

PROCESSO - A. I. N° 279468.3003/16-3
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0046-04/17
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0386-12/17

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. **b)** ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. As transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o seu art. 12, inciso I, da LC 87/96. A Súmula nº 166 tem o seu alcance limitado às operações internas, pois sua extensão às operações interestaduais pode resultar em prejuízos ao estabelecimento destinatário, o qual fica impossibilitado de creditar-se do ICMS incidente nas etapas anteriores às operações de transferência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF nº 0046-04/17 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/12/2016, para exigir o valor de R\$99.059,45, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte deixou de recolher o ICMS nas transferências interestaduais entre seus estabelecimentos de bens de uso e consumo. O contribuinte também infringiu os §1º e § 2º do art. 2º da Lei nº 7.014/96, Art. 1º do Decreto 9.250/94 e a alínea “a”, inciso I da Cláusula primeira do Convenio 19/91”. Período: janeiro, maio a dezembro de 2015. Valor ICMS: R\$25.835,14.

Infração 02 – “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Deixou de recolher o ICMS decorrentes da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas transferências interestaduais entre seus estabelecimentos de bens, oriunda de outras Unidades da Federação e destinada ao ativo imobilizado, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Infringiu também o §2º do art. 2º e art. 32 da Lei 7.014/96, o art. 332 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 c/c Art. 1º do Dec. 92580/2004 e o inciso II da Cláusula primeira do Convenio 19/91”. Período: abril a junho, agosto a dezembro de 2015. Valor ICMS: R\$73.224,31.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após as seguintes considerações:

VOTO

O presente Auto de Infração exige-se o ICMS em decorrência da falta do seu recolhimento em razão:

- 1. ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte deixou de recolher o imposto nas transferências interestaduais entre seus estabelecimentos de bens de uso e consumo.*
- 2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio*

estabelecimento, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

A defesa centra-se, unicamente, no seu entendimento sobre a não incidência do imposto nas operações de transferências de mercadorias, ou seja, que em uma transferência de mercadorias não existe mercancia, portanto inexistente fato gerador do imposto. Não existindo fato gerador de imposto, não há que se falar em diferença de alíquota.

Ressalto, a respeito do argumento do impugnante de que no caso presente devam ser aplicadas as determinações da Súmula 166 do STJ e toda a jurisprudência apresentada, que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, portanto integra o Poder Executivo Estadual. Compete a ele, no âmbito administrativo, “julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, obedecendo aos princípios do contraditório, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”.

Conforme competência administrativa, a norma regulamentadora do processo administrativo fiscal expressamente retira da competência desse Colegiado abordar questões de inconstitucionalidade da legislação tributária vigente. Tal previsão encontra-se no art. 167, I, do RPAF/BA. E neste mesmo artigo ainda veda, inclusive, que seja negada a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior (inciso III).

Afora tais considerações, observo de que a Súmula 166, do STJ não é vinculante, além de ser anterior à Lei Complementar nº 87/1996, a chamada Lei Kandir.

Quanto às menções de decisões do Superior Tribunal de Justiça, é sabido de que tais decisões não vinculam, obrigatoriamente, nem o legislador e sequer o julgador.

Além do mais, as próprias decisões da Corte Superior não são definitivas, a se observar no julgamento do Recurso Especial 1109298/RS, tendo como Relator o Ministro CASTRO MEIRA, da SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011, no qual este adentra no exame de mérito da base de cálculo estabelecida na Lei Complementar nº 87/96, art. 13, em operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, entendendo ser correta a exigência do imposto, mesmo que existam decisões do STF, bem como, do STJ contrárias à sua.

Passo a análise da infração.

*O fato gerador do ICMS, entre outros, tem por definição não somente a circulação de mercadoria, mas sim as **operações relativas** à circulação de mercadorias, não se confundindo com transporte de mercadorias, nem com seu mero deslocamento físico.*

A Constituição Federal reservou à legislação infraconstitucional as regras para a cobrança do ICMS (art. 155, § 2º, XII).

Isto posto, a Lei Complementar nº 87/96, pelo permissivo constitucional, deu a competência, no seu art. 1º, aos estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS nos seus respectivos territórios. Também deu o norte sobre a incidência do imposto (art. 2º), ressaltando de que “a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua” (§ 2º do art. 2º) e, quando aborda o local da operação ou prestação, para os efeitos da cobrança do imposto, e definição do estabelecimento responsável (art. 11) no seu § 3º, II considera “autônomo cada estabelecimento do mesmo titular”. Indo adiante, o seu art. 12, I determina que a ocorrência do fato gerador do imposto se dá no momento da saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, sendo que a base de cálculo do imposto é o “valor da operação” (art. 13, I). E ainda dispõe em seu art. 13, § 4º sobre critérios de determinação da base para o cálculo 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.

Em assim sendo, nas operações de transferência de mercadoria, apesar de não existir a transmissão de titularidade, tais transferências são consideradas fatos geradores de ICMS, tendo em vista a opção exercida pelo legislador, quando da edição da Lei Complementar nº 87/96, já que estas transferências interestaduais, e em função da regra matriz do ICMS, trazem reflexos tributários aos estados envolvidos no processo de transferência, pois o ciclo econômico se desenrola parte em um Estado, parte em outro. E, caminhando no sentido de equilibrar as receitas estaduais dos entes federativos (§ 3º, II do art. 11) determina a autonomia de cada estabelecimento do mesmo titular.

Todo este caminho percorrido pela Lei Complementar visa não somente equilibrar a equação do princípio da não-cumulatividade do imposto (débito X crédito), bem como, o pacto federativo.

A Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia seguindo o que dispõe o art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, determina no seu art. 2º, § 1º, I: São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo. E no seu § 2º: Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes, energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento.

E obedecendo a Lei Complementar nº 87/96 repete todas as suas determinações quanto a ocorrência do fato gerador do imposto e da sua base de cálculo, assim expressa:

Art. 4º 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;

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade, previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 4º, o valor da operação;

[...]

§ 8º Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Firmada tal premissa, ou seja, de que as transferências interestaduais de mercadorias, perante a legislação vigente, são operações sujeitas à tributação, é necessário se adentrar na acusação propriamente dita, ou seja, falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais e destinadas ao consumo e ativo imobilizado do estabelecimento.

A exigência do ICMS relativo à diferença de alíquotas tem matriz na Constituição Federal no seu art. 155, §2º, inciso VII-A e VIII, conforme transcrito a seguir.

CF - Art. 155, §2º

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Tal determinação consta inclusa na legislação estadual, Lei 7.014/96, art. 2º, IV, que assim dispunha quando da ocorrência dos fatos geradores:

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 subsequentes;"

Diante de tudo exposto, a autuação foi corretamente realizada.

A empresa não contestou os cálculos efetuados pela autuante e, pelos documentos que ela mesma trouxe aos autos – Doc. 03 (fls. 43/176), de fato considerou as operações como não tributadas e não recolheu o diferencial de alíquota.

Por fim, quanto à insurgência do defendente a respeito da multa aplicada, a entendendo confiscatória, sobre tal tema, não cabe a este foro administrativo a discussão, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, além do que a multa aplicada obedece ao quanto disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no art. 42, II da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 271/285, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

Em apertada síntese, argumenta quanto a impossibilidade da cobrança de ICMS nas operações de transferência de mercadorias realizadas entre estabelecimentos de mesmo contribuinte: aplicação da Súmula nº 166 do STJ.

Afirma 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, como veremos.

Assevera que a discussão sobre a circulação entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, que não envolve atos de mercancia, iniciou-se com a edição do Convênio 66/88, que em manifesta contradição ao dispositivo constitucional, estendeu o conceito definido, estabelecendo em seu art.2 que o fato gerador ocorreria na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que de um para outro estabelecimento do mesmo titular.

Ressalta que *o STJ tornou-se essencial para solucionar a controvérsia instaurada, ante à flagrante inconstitucionalidade do dispositivo, embora assim não tenha sido declarado expressamente, retirando a sua eficácia com a edição do enunciado da Súmula 166 em 1996, in verbis:*

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Frisa que: *“neste sentido equivoca-se a decisão recorrida quanto à inaplicabilidade da Súmula 166 do STJ! Ora, mister destacar que esta foi editada na mesma linha deste último por, no seu art 12, estabelecer a 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 da mesma titularidade.”*

Salienta de que o ICMS, previsto no art. 155, II, da Constituição Federal de 1988, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, envolvendo negócio jurídico mercantil e não sobre simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação.

Assim seu fato gerador nasce com a operação de circulação física e econômica com transferência de titularidade. *Para corroborar este entendimento, cita entendimento do Prof. Roque Antônio nesta mesma linha. Afora que ainda é necessário se considerar a possibilidade da não movimentação física de mercadoria, permanecendo esta no mesmo lugar, mas, ocorrendo à transferência econômica e de titularidade, caso, por exemplo, de venda para entrega futura.*

No caso dos autos, a transferência se deu de estabelecimentos de mesma titularidade do estabelecimento autuado para estabelecimento localizado neste mesmo estado, conforme DANFES que apensa aos autos (fl. 278).

Ressalta de que o ICMS só pode incidir sobre operações com mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos possuidores originários a outros ou aos consumidores finais, uma vez que o imposto incide sobre operações com mercadorias e não sobre a simples "circulação" física de mercadorias. *“Somente a passagem de mercadoria de um titular para outro, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio de ICMS”.* E neste sentido, transcreve a Súmula 166 do STJ e decisão do STF (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. - AI nº 693714, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 21/08/2009) e do TJBa (Apelação – Nº do Processo: 0060289-71.2006.8.05.0001, Relator(a): Ilona Márcia Reis, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 15/09/2016 e Agravo Regimental, Nº do Processo: 0505400-32.2014.8.05.0001/50000, Relator(a): Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto, Primeira Câmara Cível,

Publicado em: 08/06/2016).

E conclui:

“Assim, não havendo operação de mercancia, ainda que a TRANSFERÊNCIA dos equipamentos tenha se dado de estabelecimentos da Impugnante localizados em outras unidades da Federação, não se legitima a incidência do ICMS. Tal entendimento significa que o Direito Tributário acompanha a regulação da matéria, tanto no Direito Civil, quanto no Direito Comercial, no sentido de que, não havendo operação de mercancia, não se configura circulação econômica.

Como visto à exaustão, toda a jurisprudência e doutrina corroboram com a tese da Impugnante, se fazendo despiendo prosseguir com a discussão, e não por outro motivo, o Auto de Infração deverá ser cancelado em sua integralidade”.

Desta forma, passa a impugnar a multa aplica com base nos princípios do não confisco e da razoabilidade. Tanscrevendo as determinações do art. 42, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, observa de que a *“cominação de penalidade se encontra, intimamente, relacionada à ideia de sanção, repreensão, apenamento de alguém por ter praticado um ato típico em desacordo com norma prevista no ordenamento jurídico. Se o descumprimento de um dever formal transgride bens jurídicos protegidos e a respectiva penalidade corresponde a uma sanção punitiva da falta e preventiva quanto a novas incidências, não resta outra alternativa senão considerar a inegável existência de um nexo entre a conduta do particular e a aplicação de determinada sanção”*. Além do mais, *“se não há que se cogitar de pagamento de tributo não é possível quantificar a multa de acordo com o montante do crédito tributário ficto”*.

Afirma que a fixação da multa em um patamar de 60% vai muito além do intuito de punir o contribuinte para *“transmudar-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”*. Flagrante, portanto, a natureza confiscatória na multa, prática inclusive vedada pela Constituição Federal (art. 150, IV).

E a respeito do princípio do não confisco, citando ensinamentos do Prof. Roque Antônio Carrazza, afiança que *“Tal princípio revela a intenção do Constituinte de evitar que o patrimônio particular seja anulado com a tributação, o que poderia ocorrer caso se admitisse uma multa muito elevada. Levando em consideração que a tributação implica, inevitavelmente, numa retirada do patrimônio particular pelo Estado, consolidou-se a regra de que esta (legal) subtração deve ser razoável de tal forma a preservar a riqueza deste particular”*. E neste caminhar, apresenta decisão do STF (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento - AI 482281 AgR. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma do STF, Julgado em 30/06/2009, DJ 21/08/2009) e enxerto do voto do Ministro Celso de Melo por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1075/DF.

Afora tudo que expõe, afirma que a norma do Estado da Bahia instituiu penalidade em patamar superior ao recomendado pelo princípio da razoabilidade e com isto, violou o princípio do não confisco.

Por fim, requer:

1. Seja julgada procedente a presente Impugnação, tudo para que seja determinado seu imediato cancelamento, tendo em vista que não há incidência de ICMS e tampouco do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, sobre transporte de mercadorias entre filiais, nos moldes do que dispõe a Súmula 166 do STJ.
2. Subsidiariamente, requer a Impugnante seja ao menos cancelada ou reduzida a patamar de 20% a multa imposta, ante o caráter eminentemente confiscatório do percentual de 60% lançado.

VOTO VENCIDO

Temos sob apreciação, Recurso Voluntário interposto em face da decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lançado pelo suposto cometimento de uma infração, referente à diferença de alíquotas, falta de pagamento do imposto nas aquisições interestaduais de bens para o ativo fixo e para o consumo.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário em relação à infração 1 e 2, argumentando que *“grande parte do ICMS-Difal cobrado do recorrente decorre da mera transferência de bens entre estabelecimentos da própria Telemar Norte Leste S/A, sem alteração da titularidade da mercadoria, conforme se verifica das NFs autuadas (fls. 58 a 176)”*.

Ab initio, vejo que não há qualquer controvérsia quanto ao fato de as operações objeto da autuação se tratam da transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, ou seja, entre unidades de uma mesma empresa, situadas em outros Estados da Federação.

Em que pese o trabalho da fiscalização, entendo que cabe aplicar o quanto disposto na Súmula nº 166 do STJ.

É de notória sabença a existência de robusta doutrina, vários Pareceres de inúmeros juristas e diversos Acórdãos prolatados por Tribunais de Justiça Estaduais, inclusive pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que entendem não existir fato gerador do ICMS em operações entre estabelecimentos de mesmo titular.

Neste espeque, o Superior Tribunal de Justiça editou a sua Súmula nº 166, na qual percebe não existir fato gerador de ICMS quando houver mera transferência física de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo proprietário, pois, segundo sua inteligência, não ocorre o ato jurídico de aquisição da mercadoria, ou melhor, não há a mudança de titularidade que corresponda à circulação jurídica do bem.

Pois bem.

Tenho como certo que, no caso *sub examine*, também não pode haver a cobrança do ICMS, haja vista que a existência do tributo inexoravelmente se condiciona à circulação da mercadoria, o que não se subsume quando da ocorrência, apenas e tão-somente, da circulação física do bem.

Com efeito, é cediço que a atividade tributária do Estado se condiciona, por força da capacidade contributiva, a gravar situações que revelem riqueza, ou seja, dirige-se apenas aos signos presuntivos de riqueza. Nesse sentido, o ICMS só pode incidir quando haja transferência de titularidade, revelando o signo presuntivo de riqueza.

Em síntese, o indicativo de circulação da mercadoria que enseja a cobrança de ICMS não pode ser a mera circulação física, mas sim a circulação econômica que, naturalmente, pressupõe numa circulação jurídica, refletindo a capacidade contributiva do adquirente.

A circulação jurídica de mercadoria decorre de operações que envolvam a inequívoca translação da propriedade da mercadoria, o que não ocorre se há mera circulação de um estabelecimento para outro da mesma sociedade empresarial.

Portanto, alinho-me com esta vertente jurídica, que encontra eco no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula nº 166, segundo a qual o simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui-se fato gerador do ICMS. Transcrevo a seguir a íntegra do seu teor

“Súmula 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte (...)”.

Apenas com a mudança de titularidade pode-se conceber a circulação para efeitos jurídicos capaz de ensejar o fator gerador do ICMS. Tal entendimento ainda se mantém firme nos julgados mais

recentes, mesmo após a edição da Lei Kandir, como se vislumbra abaixo:

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 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 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)

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. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010)

Portanto, compreende que devem ser excluídos todos os valores referentes às transferências entre os estabelecimentos comerciais ou industriais, pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas: no art. 42, VII, alínea "b" da Lei nº 7.014/96.

No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que nos termos do art. 125, I, da Lei nº 5.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Pelo todo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar o auto totalmente IMPROCEDENTE.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao nobre relator para manifestar entendimento divergente, relativamente às Infrações 1 e 2, cujas operações autuadas referem-se a transferências interestaduais entre estabelecimentos do sujeito passivo. A questão passa pelo tratamento jurídico a ser conferido às operações de transferência entre estabelecimento de uma mesma empresa. Vejamos como o tema foi disciplinado no âmbito do microssistema do ICMS.

Pois bem, é importante que se diga que a doutrina inspiradora do legislador constituinte não é uníssona ao delimitar o aspecto material da regra matriz de incidência do ICMS, pois o conceito de “circulação” goza, ao menos, de três vertentes teóricas distintas, denominadas: teorias da Circulação Física, Circulação Econômica e Circulação Jurídica.

A doutrina restritiva adotada pela impugnante (Circulação Jurídica) entende que o campo de incidência do tributo estadual em comento restringe-se àquelas operações nas quais haja mudança da titularidade jurídica da propriedade das mercadorias. Já a Doutrina da Circulação Física, ampliativa, possui uma compreensão distinta, defendendo que basta que se verifique a circulação física das mercadorias para que a operação se enquadre no campo de incidência delimitado pela matriz constitucional. Uma terceira vertente teórica (Circulação Econômica), a mais restritiva de todas as teorias, advoga a tese de que não basta que haja mudança da propriedade do bem, mas requer que tal ocorra no âmbito do ciclo de escoamento do produto, ao longo da cadeia de distribuição da mercadoria, com destino ao consumo.

Diferentemente do que afirma o sujeito passivo, a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar (LC 87/96) que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o art. 12, cujo inciso I tem o seu teor abaixo reproduzido.

“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;
...”*

Assim, a despeito do enunciado da Súmula nº 166, do STJ, a legislação acerca da matéria mantém-se em vigor, sendo vedado ao intérprete afastá-la, sob pena de incorrer em grave ofensa ao princípio da separação de poderes, o qual reservou a prerrogativa de editar normas em caráter originário, apenas ao poder legislativo, cabendo ao julgador aplicá-las, enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado.

Ademais, a PGE tem se manifestado, reiteradas vezes, no sentido de que a Súmula nº 166 tem o seu alcance limitado às operações internas, pois sua extensão às operações interestaduais pode resultar em prejuízos ao estabelecimento destinatário, o qual fica impossibilitado de creditar-se do ICMS incidente nas etapas anteriores às operações de transferência.

Nesse sentido a PGE/PROFIS editou o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, cujo enunciado possui o seguinte conteúdo: *“Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”*.

Assim, entendo que as infrações 1 e 2 devem ser julgadas procedentes.

No que se refere à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, ressalto que não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. A multa aplicada se encontra prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Mantenho, portanto, o julgamento de piso.

Do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

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 **279468.3003/16-3**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.059,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Ângelo Mário de Araújo Pitombo e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Paulo Sérgio Sena Dantas, José Carlos Barros Rodeiro e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS