

PROCESSO - A. I. Nº 279468.0018/15-1
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0179-03/15
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/08/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-11/18

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Ocorre o fato gerador do imposto na entrada do bem ou mercadoria oriundo de outra unidade da Federação, destinado ao ativo imobilizado ou ao consumo do próprio estabelecimento, sendo irrelevante, para caracterizar o fato gerador, a natureza jurídica da operação. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0179-03/15), que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o débito de R\$507.331,01, sob a acusação de:

Infração 01 – 06.05.01

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 e/ou consumo do próprio estabelecimento.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após consignar que o sujeito passivo reconheceu como devida a exigência, no valor de R\$310.361,98, cuja importância foi recolhida, com os devidos acréscimos, conforme DAE às fls. 228/229 dos autos, inerente apenas às aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento, no período fiscalizado, consoante planilhas às fls. 22/23 dos autos, tendo em vista sustentar que os valores por ele não reconhecidos e remanescentes da autuação, por se tratarem de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, não há incidência do ICMS, por não constituir caráter mercantil e não gerar transferência de titularidade. Cita jurisprudência.

Salienta a JJF que, no caso de transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento e nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos, conforme previsto no art. 11, § 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96.

Destaca a JJF ser induvidoso que ao receber as mercadorias ou bens decorrentes de operações de transferências interestaduais ocorre as entradas dessas mercadorias ou bens no estabelecimento autuado, o que se configura a ocorrência do fato gerador do imposto, ao teor do inciso XV do art. 4º da Lei nº 7.014/96, sendo irrelevante para caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação de que resultem quaisquer das hipóteses legais ou o título jurídico pelo qual o bem ou mercadoria esteja na posse do respectivo titular, como determina o § 1º do citado disposto legal.

Logo, segundo a JJF, não deve prosperar o argumento da defesa ao aduzir que nas transferências não ocorre circulação jurídica.

Em suma, concluiu a JJF que, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, concomitantemente, com a expressa previsão legal na legislação baiana, resta caracterizada integralmente a ocorrência do fato gerador do ICMS nas

operações arroladas no levantamento fiscal que resultou na exigência fiscal, ora em lide.

No Recurso Voluntário, às fls. 255 a 263 dos autos, a recorrente reitera que as operações referem-se à transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte e, em consequência, por não possuir qualquer caráter mercantil e não gerar qualquer circulação jurídica (transferência de titularidade), não se submete à tributação discutida, conforme jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, Súmula 166, de que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Diz ser equivocada a Decisão recorrida, haja vista que o fato de um estabelecimento ser autônomo não rompe o vínculo existente entre matriz e filiais, para efeito de incidência do ICMS, ou seja, em suma, pertencem ao mesmo contribuinte, não ocorrendo a constituição do fato gerador do imposto.

Afirma que tal Decisão vai de encontro ao entendimento, já sumulado pelo STJ, o que acabará, se confirmada em sede de 2ª instância, trará grande prejuízo ao erário estadual, pois resultará em execução fiscal fadada ao insucesso.

Quanto à eventual argumentação de que a Súmula 166 seria anterior à edição da LC 87/96, que teria disposto em seu art. 12 que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte seria fato gerador do ICMS, a recorrente sustenta que esta não prospera, conforme já esclarecido pelo STJ, conforme trecho que transcreve, a seguir:

“Sustenta o Estado que (...) o artigo 12, I, da LC n.º 87/96 prevê a ocorrência de fato gerador no momento da saída do bem do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular, estando, assim, superada a Súmula 166/STJ.”

É o relatório.

No tocante à incidência do ICMS na hipótese, tem aplicação, efetivamente, o teor da Súmula 166/STJ (...). Os julgados deste Tribunal que deram origem à Súmula 166 revelam claramente ser pacífico o entendimento de que para se configurar o fato gerador do ICMS é necessário que haja ato de mercancia, ou seja a venda da mercadoria

Logo, segundo a apelante, tendo em vista a orientação já pacificada pelo STJ no enunciado 166 da sua Súmula, não incide o ICMS nos casos de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Do exposto, requer que seja provido o Recurso Voluntário, cancelando o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$507.331,01, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

O recorrente reconhece o valor de R\$310.361,98, referente às aquisições interestaduais destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento, insurgindo-se quanto ao valor remanescente, relativo às transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, que diz não incidir ICMS, por não possuir qualquer caráter mercantil e não gerar qualquer circulação jurídica (transferência de titularidade), conforme estabelece a Súmula nº 166 do STJ.

Entretanto, deve-se ressaltar que o ICMS incide sobre a *entrada* de mercadorias em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria for destinada a uso, consumo ou ativo permanente, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º, c/c o art. 12, I, da LC nº 87/96, assim como no art. 2º, IV, c/c o § 1º, e no art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96, cuja legislação o órgão julgador administrativo está vinculado, sendo irrelevante para caracterização do fato gerador, o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular e a natureza jurídica da operação.

Inerente à alegação de que a Súmula STJ nº 166 afirma que: “*Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”,

reproduzo parecer da PGE/PROFIS, relativo a outro processo, no qual ressalta que:

A decisão do STJ possui uma lógica cartesiana, qual seja, nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, dentro dos lindes dum Estado Federado, de fato, não possui qualquer relevância econômica, por conta o mecanismo da não-cumulatividade. Entretanto, nas transferências interestaduais esta lógica não funciona, haja vista que a operação comercial engendradora da circulação econômica irradia reflexos em outro Estado da Federação, tendo em vista que o ciclo econômico ao qual ficará adstrito o bem mercantil se desenrolará parte no território de um Estado, parte no do outro, restando prejudicado o Estado destinatário da mesma, num autêntico atentado ao princípio federativo e ao princípio da não-cumulatividade, decorrente da utilização de alíquotas constitucionalmente diferenciadas.

No entender do Parecer da PGE/PROFIS, ainda que se conclua vinculante o disposto na Súmula 166 do STJ sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (pois entende faltar competência a esta Corte para apreciação de questão de foro nitidamente constitucional), mesmo assim, faz-se necessário encerrar a aplicação do comando sumular apenas aos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte num único Estado da Federação, o que não é o caso dos autos, do que diz forçoso carrear acórdão prolatado pelo próprio STJ, precisamente no Recurso Especial nº 242.338/MG, cujo alcance determinativo faz considerações apartadas sobre transferências internas e interestaduais, espancando, desta maneira, a argumentação da aplicação da Súmula 166 da própria Corte de Justiça, *in verbis*:

"ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE, MAS LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 166/STJ. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO."

...Embora possa parecer caso de incidência do referido enunciado (da Súmula 166), temos que fazer distinção, pois, na hipótese dos autos, o outro estabelecimento do contribuinte, para onde foram transferidas as mercadorias, situam-se em outro Estado-membro. Daí afasta-se a aplicação da súmula..."

Ademais, tal entendimento já foi consolidado no âmbito da SEFAZ, conforme Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, no qual concluiu que apenas “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.*”, ressalvando:

Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de 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 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 do ICMS 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.

Assim, acompanho o referido opinativo e entendimento consolidado para concluir pela subsistência desta infração, diante da previsão da hipótese legal no sistema normativo para o fato concreto, como também em razão da não aplicação da Súmula 166 nas operações interestaduais.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, discordo do posicionamento do i. Relator quanto ao valor remanescente, relativo às transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, uma vez que o recorrente reconheceu o valor de R\$310.361,98, referente às aquisições interestaduais destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento.

O recorrente defende a não incidência do ICMS nas operações de transferência, eis que estas não possuem qualquer caráter mercantil nem geram qualquer circulação jurídica (transferência de titularidade), conforme estabelece a Súmula nº 166 do STJ.

Entendo que assiste razão as alegações do recorrente.

Ora, apesar de ser a jurisprudência dominante neste Conselho, ela não é unânime. Ao meu sentir, tais transações internas e interestaduais não são geradoras de ICMS, não havendo que se falar em “circulação de mercadorias”, pois não há efetivamente transferência de titularidade dos bens.

Ademais, o fato de um estabelecimento ser autônomo não rompe o vínculo existente entre matriz e filiais, para efeito de incidência do ICMS, ou seja, em suma, são estabelecimentos pertencentes a um mesmo contribuinte, não ocorrendo a constituição do fato gerador do imposto.

O STJ, na Súmula nº 166, deixa claro que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, não fazendo distinção entre operações internas ou interestaduais.

Outrossim, o fato de a LC 87/96 ser posterior à referida Súmula não significa dizer que esta (lei complementar) retirou a aplicação daquela (súmula) do nosso ordenamento jurídico, existindo julgados baseados na referida súmula posteriores à vigência da precitada Lei Complementar. Vejamos:

2. Deverás, consoante abalizada doutrina, “tal circulação só pode ser jurídica”, a qual (e, não, meramente física) pressupõe “a transferência da posse ou (de uma pessoa para outra) da propriedade da mercadoria”. (Roque Antonio Carraza, in ICMS, 9ª Ed., Malheiros Editores, 2003. São Paulo, pág. 36). Desta sorte, inexistindo mudança da titularidade da mercadoria, a tributação pelo ICMS inoce.

3. A jurisprudência cristalizada no âmbito do STJ é no sentido de que “não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, restando assente (Súmula 166), em diversos julgados, a irrelevância dos estabelecimentos situarem-se em Estados distintos (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 601140/MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 10.04.2006; REsp 659569/RS, Segunda Turma, publicado no DJ de 09.05.2005; AgRg no Ag 287132/MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 18.12.2000; e REsp 121738/RJ, Primeira Turma, publicado no DJ de 01.09.1997)

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, concluindo pela insubsistência da infração no tocante a incidência de ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de um mesmo titular.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 para homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279468.0018/15-1, lavrado contra TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento no valor de R\$507.331,01, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Elde Santos Oliveira e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de julho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS