

PROCESSO - A. I. Nº 232957.0002/16-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FLAVIANO MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2º JJF nº 0091-02/17
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0062-11/18

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Operações de transferências internas de mercadorias em estabelecimentos do mesmo titular. Não incidência de ICMS. Infração não caracterizada. Infração elidida em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime e quanto a fundamentação decisão por maioria.

RELATÓRIO

Nesta oportunidade processual, o processo foi encaminhado para a Câmara pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, face a formalização de Recurso de Ofício, em razão da Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0091-02/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração supra identificado, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$122.173,38, acrescido de multas, correlato a 06 (seis) imputações, sendo objeto do Recurso de Ofício, em obediência ao art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, apenas a infração 4, já que as demais, de nºs 1, 2, 3, 5 e 6, foram reconhecidas e pagas pelo contribuinte.

Consigna a Infração 04 que o sujeito passivo “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 ser 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.”.

O Autuado, de início, sustentou que reconhecia ter emitido, no ano de 2013, notas fiscais de transferências da Matriz para a Filial, especificamente nos meses de abril e maio, sem destaque do ICMS, erroneamente.

Todavia, impugnou o lançamento tributário sob o 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 o contribuinte responsável pelo fato gerador e correlato recolhimento do imposto, portanto, inexistindo sonegação fiscal na operação objeto do Auto de Infração.

O autuante, através da informação fiscal de fls. 143/203, não acolheu a tese defensiva do autuado, mantendo integralmente a procedência da autuação.

Consubstanciado no Acórdão JJF Nº 0091-02/17, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, com decisão de teor adiante transcrito:

“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 demonstrativos 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 dos 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 n.ºs: 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 defendente 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 Fazenda 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 Súmula 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 CJP 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 insubsistente.

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

Em decorrência da desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Em Sessão de Julgamento realizada em 15/03/2018, o Conselheiro Ildemar José Landim não participou da votação por estar impedido neste processo.

VOTO

Consoante relatado, é objeto do Recurso de Ofício sob análise a Decisão da 2ª JJF relativa a infração 4 constante do Auto de Infração epigrafado, a qual foi julgada Insubsistente.

Examinada, cuidadosamente, a procedimentalidade, verifica-se ter sido o decisório recorrido exemplarmente proferido, nesse passo, desmerecendo qualquer tipo de reforma, porquanto os argumentos sustentados pelo sujeito passivo se encontravam alicerçados em elementos probantes incontroversos e com base em entendimento já pacificado em decisões deste órgão julgador.

Nesse quadro circunstancial, foi julgada improcedente a increpação em comento, na linha de que a mera circulação física, e não econômica, de mercadorias, não constitui fato gerador do imposto, consoante decisões do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), bem como amparada na jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive do STJ, que sumulou o entendimento no enunciado 166, estatuinto: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Ressalte-se, também, que a Procuradoria Fiscal da PGE do Estado da Bahia promoveu a uniformização de sua orientação jurídica acerca de diversos temas, dentre eles a hipótese de transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, segundo os

requisitos e sistemática do Decreto nº 11.737, de 30/09/2009.

Outrossim, válido destacar que o Relator da Decisão recorrida também utilizou como suporte do seu posicionamento o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, o qual dispõe:

“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 Súmula 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.”

Destarte, evitando delongas desnecessárias, por ser a matéria objeto de decisões deste Conselho no sentido da improcedência, assim como se apresentar fidedígnas as ponderações defensivas tangentemente à elisão da imputação identificada como de nº 4, acompanho integralmente a Decisão da JJF, considerando insubsistente a aludida infração e, por isso, procedente em parte o lançamento atinente ao Auto de Infração supra identificado, nesse contexto, ratificando a redução do débito nele consignado.

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 2ª JJF, mantendo incólume a Decisão recorrida, por se encontrar em consonância com o Direito e a Justiça.

VOTO EM SEPARADO

Peço *vênia* para divergir do ilustre relator quando à fundamentação no tocante ao trecho de seu voto no qual é expresso o entendimento de que não constitui fato gerador do imposto, consoante decisões do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), bem como amparada na jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive do STJ, que sumulou o entendimento no enunciado 166, estatuinto: *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”*.

Este entendimento que vem se consolidando no CONSEF, a partir do incidente de uniformização nº PGE 2016.169506-0 não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 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 o fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96, que tratam da composição da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais.

Conforme sinalizado no referido Incidente da Uniformização da PGE (Procuradoria Geral do Estado da Bahia), a definição do tratamento financeiro/tributário a ser conferido a tais operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte localizados em unidades federadas distintas demanda que seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportados 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, especificadamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Há, portanto, um 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 e à luz do texto da LC 87/96, visto que a Súmula 166 foi publicada tomando por referência as normas do revogado Decreto-Lei nº 406/1968.

Diante do acima exposto acompanho o relator no tocante a parte dispositiva da sua decisão, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, porém com fundamentação distinta no tocante à não incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimento do mesmo contribuinte, restrita às operações internas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto ao mérito e em decisão por maioria quanto à fundamentação, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232957.0002/16-6**, lavrado contra **FLAVIANO MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.166,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos, conforme DAE de fl.116.

VOTO VENCEDOR(em separado qto a fundamentação) – Conselheiros: Tolstoi Seara Nolasco, Paulo Danilo Reis Lopes e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Valnei Sousa Freire, José Rosivaldo Evangelista Rios e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – VOTO EM SEPARADO
(qto a funfamentação)

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS