

PROCESSO - A. I. Nº 206918.0001/15-7
RECORRENTE - FERROLENE S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 5ª JJF nº 0015-05/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0165-12/18

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, nos termos do art. 12, inciso I, da LC 87/96. Conforme consolidado no âmbito da Procuradoria, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, restou firmado o entendimento de que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias, com a ressalva de que este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, portanto a Súmula nº 166 tem o seu alcance limitado às operações internas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 5ª JJF, que por unanimidade, decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015 para imputar ao contribuinte o cometimento de quatro infrações, sendo objeto do presente recurso apenas a infração 01, que trata da falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$282.535,38, nos exercícios de 2011 e 2012, decorrentes da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Consta da descrição dos fatos que o contribuinte recebe do Estado de São Paulo mercadorias em transferência e destinadas a uso e consumo na Unidade de Camaçari-Ba.

A 5ª Junta de julgamento Fiscal dirimiu a lide com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Preliminarmente, verifico presentes, no Processo Administrativo Fiscal em tela, os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos fiscais reclamados, estando o lançamento de ofício de acordo com o estabelecido nos termos dos artigos 39, RPAF BA (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) e 142 do CTN (Código Tributário Nacional).

O presente Auto de Infração reclama créditos tributários no valor total de R\$381.360,49, relativo às 4 (quatro) infrações descritas e relatadas na inicial dos autos. Todas as infrações estão respaldadas por demonstrativos elucidativos acostados aos autos, tendo o defendente reconhecido integralmente os valores exigidos nas infrações 2, 3 e 4. Em consequência, subsistem todas essas infrações pelo reconhecimento do sujeito passivo. Sendo assim, a lide se restringe apenas à infração 1, que diz respeito a falta de recolhimento do imposto no valor de R\$282.535,38, relativo aos exercícios de 2011 e 2012, por ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas transferências de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação, no caso específico, Estado de São Paulo, e destinadas a consumo do estabelecimento na Unidade de Camaçari, Estado da Bahia.

No demonstrativo às fls. 19 a 23 dos autos, observo, de fato, que são mercadorias oriundas do Estado de São Paulo, com o CFOP nº 2.557 - Transferência de Material para Uso e Consumo, em que, pelo fato da legislação

paulista tratar como não ocorrência de incidência de ICMS, em operações de saídas de material de uso ou consumo, para outros estabelecimentos do mesmo titular dentro do seu território (inciso XV, art. 7º, do Decreto do Estado de São Paulo nº 45.490/2000); argui o sujeito passivo que estaria a presente operação acobertada pelo inc. III, do art. 7º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e inc. II, do art. 69 do novo RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, onde reza que não é devido o pagamento da diferença de alíquota se a operação de remessa for realizada com não incidência do imposto.

Ocorre que a operação objeto em análise, não se trata de remessa realizada com não incidência do imposto, pois a não incidência argüida pelo defendente, refere-se à saída de material de uso ou consumo para outros estabelecimentos do mesmo titular dentro do próprio Estado de São Paulo (inciso XV, art. 7º, do Decreto nº 45.490/2000); no caso específico, trata-se de saída de material de uso ou consumo para outros estabelecimentos do mesmo titular fora do Estado de São Paulo, no caso em tela, Unidade de Camaçari, Estado da Bahia, portanto, sob a égide do inc. I, art. 12, da Lei Complementar nº 89/96, que considera a ocorrência do fato gerador do ICMS em operações de saída de mercadorias de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Dispositivo esse recepcionado pela Lei nº 7.014/96, que dá o ordenamento jurídico do ICMS no Estado da Bahia, no inc. XV, do art. 4º a seguir descrito:

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

*XV - da **entrada** ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em **decorrência de operação interestadual** ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, **quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo** ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado à operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.(Grifos Acrescidos)*

É fato que todas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito da infração 1 são originárias de operações de transferência (CFOP nº 2.557) de outra unidade da Federação, com destinação a estabelecimento situado no Estado da Bahia, no Município de Camaçari. Nesse caso, destaco o art. 155, § 2º, inc.VII, da Constituição Federal, que determina, que em operações que destinem bens a contribuinte, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário da operação, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Como tal, assim se apresenta o demonstrativo de débito da infração 1, o destaque das notas fiscais, data de emissão, descrição das mercadorias transferidas, o código das operações fiscais (CFOP), no caso específico, 2.557, a unidade da Federação de origem, no caso em tela São Paulo, o valor das mercadorias, o imposto destacado na operação e devido ao Estado de São Paulo à alíquota de 7% e o imposto objeto da autuação calculado à alíquota de 10%, correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário (17%) e a alíquota interestadual (7%); em nenhum momento questionado pelo defendente.

Desta forma, entendo que não merece reparo a autuação neste ponto. Tenho por subsistente a infração 1.

Verifico que a multa utilizada para o cálculo da multa da infração 3, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificada para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito, a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

*Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração em tela por restar reconhecidas as infrações 2, 3, e 4 e procedente infração 1.*

Inconformado com a Decisão de primeira instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls.114/117. Registra ser sua peça defensiva tempestiva. Repete a imputação fiscal relativamente à infração 01, que diz respeito à exigência do diferencial de alíquota na “Transferência de Material de Uso e Consumo” acobertada pela CFOP 2.557, concordando em recolher os demais itens do auto de infração. Sintetiza seus argumentos quando da impugnação ao lançamento de ofício.

Afirma que os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, por votação unânime, deliberou pelo não acolhimento da impugnação da Autuada, motivo do ingresso do presente Recurso Voluntário. Aduz que no que tange ao diferencial de alíquota, a Autuada reitera todos os termos de sua defesa, como se aqui tivesse sido reproduzido, para não deixar a peça extensa, aduzindo decisão da Segunda Câmara Cível, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, proferida nos autos do Processo nº 0323677-51.2012.8.05.0001, que decidiu matéria semelhante em benefício da Autuada, lastreada na Súmula nº 166, do STJ, sob pena, inclusive, de futuro prejuízo ao Erário,

decorrente de igual sucumbência judicial, pede que a infração seja julgada “improcedente”.

Destaca que a Decisão recorrida interpretou que o inciso XV, do artigo 7º, do Decreto do Estado de São Paulo nº 45.490/2000, que normatiza pela não incidência nas transferências de material de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo titular, somente se aplica dentro do próprio Estado de São Paulo.

Discorda desta interpretação, entendendo que, o normatizado não faz essa diferenciação e a não incidência se aplicaria tanto dentro como fora do território do Estado, mesmo porque, não houve circulação de mercadoria.

Requer, após a apreciação dos julgadores deste Conselho de Fazenda Estadual:

- a) preliminarmente, conhecer o recurso voluntário interposto contra o acórdão recorrido, e, por envolver matéria contida em lei ou em ato considerado ilegal já decidido em última instância pelo Poder Judiciário nos termos da fundamentação, que se dignem determinar a representação ao Secretário da Fazenda, nos termos do que disciplina o artigo 168 da RPAF/99.
- b) subsidiariamente, na eventualidade desta Câmara entender não ser o caso da representação requerida preliminarmente, que se digne em conhecer o Recurso Voluntário interposto contra o acórdão, e, na apreciação dos fundamentos invocados, seja dado provimento integral ao presente recurso, no sentido de ser julgado o auto de infração indevido e insubsistente, determinando o seu arquivamento na forma da lei.

Às fls. 118/122 consta cópia da Sentença referente à Ação Ordinária com pedido de antecipação de tutela deferido, concluindo pela inaplicabilidade da Lei Complementar nº 87/96, tendo em vista que não se trata de circulação de mercadoria, pois não há ato de mercancia e sim, transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, e que como decidido pelo STJ, não constitui fato gerador do ICMS.

Às fls. 125/128 consta acórdão do TJBA negando provimento ao recurso interposto pelo Estado da Bahia, concluindo pela inocorrência do fato gerador conforme Súmula nº 166. Certidão de trânsito em julgado fl. 130.

O opinativo da PGE/PROFIS da lavra da doutora Ana Carolina Moreira se encontra as fls. 142/147. Com fundamento no art.138 do COTEB c/c art.118, inciso I, do RPAF/99, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário do autuado. Entende que o caso vertente não se enquadra na hipótese de não incidência prevista no art. 7º, inciso III do RICMS/BA, tendo em vista que não se trata de remessa realizada com não incidência do imposto, e a não incidência arguida pela Recorrente refere-se a saída de material de uso e consumo para outro estabelecimento do mesmo titular dentro do próprio Estado de São Paulo, conforme se depreende da norma paulista e o caso em apreço é de transferência interestadual.

Considerando a possibilidade de futuro prejuízo ao Erário, decorrente de igual sucumbência judicial, conforme decisão retro citada, os Membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, com o apoio da representante da PGE/PROFIS presente, decidiram converter o presente PAF em diligência à PGE/PROFIS fl. 149. Solicitou que a Procuradoria emitisse Parecer Jurídico esclarecendo se aquela ação judicial contempla a discussão de mérito em análise e se repercute de alguma forma no presente lançamento de ofício.

A diligência foi cumprida fls.152/154 e o Parecer Jurídico PGE/2016.119539-0 da lavra da ilustre procuradora, doutora Ana Carolina Moreira, registra o que segue.

Afirma que sobre a matéria ora discutida, comparada com a sentença adunada à fl.18 dos autos, verifica identidade de tema e da infração cometida, portanto conforme solicitado na diligência, observa que a decisão judicial trazida ao feito como paradigma, contempla sim, a discussão de mérito aqui tratada.

Quanto ao questionamento se a referida decisão repercute de alguma forma no presente

lançamento, tece alguns esclarecimentos.

Sobre as cópias das decisões judiciais carreadas aos autos pela Recorrente, observa que a fl.130, consta “certidão de Trânsito em Julgado” da referida Ação, datada de 16.04.2014, entretanto ao consultar o andamento do feito no sistema ESAJ do TJ/BA, verifica que esta informação não espelha a realidade e que o processo em testilha se encontra em grau de recurso, conforme cópia das informações do ESAJ, ora colacionadas aos autos, fls. 155/157.

Salienta que foi consolidado no âmbito da Procuradoria, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, no qual restou firmado o entendimento de que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, com a ressalva de que este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 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.

Afirma que se tem aí, 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.

Esclarece que o Recurso Voluntário interposto deve ser apreciado por este Conselho de Fazenda, uma vez que, em relação ao presente lançamento, não houve opção do contribuinte pela via judicial, consoante art. 27, inciso IV c/c o art. 117 do RPAF/99.

O referido Pronunciamento foi acolhido pela Procuradora Assistente, doutora Rosana Maciel Bittencourt Passos, fl. 159, nos termos do art. 41, II da LC nº 34/2009.

VOTO

Preliminarmente, afasto o pedido de representação ao Secretario da Fazenda, conforme solicitação recursal. Nos termos do que disciplina o artigo 168 da RPAF/99, o pedido de Representação será submetido pela autoridade Julgadora à Junta ou Câmara de Julgamento do CONSEF, na ocorrência das seguintes premissas: *"sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário"*.

No presente caso, não se verifica qualquer destas premissas. Ademais, a matéria em lide no presente PAF foi submetida ao crivo da PGE/PROFIS resultando no Parecer Jurídico PGE/2016.119539-0, que concluiu que a matéria se encontra em absoluta consonância com a Lei e a Constituição Federal/88. Pedido de Representação não acolhido.

Cabe ainda registrar, que de acordo com verificação da PGE o Recurso Voluntário interposto deve ser apreciado por este Conselho de Fazenda, uma vez que, em relação ao presente lançamento, não houve opção do contribuinte pela via judicial, consoante art. 27, inciso IV c/c o art. 117 do RPAF/99.

Sobre a infração 1 alvo de recurso voluntário pelo sujeito passivo, o lançamento fiscal acusa a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$282.535,38, nos exercícios de 2011 e 2012, decorrentes da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O Recorrente destacou a não incidência do ICMS DIFAL nas transferências de material de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo titular. Invocou, trazendo ao PAF, cópia da Decisão da Segunda Câmara Cível, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, proferida nos autos do Processo nº 0323677-51.2012.8.05.0001, que decidiu matéria semelhante em benefício da Autuada, lastreada na Súmula 166, do STJ.

Considerando a possibilidade de futuro prejuízo ao Erário, decorrente de igual sucumbência

judicial, conforme decisão retro citada, os Membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em sessão de julgamento anterior, com o apoio da representante da PGE/PROFIS presente, decidiram converter o presente PAF em diligência à PGE/PROFIS fl. 149. Assim, solicitou-se que a Procuradoria emitisse Parecer Jurídico esclarecendo se aquela ação judicial contemplava a discussão de mérito em análise e se repercutia de alguma forma no presente lançamento de ofício.

Importante registrar, que naquela oportunidade ainda não existia no mundo jurídico, o Incidente de padronização nº PGE 2016.169506-0 que dentre outras matérias se pronunciou a respeito do tema.

A diligência foi cumprida e por consequência foi emitido Parecer Jurídico PGE/2016.119539-0 da lavra da ilustre procuradora, doutora Ana Carolina Moreira, registrando que foi consolidado no âmbito da Procuradoria, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, no qual restou firmado o entendimento de que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, com a ressalva de que este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 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.

Dessa forma, entendo correta a decisão de 1ª Instância que julgou procedente a infração 1.

Portanto, acompanho o Parecer da Douta procuradora, pois também verifico que o recorrente não trouxe elementos novos passíveis de apreciação e que possam alterar o conteúdo do julgamento recorrido, não elidindo a acusação. Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO DIVERGENTE

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

Pelo exposto voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar a infração 1 IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206918.0001/15-7**, lavrado contra **FERROLENE S. A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$283.104,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$91.552,12**, previstas no art. 42, inciso XI, da Lei citada, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Alexandrina Natalia Bispo Santos, Fernando Antonio Brito de Araújo, Washington José dos Santos e Maurício Souza Passos

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Paulo Sérgio Sena Dantas e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS - VOTO DIVERGENTE

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES - REPR. DA PGE/PROFIS