadoria para uso e consumo (Notas Fiscais nºs 5174, 5176 e 5177) sob o fundamento de que as mesmas encontram-se amparadas por benefício fiscal de isenção; contudo o referido benefício, nos termos do Convênio CONFAZ 70/90 cc art. 265, inciso XXII, letra "b" do Decreto Regulamentar nº 13.780/2002 restringe-se às operações internas, de maneira que o registro correto das operações no campo CST é o 000 (produto de origem nacional em operação integralmente tributada)”*.

Após apresentação da defesa (fls. 21/34) e da informação fiscal (fls. 65/67), a JJF julgou o Auto de Infração Procedente, nos seguintes termos abaixo transcritos:

VOTO

A acusação fiscal refere-se à “falta de destaque do ICMS em operação de devolução de mercadorias tributadas”, sendo dado como infringido o disposto no art. 34, incs. VI-A, XII e XV da Lei nº 7.014/96 C/C art. 451, do RICMS/BA, e aplicada à multa capitulada no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda na descrição dos fatos: “Não registrou como tributada as operações interestaduais de transferência de mercadoria para uso e consumo (Notas Fiscais nºs 5174, 5176 e 5177) sob o fundamento de que as mesmas encontram-se amparadas por benefício fiscal de isenção; contudo o referido benefício, nos termos do Convênio CONFAZ 70/90 cc art. 265, inciso XXII, letra "b" do Decreto Regulamentar nº 13.789/2002 restringe-se às operações internas, de maneira que o registro correto das operações no campo CST é o 000 (produto de origem nacional em operação integralmente tributada)”.

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que o relato da autuação não se coaduna com os dispositivos ditos como violados, os art. 34, incisos VI, “a”, XII e XV da Lei nº 7.014/96 C/C art. 451, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, impossibilitando de exercer amplamente o seu direito de defesa e ao contraditório.

Efetivamente foi constatado o equívoco apontado pelo defendente, fato reconhecido pelo próprio autuante, entretanto, tais divergências não ensejam a nulidade do Auto de Infração haja vista que o teor contido na descrição dos fatos, conjuntamente com os documentos de fls. 6 a 9 referentes às Notas Fiscais eletrônicas emitidas pela autuada de nºs 5174, 5176 e 5177, não deixam dúvidas quanto à caracterização da irregularidade cometida, ou seja, não registrou como tributada as operações interestaduais de transferência de mercadoria para uso e consumo. Portanto, pela descrição dos fatos o contribuinte entendeu a acusação e se defendeu, inclusive alegando a impossibilidade da cobrança de ICMS nas operações de transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos de mesmo contribuinte. Desse modo, não acolho a nulidade suscitada.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, conforme disposto no artigo 158, do RPAF/BA.

No mérito, o sujeito passivo cinge-se, em síntese, a argumentar que as transferências de material de consumo não se constituem em operações de circulação de mercadorias, conforme sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça; e que não houve prejuízo ao Erário.

Não acato o argumento defensivo, pois o ICMS é um imposto que recai sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e não exclusivamente sobre operações de vendas de mercadorias, o que significa dizer que independente de não haver circulação jurídica, ou mesmo circulação econômica, pode haver a incidência deste imposto.

As operações de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, portanto, constituem-se em hipótese de incidência do ICMS, por expressa determinação da Lei Complementar nº 87/66, em seu art. 12, inciso I, abaixo transcrito, repetida no art. 4º, inciso I da Lei nº 7.041/96:

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 relação a edição da Súmula nº 166, citada pelo recorrente, esta não tem o condão de afastar a exigência fiscal, visto que a autuação refere-se à falta de pagamento do ICMS relativo as operações de transferências de mercadorias cuja previsão encontra-se prevista na Constituição Federal, bem como as decisões dos tribunais trazidas pelo contribuinte, visto que não se revestem de efeito vinculante. Logo, a acusação é subsistente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário com intuito da obtenção da reapreciação de Piso, com fulcro no art. 169, I, b do RPAF, abrigado no artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional, trazendo as seguintes razões do Recurso Voluntário:

Cita a tempestividade do Recurso Voluntário, dizendo que o prazo começou a fluir em 12 de abril de 2017 vindo a findar-se em 01 de maio de 2017 e que em decorrência do feriado nacional do dia do trabalho veio a ser postergado para 02 de maio de 2017.

Comenta em breve resumo sobre, de Auto de Infração contra a filial da Recorrente localizada neste estado, em decorrência ausência de recolhimento do ICMS em operações interestaduais de transferência de mercadoria para uso/consumo, no valor de R\$ 311.303,85, assim como aplicação de multa no percentual de 60%.

Afirma, que Autuada demonstra, que a operação se tratou de mero deslocamento de mercadorias realizadas entre estabelecimentos de mesmo contribuinte, e que tal operação está revestido da isenção do ICMS conforme, dispõe o enunciado da Súmula nº 166 do STJ.

Traz decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, assim como os devidos fundamentos, afirmando que o i. julgador equivocaram-se em suas razões, aduzindo reforma integralmente, com pleito da improcedência do Auto de Infração.

Reitera que o ilustre fiscal, na lavratura do auto de infração, partiu de premissas equivocadas, as quais foram admitidas indevidamente pela Junta de Julgamento Fiscal, e que pretende demonstrar.

Comenta o disposto no artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988, afirmando que, 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.

Aduz que a discussão sobre a circulação de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, que não envolve atos de mercancia, iniciou-se com a edição do Convênio ICM 66/88, trazendo no bojo do art. 2º quando afirma que *“na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”*.

Procura agasalho no artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988, citando que, 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.

Esclarece que a discussão sobre a circulação entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, tem início com edição do Convênio ICM 66/88.

Prima sua posição de que o Superior Tribunal de Justiça tornou-se essencial para resolução da lide com edição da Súmula nº 166.

Afirma que o enunciado tem como referência o que dispunha também o Decreto Lei 406/1968, considerava o fato gerador, determinado pela Carta Magna, ao incluir como contribuintes os diversos estabelecimentos que praticassem entre si com habitualidade operações de circulação de mercadorias, considerando-os autônomos.

Confirma revogação do Convênio ICM 66/88 e sua substituição pela Lei Complementar nº 87/96-Lei Kandir, e mais uma diz que, *"esta foi editada na mesma linha deste último por, no seu art. 12, estabelecer situação diversa da prevista na Constituição Federal para incidência do imposto, ampliando o conceito de forma ilegal, eis que o legislador constitucional claramente só considerou fato gerador na ocorrência de negócio jurídico mercantil, o que não existe em mera transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade"*.

Reitera entendimento contido na Súmula 166, e que, em decorrência de manutenção na nova legislação, levou inclusive o STJ a reafirmar o entendimento consolidado no enunciado da Súmula nº 166 que, permanece com sua plena validade até a presente data, através do julgamento do Recurso Representativo da Controvérsia (REsp nº 1.125.133), ocorrido no ano de 2010.

Diz que a recorrida se baseia de forma equivocada, na premissa de que a circulação jurídica de mercadorias ensejadora de ICMS ocorrerá quando esta se der *“entre estabelecimentos de uma mesma empresa”*:

Mais uma vez, busca abrigar-se na Súmula nº 166, e que o ponto aqui de discussão não é o quadro fático que permeia o caso, *"questão em debate, portanto, se limita ao entendimento manifestado pela Junta de Julgamento Fiscal, que se encontra em disparidade com o aquele já firmado nos Tribunais Pátrios e no próprio Superior Tribunal de Justiça"*.

Insiste, em que pese as razões elencadas na decisão recorrida, no que dispõe a Constituição Federal, no que tange o fato gerador do imposto, é de que este somente ocorre em *"OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO FÍSICA E ECONÔMICA COM TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE, na linha do entendimento já esmiuçado pelo professor Roque Antônio Carrazza"*:

Discorre ainda sobre a incidência do ICMS, afirmando que decorre da iniciativa do contribuinte que implique movimentação física e econômica de mercadorias, com transferência de titularidade.

Da ênfase da possibilidade de não movimentação física de mercadoria, permanecendo esta no mesmo lugar, mas, ocorrendo à transferência econômica e de titularidade, citando a operação de venda para entrega futura, tendo como consequência a incidência do imposto.

É enfático ao afirmar que, a "*transferência notadamente se deu de estabelecimentos de mesma titularidade do estabelecimento autuado e para estabelecimento localizado neste mesmo estado*", citando DANFES n.º 5176 (fl. 94), acrescentado que o imposto tem incidência sobre operações com mercadorias e não sobre simples "circulação" física de mercadorias e que somente a mudança de titularidade acarretará a abertura de espaço para tributação.

Volta abrigar seu entendimento, de que está lastreado em diversos acórdãos emanados do Supremo Tribunal Federal, Tribunal do Estado da Bahia, em recentíssimos acórdãos, pontificados às fls. 95/97.

Diz novamente que, mesmo havendo transferência para estabelecimentos da Autuada, de equipamentos para outras unidades da Federação, ausente a operação de mercancia, não é legítima a incidência do ICMS e salienta que no arcabouço jurídico encontra-se no acompanhamento da regulação da matéria nos diversos ramos do Direito (Tributário, Civil e Comercial), onde ratifica que não havendo mercancia não se configura circulação econômica.

Destaca 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*".

Afirma que a vista de toda a jurisprudência e doutrina que corroboram com a tese da Recorrente, o presente recurso deverá ser provido e o Auto de Infração n.º 201502057-6 deverá ser cancelado em sua integralidade.

Alega inexistência do Auto de Infração, salientando que, ainda que assim não fosse, a multa de 60% (sessenta por cento) imputada no caso presente não é razoável, trazendo a lume a posição da JJF nos termos a seguir.

"Quanto à arguição contra a multa aplicada de 60%, em face do princípio da razoabilidade 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 o seu percentual."

Cita que os i. Julgadores valeram-se de dispositivo da Fazenda Estadual para imputar a infração à Recorrente – o art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei n.º 7.014/96.

E, que tem natureza confiscatória na multa sob questão, citando a vedação pela Constituição Federal, que em seu artigo 150, IV, robustecendo sua tese com reconhecimento de jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra de sua Primeira Turma, transcrito em sua peça recursal as fls. 100/101, clamando ainda aos princípios jurídicos, dentre eles o "*da razoabilidade*".

Finaliza pedindo provimento ao Recurso Voluntário, com fins de seja julgado improcedente o Auto de Infração lavrado, afirmando da não incidência de "*ICMS sobre transporte de mercadorias entre filiais, nos moldes do que dispõe a Súmula 166 do STJ*". E ainda de forma subsidiária seja cancelada multa ou reduzida para 20% diante do caráter confiscatória de 60% lançada.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de 1ª Instância que entendeu pela Procedência do Auto de Infração, onde o recorrente insurge-se contra a infração, que fora objeto de inconformismo.

Preliminarmente, na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o

argumento de que o relato da autuação não se coaduna com os dispositivos ditos como violados, os art. 34, incisos VI, “a”, XII e XV da Lei nº 7.014/96 C/C art. 451, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, impossibilitando de exercer amplamente o seu direito de defesa e ao contraditório. Já no instrumento recursal, em suas assertivas, abarca principalmente a Súmula nº 166.

De pronto, nenhuma razão assiste ao recorrente, tendo em vista que ação fiscal foi executada no âmbito da legislação pertinente, encontrando-se todos os atos e imputações devidamente fundamentados pelo Auditor Autuante, além de ter sido o Processo Administrativo Fiscal, em oportunidade própria, objeto de informações Fiscal para análise de documentos e esclarecimentos, tendo o autuado se manifestado sobre as conclusões apresentadas.

Vale salientar que as razões recursais nada trazem de novo para a nulidade suscitada, restringindo basicamente a repetir a peça impugnatória, as quais fora devidamente e corretamente analisadas em Decisão de Primeira Instância.

No mérito, o contribuinte, no que tange a infração em tela, aduziu nulidade da autuação alegando ilegalidade em decorrência da edição da lei 87/96, por estar discordante com Constituição Federal para Incidência do imposto, assertiva esta que rechaço, em função da efetiva, de que a infração está tipificada nas *operações de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, portanto, constituem-se em hipótese de incidência do ICMS, por expressa determinação da Lei Complementar nº 87/66, em seu art. 12, inciso I, abaixo transcrito, repetida no art. 4º, inciso I da Lei nº 7.041/96:*

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 relação a multa aplicada de 60%, que diz ser de caráter confiscatória e abusiva discordo de assertiva em detrimento que a mesma está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, portanto objeto da legalidade.

Diante das circunstancias, comungo com a Decisão de piso, tendo em vista na medida em que os aludidos argumentos foram rechaçados e na fase recursal.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, ratificando a Decisão recorrida.

VOTO DISCORDANTE

Com a devida vênia, dirijo do posicionamento adotado pelo i. Relator no pertinente às transferências interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo.

Entendo que em se tratando de transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma filial, não há que se falar em incidência de ICMS, já que, como bem diz o mestre Carraza “*Sem mudança da titularidade da mercadoria, não há de se falar em tributação por meio do ICMS*”.

Tal entendimento já se encontra pacificado em nosso ordenamento jurídico, inclusive na Súmula nº 166, a qual dispõe que:

Súmula 166: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.

Inconteste tratar-se de mera transferência no caso em apreço, ou seja, simples remessa de mercadorias de um estabelecimento para outro, de mesma filial. Os documentos anexados que serviram de base para a produção dos demonstrativos são claros.

Em processo similar, em acórdão desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal de nº 0263-11/16, aderi ao voto divergente proferido pelo i. Conselheiro Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, que

claramente expôs o posicionamento por mim defendido em relação a tal matéria. Deste modo, transcrevo o magistral voto, *ipsi litteris*:

Ora, a autuação não merece prosperar porque não há que se falar em incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular.

A circulação de mercadoria tributável pelo ICMS é a circulação jurídica e não a simplesmente física, interessa a saída em razão da venda e que implica, necessariamente, na transferência de propriedade do bem. Este elemento compõe a hipótese de incidência tributária do ICMS, de modo que a mera circulação física, que não apresenta tal elemento, não constitui fato gerador do ICMS, está fora do âmbito de incidência do imposto.

A circulação física da mercadoria, como ocorre no caso de uma transferência de bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa, está fora do âmbito de incidência deste tributo. Não é fato gerador do ICMS.

Nesse sentido, a doutrina do professor Roque Carrazza:

“Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular a sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias.

É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança da titularidade da mercadoria, não há de se falar em tributação por meio do ICMS.

(...)

O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais”.

(ICMS, 10ª ed. Ed. Malheiros, p. 36/37) (grifamos)

Tal entendimento resta totalmente pacificado no âmbito dos Tribunais Superiores, STF e STJ, tendo este já editado uma Súmula a respeito:

Súmula 166: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DEMERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.

A Súmula 166 do STJ, que foi editada em 1996, continua sendo aplicada até hoje e foi, mais uma vez, confirmada no julgamento do REsp 1125133/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, em 2010:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ.

DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783.

Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008)

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

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

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

5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.

(...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 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 da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

(Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994) 7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1125133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010) (grifamos)

Assim, desde 1996 até hoje o entendimento do STJ é pacífico pela não incidência do ICMS sobre transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, como se pode perceber da decisão proferida em Junho/2012:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DESLOCAMENTO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, SEM TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE.

NÃO-CONSTITUIÇÃO DO FATO GERADOR. SÚMULA 166/STJ. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1.125.133/SP, MIN. LUIZ FUX, DJE DE 10/09/2010, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSES PRECEDENTES (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(AgRg no REsp 1271520/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012) (grifamos)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA - VALOR ADICIONADO - NÃO-OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

1. O cálculo do valor adicionado de participação do Município no produto da arrecadação do ICMS inclui o valor das mercadorias saídas – acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; sendo que as operações imunes do ICMS, entre as quais se inserem as que destinem energia elétrica a outros Estados da Federação (artigo 155, § 2º, X, "b", da CF/88), são computadas, para cálculo do valor adicionado em tela.

2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS, cujo fato impositivo demanda a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada para o cálculo do valor adicionado de participação do Município na arrecadação da exação pelo Estado Membro.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 933.890/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 1) (grifamos)

Por sua vez, o entendimento do STF também resta pacificado no mesmo sentido. Veja-se decisão recente proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Setembro/2012:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE

CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. 1. O SIMPLES DESLOCAMENTO DA MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE, NÃO CARACTERIZA A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES. 2. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO AO CRÉDITO DO VALOR ADICIONADO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL (LEI COMPLEMENTAR N. 63/1990). OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 3. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 466526 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012) (grifamos)

Ora, não se pode fechar os olhos para um entendimento pacificado há muito tempo pelos Tribunais Superiores. As decisões judiciais proferidas pelas mais altas Cortes de Justiça do nosso país não são mera recomendação. Ademais, não nos parece que seja necessário que o STF analise especificamente a legislação do Estado da Bahia para que se aplique o entendimento jurisprudencial pacificado de forma incontestada nos Tribunais Superiores.

Frise-se, ainda, que a exigência de ICMS sobre transferência entre estabelecimentos do mesmo titular acarretará, sem sombra de dúvidas, sérios prejuízos ao Erário Estadual em virtude da sucumbência judicial, haja vista a matéria resta pacificada em sentido contrário nos Tribunais Superiores.

Ante o exposto, de ofício, declaro a improcedência da autuação fiscal em razão da não incidência do ICMS sobre transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando as alegações recursais no pertinente às transferências interestaduais para estabelecimentos de um mesmo titular, acompanhando o Relator nos demais aspectos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.1113/16-6**, lavrado contra **OI MÓVEL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS194.564,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Edvaldo Almeida dos Santos, Ildemar José Landin, Valnei Sousa Freire e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE – Conselheira: Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDVALDO ALMEIDA DOS SANTOS – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DISCORDANTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS