

A. I. N° - 232957.0002/16-6
AUTUADO - FLAVIANO MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - CARLOS ANTONIO ALVES NUNES
ORIGEM - INFAS SERRINHA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03.07.2017

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0091-02/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS SUJEITA A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. **c)** DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. É vedada a utilização de crédito fiscal nestes casos. Infrações reconhecidas. 2. RAICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Considerando que as operações se tratam de transferências internas de mercadorias em estabelecimentos do mesmo titular, não incide ICMS em tais operações, a teor da orientação no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, Infração não caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO MENOS; **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2016, exige ICMS no valor de R\$122.173,38, além dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

01 – 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$3.285,23, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro, fevereiro e abril, junho, agosto e novembro de 2011, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls.09 a 14.

02 – 01.02.39- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$168,12, referente a imposto não destacado em documento fiscal, nos mês de dezembro de 2013, conforme demonstrativo e cópias de nota fiscal às fls.15 e 16.

03 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$31,43, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de abril a junho de 2013, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls.17 a 22.

04 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$108.006,52, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril e maio de 2013, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls.36 a 53. Em complemento consta: *Referente às transferências de mercadorias tributadas para os estabelecimentos filiais localizados em Valente e São Domingos sem destaque e também sem pagamento do imposto,*

inscritos respectivamente no CAD-ICMS sob os nºs: 83.396.605 e 85.571.284, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais anexas ao PAF.

05 – 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$10.077,05, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de janeiro, fevereiro, maio e agosto de 2013, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls.65 a 77.

06 – 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$605,03, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de outubro e novembro de 2013, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls.78 a 86.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação por meio de intimação conforme AR dos Correios (docs.fl.90 a 91), sendo entregues cópias dos demonstrativos fiscais.

Em 06/10/2016, através do Processo SIPRO nº 179675/2016-6, fls.92 a 101, o autuado, por seu advogado legalmente constituído nos autos, apresenta sua impugnação às folhas 88 a 93, destaca a sua tempestividade, faz uma síntese dos fatos, e reconheceu as infrações 01, 02, 03, 05 e 06, e informou que já efetuou o pagamento integral dos respectivos débitos em 30/08/2016, no valor total de R\$20.072,20 (valor principal de R\$14.166,86), conforme DAE acostado à fl.116.

Quanto à infração 04, argui sua insubsistência, com base nas seguintes razões defensivas.

Inicialmente, ressalta que durante toda sua existência foi Microempresa, depois Empresa de Pequeno Porte e apenas nos anos de 2012 e 2013, na tentativa de ter uma tributação mais favorável, optou por mudar de Simples Nacional para Empresa Normal, retornando em 2014, ao Regime de Apuração pelo Simples Nacional.

Diz que no ano de 2013, emitiu notas fiscais de transferências (Matriz para Filial), especificamente nos meses de abril e maio, sem destaque do ICMS, erroneamente, levado ao costume de quando estava no Simples Nacional, fato este que fora objeto de fiscalização e autuação.

Demonstra seu conhecimento sobre a legalidade que fundamentou o auto, porém, entende que, para o caso específico, algumas informações devem ser levadas em consideração, as quais, na prática, torna este auto (infração 04) insubsistente e improcedente, conforme passa a demonstrar.

Salienta que tais transferências foram realizadas única e exclusivamente com o intuito de se construir os mostruários das referidas filiais, constituídas em Valente e São Domingos, fato comprovado até os dias atuais, em que tais filiais não detêm grandes estoques, em razão de não possuírem espaço físico para tal.

Sendo assim, argumenta que as aquisições/vendas ali realizadas (Escolha de Mercadorias pelos Clientes), em verdade, são vendas realizadas pela Matriz, com emissão de NF, pagamento do ICMS e baixa de estoque daquele estabelecimento e não do estabelecimento Filial, que apenas foi utilizado como o “ponto de venda”.

Observa que grande parte das transferências foram realizadas para filial situada na mesma cidade da Matriz (Valente) e uma outra pequena parte para a filial situada no município de São Domingos, cidade vizinha, que se distancia em apenas 10 km da Matriz.

Aduz que toda essa explicação serve para mostrar que a ausência de destaque de ICMS nas transferências entre Matriz e Filial não trouxe prejuízo ao erário do Estado, já que, da mesma forma que não destacou o imposto na saída, não o utilizou na entrada.

Diz que todo o ICMS devido pela venda da mercadoria foi pago pela Matriz, por ser este o contribuinte responsável pelo fato gerador e recolhimento do imposto, inexistindo sonegação fiscal na operação objeto do Auto de Infração.

Confirma que realizou a transferência sem destaque de ICMS, porém, que não se beneficiou apropriando o crédito oriundo daquela operação. Ou seja, entende que não causou prejuízo ao Erário Público, já que não destacou o ICMS no momento da saída, não lançando o IMPOSTO DEBITADO nos livros fiscais da Matriz, mas também, não se creditou do imposto na escrita fiscal das filiais no momento da entrada.

Destaca que acaso fosse obrigado a arcar com esse ICMS não recolhido, objeto do auto, estaria a empresa em total prejuízo, já que, por ser optante do Simples Nacional atualmente, não poderia utilizar tal recolhimento como crédito, mesmo que extemporâneo, porque é incompatível com seu regime de tributação.

Por último, chama atenção ao fato de que, ao contrário do quanto informado pelo Preposto Fiscal na “Planilha referente a infração 04” – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS PARA ESTABELECIMENTOS FILIAIS SEM DESTAQUE DO IMPOSTO NOS DOCUMENTOS FISCAIS E SEM REGISTRO NO LIVRO DE SAÍDA DA MATRIZ, tal registro fora sim realizado, tanto no Livro de Registro de Saídas da Matriz (Pags. 008 e 010), quanto nos Livros de Registros de Entradas das Filiais (Pags. 007 e 009), conforme cópias que diz anexar.

Observa que a manutenção do referido auto por mera inobservância de procedimento, contrapondo-se as considerações mencionadas, mormente quanto a inexistência de prejuízo ao Estado, estar-se-á diante de um lançamento tributário de imposto que nem foi e nem será aproveitado pela empresa Recorrente, causando prejuízo e receita indevida ao Estado.

Em sequência, apresenta a seguinte fundamentação jurídica.

Aduz que embora o Inciso I, do artigo 2º da Lei 7.014/96 estabeleça genericamente que o ICMS incide sobre “*a realização de operações relativas à circulação de mercadorias*”, há de ter em mente que o próprio diploma legal prevê a transferência de débitos e créditos entre os estabelecimentos de cada sujeito passivo, desde que localizados no território baiano, mediante a emissão de nota fiscal para documentar o fato (*art. 114-A, Lei 7014/96*).

Assevera que tal previsão legal possui uma lógica incontestável: “*quaisquer operações realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte dentro do estado da Bahia, desde que devidamente documentadas por meio de notas fiscais, não tem nenhuma repercussão na apuração do ICMS para a Fazenda Estadual, porque o débito de um estabelecimento corresponderá necessariamente ao crédito do outro, de modo que, para o Estado, não há nenhuma perda ou prejuízo na arrecadação.*”

Sobre a questão, transcreve a jurisprudência no âmbito judicial, bem como do Conselho de Fezenda estadual (CONSEF).

TRIBUTÁRIO – ICMS – TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS DA MESMA EMPRESA – NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR – PRECEDENTES.

1. *A transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, já que para a ocorrência do fato gerador deste tributo é essencial a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.*

2. *Incidência da Súmula 166/STJ, que determina: "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".*

3. *Precedentes: AgRg no Ag 1.068.651/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5.3.2009, DJe 2.4.2009; REsp 772.891/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.3.2007, DJ 26.4.2007, p. 219. Agravo regimental improvido.*

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE MATRIZ E FILIAL. INTERESTADUAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. SÚMULA 166 DO STJ. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF E STJ.

SENTENÇA MANTIDA. 1. Para ocorrer a incidência do ICMS quando do deslocamento de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, é necessária a circulação jurídica da mercadoria, com transferência de propriedade. Entendimento dos Tribunais Superiores e sumulado no enunciado nº 166/STJ. TJ-DF - Apelação/Reexame necessário APO 20140111721065 (TJ-DF) Data de publicação: 15/03/2016

ACÓRDÃO: Nº 0069-04/16

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Embora o inciso I do artigo 2º da Lei nº 7.014/96 estabeleça genericamente que o ICMS incide sobre “a realização de operações relativas à circulação de mercadorias”, há de ter em mente que o próprio diploma legal prevê a transferência de débitos e créditos entre os estabelecimentos de cada sujeito passivo, desde que localizados no território baiano, mediante a emissão de nota fiscal para documentar o fato. A previsão legal possui uma lógica incontestável: quaisquer operações realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte dentro do Estado da Bahia, desde que devidamente documentadas por meio de notas fiscais, não têm nenhuma repercussão na apuração do ICMS para a Fazenda Estadual, porque o débito de um estabelecimento corresponderá necessariamente ao crédito do outro, de modo que, para o Estado, não há nenhuma perda ou prejuízo na arrecadação. Infração insubstancial.

SMJ é o parecer.

Observa que nas decisões acima, os tribunais superiores já têm entendimentos uníssonos de que infrações dessa natureza mostram-se insubstinentes, ao tempo em que corroboram fielmente com a sua tese de defesa, se encaixando perfeitamente nesta situação.

Assim, ressalta que, apesar de exigirem o ICMS nas saídas de mercadorias do estoque em transferência para outros estabelecimentos da mesma empresa, as UF encontram posição contrária no Poder Judiciário, que em diversas decisões, tem entendido que a mera circulação física, e não econômica de mercadorias, não constitui fato gerador do imposto.

Além disso, destaca que a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) diz: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Comenta que nesse enunciado, é do entendimento do STJ que a mera circulação física, e não econômica de mercadorias, não constitui fato gerador do ICMS. Desta forma, conclui que as saídas de mercadorias do estoque em transferência para outro estabelecimento da mesma empresa não estaria, sujeita ao imposto de competência Estadual, pois não há na operação circulação econômica de mercadorias.

Entende que, quando se trata do ICMS, devem ser observados alguns vocábulos que os legisladores constitucionais lançaram, quais sejam, por se tratar da expressão “operações relativas à circulação de mercadorias”, na qual três pilares surgem: **operações, circulação e mercadorias**.

Comenta que “**operação** é o negócio jurídico que se traduz na transferência da propriedade de mercadorias (tradição). **Circulação** é decorrente de um negócio jurídico pelo qual haja a transferência da propriedade de mercadorias. E **mercadoria** é aquilo que está a disposição do comércio. Isso impede que o ICMS incida sobre saída que não tenha conteúdo econômico. Na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, por exemplo, não há qualquer negócio econômico, jurídico subjacente. Não há negócio consigo mesmo.”

Ao final, aduz que depois dos esclarecimentos acima, RECONHECE PARCIALMENTE o auto de infração aplicado, e que já efetuou o pagamento dos impostos efetivamente existentes, e pede a exclusão da infração nº 04 por considerá-la insubstancial e o arquivamento deste processo.

Foram acostadas à peça defensiva, cópia dos seguintes documentos: Auto de Infração (13 pags.) - fls.103 a 115; DAE Pagamento Parcial do Auto Supra (1 pag.) - fl.116; Relatório Falta de Recolhimento de ICMS (1 pag.) - fl.117; Notas Fiscais de Transferências citadas como infração (16 pags.) - fls.118 a 133; páginas do livro Registro de Raídas onde estão lançadas as notas fiscais das transferências efetuadas (2 pags.) - fls.134 a 135; páginas dos livros Registros de Entradas das filiais onde estão lançadas as notas fiscais das transferências recebidas (3 pags.) - fls.136 a 138; última Alteração Contratual da Empresa (1 pag.) - fl.139; Carteira de Identidade do Titular (1 pag) - fl.140; e mídia da defesa (1 CD) - fl.102.

Em 06/01/2017, através do Processo SIPRO 002669/2017-2, fls.143 a 203, o autuante formulou sua informação fiscal, nos seguintes termos.

Informa que constam descritas no supracitado Auto de Infração seis infrações, todas fundamentadas e com fatos geradores, bases de cálculos e alíquotas do ICMS bem definidos, devidamente apuradas e com o crédito tributário devidamente constituído na ação fiscal, sendo que, o autuado contrapõe-se apenas ao exigido na infração 04, no valor histórico de R\$ 108.006,52.

Quanto a alegação de que era optante pelo simples Nacional e depois mudou para o Regime Normal, diz que fica evidenciado nesta afirmação que houve indecisão por parte do autuado e que sua escolha culminou na mudança da forma de apuração do imposto.

Observa que o autuado confessa ter "consciência da legalidade que fundamentou o auto", contudo, em flagrante contradição, alega que "algumas informações devem ser levadas em consideração, as quais, na prática, torna este auto (infração 04) insubstancial e improcedente". O autuante questiona: "*É razoável reconhecer a legalidade que fundamentou um ato administrativo e ao mesmo tempo considerá-lo como infundado e inexistente?*"

Com base nas declarações apresentadas na defesa, diz que se depara com a flagrante confissão do cometimento de um ilícito fiscal, pois, o crédito tributário reclamado no Auto de Infração em questão, refere-se ao estabelecimento matriz e, obviamente, não existe nenhuma relação jurídica com as filiais.

Ressaltar que quando das aquisições de mercadorias tributadas o autuado utilizou de todo crédito fiscal de ICMS permitido pela legislação. Contudo, diz que de maneira contrária, quando das operações de transferências de mercadorias tributadas para as filiais, o estabelecimento matriz não destacou o imposto devido.

Registra que estão os seus estabelecimentos filiais regularmente cadastrados no CAD-ICMS e no CNPJ (MF) com inscrições distintas e com apuração individual do ICMS, como segue: filial com sede no município de Valente, Inscrição Estadual na 83.396.605 e CNPJ (MF) na 73.910.929/0002-02 e filial com sede no município de São Domingos, Inscrição Estadual na 85.571.284 e CNPJ (MF) nº 73.910.929/0003-93. Assevera que são estabelecimentos independentes que compram, vendem e recebem transferências de mercadorias. Portanto, diz que não são depósitos fechados nem tampouco extensões da matriz e não foram constituídas para funcionarem como "ponto de venda".

Não concordou com a afirmação do autuado de que as suas filiais não possuíam grandes estoques por motivo de não disporem de espaço físico para armazenamento e que todas as mercadorias transferidas destinaram-se a formação de mostruários (fls. 37 a 52, do PAF). Fêz mais uma indagação: "*Tratando-se de estabelecimentos de pouco espaço físico, instalados em cidades de pouca movimentação comercial, justifica a formação de mostruários volumosos compostos de milhares de itens, no montante de R\$ 842.060,48, como por exemplo: fogões, colchões, lavadoras, armários, cozinhas, conjunto de mesas e cadeiras, roupeiros, refrigeradores, ventiladores, televisores, microondas, cômodas, balcões, dentre outros?*".

Frisa que não existe justificativa nem resposta convincente, até porque nem as grandes lojas de departamentos e magazines utilizam tantos itens em suas amostras de mercadorias à venda.

Destaca que, procedendo de forma confusa, o autuado pensa que não causou nenhum prejuízo ao erário porque ao não destacar o valor do Débito do imposto quando das transferências das saídas da matriz, diz que também deixou de escriturar nos livros fiscais "próprios das filiais o valor do Crédito correspondente quando das entradas das transferências."

Diz que agindo dessa forma ou o estabelecimento matriz acumulou crédito fiscal deixando de pagar o ICMS que seria devido nas sucessivas apurações mensais, ou mesmo apurar um imposto de valor maior do que fora pago.

Considerou que este raciocínio utilizado pela defesa é totalmente errado e nocivo ao erário, tendo em vista que a ação fiscal baseou-se na movimentação fiscal da matriz e não das filiais. Dessa forma, entende que inexiste qualquer referência entre os lançamentos fiscais que foram registrados na matriz com os lançamentos subsequentes efetuados pelos estabelecimentos filiais. Destaca um dos princípios da Contabilidade que trata da autonomia entre as empresas, para arguir que, tanto os estabelecimentos matriz quanto as filiais são autônomos e respondem independentemente pelas suas decisões e ações, portanto, se sustentam por seus próprios meios não havendo interferência de uma sobre a outra.

Informa que o estabelecimento, até 31/12/2013 encontrava-se inscrito na condição de Empresa Normal com apuração do ICMS na forma de Conta Corrente Fiscal, inclusive que todas as aquisições das mercadorias tributadas durante o exercício de 2013 foram registradas no Livro Registro de Entradas com o imposto devidamente creditado, cópias anexas ao PAF (fls. nº 146 a 202).

Quanto à observação da empresa autuada no tocante a informação contida na planilha da Infração 04, onde é relatado que no título da infração é mencionada a falta de registro dos documentos fiscais no Livro de saída da matriz, consta que as transferências de mercadorias para as filiais não foram tributadas, embora os documentos fiscais tenham sido devidamente escriturados nos livros fiscais próprios do estabelecimento matriz (fl. nº 36, do PAF).

Por fim, ressalta que a fundamentação jurídica apresentada na defesa, diz respeito apenas às transferências interestaduais de mercadorias de uma mesma empresa. No caso, frisa que a intenção do estabelecimento autuado foi de apenas procrastinar o pagamento do ICMS devido, como ficou comprovado na presente Informação Fiscal.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

O autuante acostou às fls.146 a 202, cópias do Livro de Entradas do estabelecimento autuado.

Constam às fls. 206 a 207, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, no valor de R\$14.166,92 (valor principal).

VOTO

No plano formal, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/12 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos documentos e levantamentos efetuados pelo autuante, constantes às fls. 09, 15, 17, 36, 65, 78 e 81, todos entregues ao sujeito passivo.

Os citados documentos, representados por demonstrativas e respectivas cópias de documentos fiscais, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores e servem como elemento de prova das infrações imputadas ao autuado (utilização indevida de créditos fiscais, falta de recolhimento e recolhimento a menor a título de antecipação tributária), e permitiram ao sujeito

passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, observo que das seis infrações contempladas no auto de infração, não existe lide a ser julgada em relação às infrações 01 – 01.02.05 (R\$3.285,23); 02 – 01.02.39 (R\$168,12); 03 – 01.02.40 (R\$31,43); 05 – 07.01.01 (R\$10.077,05) e 06 – 07.01.02 (R\$605,03), pois o sujeito passivo em sua peça defensiva reconheceu o débito inerente a tais infrações, conforme comprovado às fls. 206 a 207, através de documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, no valor de R\$ 14.166,92 (valor principal) e DAE à fl.116.

Desta forma, a lide se resume exclusivamente no que tange à infração **04 – 02.01.03** que trata de imputação de falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$108.006,52, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril e maio de 2013.

Tal conclusão fiscal está baseada nas transferências de mercadorias tributadas sem destaque e também sem pagamento do imposto, para os estabelecimentos filiais localizados nas cidades de Valente e São Domingos, inscritos respectivamente no CAD-ICMS sob os nºs: 83.396.605 e 85.571.284, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls. 36 a 53.

Ao impugnar este item, o autuado em sua peça de defesa, demonstra seu conhecimento sobre a legalidade que fundamentou a autuação, visto que, reconheceu que no ano de 2013, emitiu notas fiscais de transferências (Matriz para Filial), especificamente nos meses de abril e maio, sem destaque do ICMS, erroneamente. Porém, impugnou o lançamento tributário com base no fundamento de que a ausência de destaque de ICMS nas transferências entre Matriz e Filial não trouxe prejuízo ao erário do Estado, já que, da mesma forma que não destacou o imposto na saída, não o utilizou na entrada, e que todo o ICMS devido pela venda da mercadoria foi pago pela matriz, por ser este o contribuinte responsável pelo fato gerador e recolhimento do imposto, inexistindo sonegação fiscal na operação objeto do Auto de Infração.

Pelo que se vê, o defensor confirma que realizou a transferência sem destaque de ICMS, porém, aduz que não se beneficiou apropriando o crédito oriundo daquela operação, fato que entende não ter causado prejuízo ao Erário Público.

Além disso, demonstra seu conhecimento da legislação tributária, citando inciso I, do artigo 2º e 114-A, do RICMS/BA., para mostrar que “*quaisquer operações realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte dentro do estado da Bahia, desde que devidamente documentadas por meio de notas fiscais, não tem nenhuma repercussão na apuração do ICMS para a Fazenda Estadual, porque o débito de um estabelecimento corresponderá necessariamente ao crédito do outro, de modo que, para o Estado, não há nenhuma perda ou prejuízo na arrecadação.*”

Mais, ainda, apoiado na jurisprudência no âmbito do judiciário e no Conselho de Fezenda estadual (CONSEF), aduz que em diversas decisões, o entendimento é no sentido de que a mera circulação física, e não econômica de mercadorias, não constitui fato gerador do imposto, conforme Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que diz: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Pelo que se vê, o argumento defensivo é de que o não destaque do imposto não causou prejuízo do Erário Público, e de que é inexigível o imposto nas transferências de mercadorias entre

estabelecimentos Matriz e Filial, ante a não incidência do ICMS, uma vez que não houve operação mercantil com transferência de propriedade do bem, informando que apenas houve circulação física da mercadoria, alegando que tal entendimento já se encontra pacificado nos termos da Súmula 166 do STJ.

Ressalto que a Procuradoria Fiscal da PGE do Estado da Bahia, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica acerca de diversos temas, inclusive no caso de transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, segundo os requisitos e sistemática do Decreto nº 11.737, de 30/09/2009.

Transcrevo abaixo o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, a saber:

“Entendimento firmado. Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Ressalva: Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista a Súmulas 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do REsp nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da Repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.”

Em que pese a jurisprudência do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), representada pelo ACÓRDÃO CJF Nº 0419-11/13 da 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ter decidido no sentido de que incide o imposto nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos Matriz e Filial, tomando por base a segunda parte do inciso I do art. 12 da Lei Complementar, que informa que ocorre o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular, contudo, tomando por base o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Disso decorrente, entendo assistir razão o autuado quando afirma que não incide ICMS em operações internas entre matriz e filial, e portanto, tem-se, então, que a legislação citada e jurisprudência transcrita, conduz, de maneira positiva, à não incidência do tributo em casos como dos autos, aplicando-se, por via desta circunstância, a súmula e preceitos jurídicos defendidos na peça de impugnação.

Pelo acima exposto, no caso de cuida os autos, quanto à incidência de ICMS em operações internas de transferência de mercadorias, tal tema é objeto do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, que promovendo a uniformização de sua orientação jurídica, concluiu pela não incidência do ICMS nas transferências internas de mercadorias.

Concluo que a infração 04 é insubstancial.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232957.0002/16-6**, lavrado contra **FLAVIANO MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.166,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” e “d”, VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais. Devendo ser homologado os valores recolhidos conforme DAE à fl.116.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR

IDELMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR