

PROCESSO - A. I. N ° 293873.3003/16-3
RECORRENTE - RMR - AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO DE CEREAIS - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0221-04/17
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/10/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0203-11/18

EMENTA: ICMS. 1. DÉBITO FISCAL. ESTORNO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. Autuado não apontou equívocos nos cálculos relacionados a ambas as infrações. Não acolhidos os argumentos de nulidade. Nas operações de transferências de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, mas localizado em outra unidade federada, não se aplica a Súmula nº 166 do STJ, ocorrendo incidência do imposto. Decisões apresentadas pelo autuado insuficientes para afastar as exigências. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado pelo Recorrente em face da decisão proferida pela 4ª JJF na apreciação do Auto de Infração 293873.3003/16-3, julgando-o Procedente, consoante Acórdão JJF nº 0221-04/17, reclamando o recolhimento de ICMS e penalidade no valor original de R\$55.950,04, pelo cometimento das seguintes infrações:

1 – “Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Mercadoria isenta na operação interna e nas vendas interestaduais utilizou-se na forma de crédito fiscal no conta corrente valor superior ao permitido nas vendas de feijão”. Valor lançado: R.\$ 47.017,67, com multa prevista no Artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

2 – “Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior”. Valor lançado R\$8.932,36, multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Analisando o Auto de Infração, fls. 1/7, a defesa apresentada pelo Recorrente, fls. 58/70, e a Informação Fiscal apresentada pelo autuante, fls. 84/87, assim definiu a 4ª JJF.

“VOTO

O presente Auto de Infração imputou ao autuado duas acusações: a primeira refere-se a estorno de débito em desacordo com a legislação enquanto que a segunda relaciona-se a recolhimento de ICMS a menos a título de antecipação tributária.

Em sua defesa, preliminarmente, o autuado arguiu a nulidade integral do Auto de Infração ou, a nulidade parcial especificamente em relação a infração 01, em face de ausência de requisito essencial para sua lavratura, no que tange a indicação precisa dos fatos infracionais, de forma clara, precisa e sucinta (Art. 39, III do RPAF/BA).

No mesmo rumo, voltou a suscitar a nulidade do lançamento ao argumento de houve ofensa à regra encartada pelo inciso V, alíneas “a”, “b” e “c” do referido dispositivo regulamentar, pontuando que os fatos narrados não correspondem à realidade do acontecido.

Não é isto que vislumbro nos autos. Ambas as infrações estão postas de forma clara e compreensiva, o enquadramento legal e a tipificação das penalidades estão indicadas corretamente, enquanto os elementos que deram origem às infrações estão demonstrados através das planilhas juntadas aos autos que proporcionaram

amplos meios de defesa, o que foi feito.

De maneira que não acolho as arguições de nulidades trazidas pela defesa e, em consequência, passo ao exame do mérito.

Neste passo, indefiro de imediato a solicitação de diligência por considerar que estão presentes nos autos todos os elementos necessários à formação de minha convicção, razão pela qual aplico a norma constante do Art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA.

No que tange ao mérito propriamente dito da autuação vejo que o autuado referiu-se em conjunto a ambas as infrações, onde, no que diz respeito aos levantamentos apresentados através das planilhas que lhes foram entregues, o autuado não se insurgiu quanto a valores, cálculos, documentos fiscais, etc, ou qualquer outro elemento relacionado a apuração do débito.

Sua insurgência pautou-se basicamente no argumento de que não incide ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Neste ponto há de se registrar que a exigência constante da infração 01 em nada se relaciona a operações de transferências interestaduais. E isto se verifica tanto na acusação quanto através das planilhas de fls. 27 e 28 onde se constata que a exigência se pautou no levantamento das vendas internas e interestaduais de feijão, calculando o percentual dessas operações em relação à sua totalidade, o qual foi aplicado, para efeito de cálculo do estorno, sobre os créditos considerados nas aquisições internas, que são isentas, confrontando o valor do estorno apurado com aquele registrado pelo autuado em sua escrita fiscal, recaindo a exigência sobre o valor do estorno efetuado a menos.

Portanto, como não houve contestação desses valores pelo autuado e, tampouco se referem a operações de transferências interestaduais, e ainda, pelo fato de não se justificar o pedido do autuado para concessão de prazo para solicitação à SEFAZ de autorização para realizar alteração nos documentos fiscais através do SPED FISCAL e DMA, mantenho a exigência fiscal em relação à infração 01 no valor de R\$47.017,68.

No tocante a infração 02 vejo que esta envolve operações interestaduais relacionadas a transferências entre o estabelecimento matriz e a filial do autuado. A este respeito o autuado se pautou apenas em arguir a não incidência do ICMS nessas operações, trazendo em seu socorro decisões do STJ e a Súmula 166 dessa mesmo Tribunal, não apontando qualquer equívoco nos cálculos.

Inicialmente vejo que há uma patente dissonância entre o argumento trazido pela defesa e a forma em que praticou essas operações, tributando-as normalmente. Ora, se defende a não incidência do imposto nas operações de transferências interestaduais, soa flagrante contradição em relação ao que pratica, tributando normalmente tais operações.

Analisando os argumentos defensivos, destaco inicialmente que é jurídica a circulação de mercadorias nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade.

Vejo, também, que a Súmula 166 do STJ não é vinculante e foi publicada antes da Lei Complementar 87/1996, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor sobre normas gerais do imposto em comento.

A referida LC é chamada de Lei Nacional do ICMS e dispõe sobre hipóteses de incidência, não incidência, contribuintes, substituição tributária, local da operação, momento da ocorrência do fato gerador, base de cálculo e compensação, entre outras situações de naturezas mais específicas.

O Diploma Legal Complementar trata no seu art. 13, § 4º, sobre critérios de determinação da base para o cálculo dos créditos 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.

No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do art. 12 da referida LC, ao informar que ocorre o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.

Isto posto, não vejo como afastar a exigência fiscal em relação as operações de transferências interestaduais de mercadorias para comercialização porque além da legislação tributária em vigor conter previsão expressa neste sentido, a autoridade fiscal tem atividade vinculada e tem o dever de aplicar o quanto previsto pela legislação tributária vigente.

Neste aspecto, a Lei Estadual nº 7.014/96 em seu Art. 2º, inciso IV, estabelece:

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; (grifo não original).

Já o § 1º do citado dispositivo legal prevê que:

§ 1º. São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;

Por sua vez, o art. 4º, incisos I e XV da mesma Lei, estabelecem:

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;

[...]

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 a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

De maneira que, à luz do quanto acima exposto, cabe à autoridade julgadora e, também, ao agente fiscalizador, cumprirem o quanto está exposto pela legislação tributária deste Estado que prevê a incidência do imposto nas operações interestaduais com mercadorias para comercialização.

E este entendimento tem sido sustentado pela Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, **a exemplo** do Parecer Jurídico nº 2014224287-0, proferido nos autos do Processo nº 20694000001134, pelo i.procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, cujo excertos transcrevo a seguir:

"A irrisignação tracejada na presente súplica recursal (...) cinge-se, em suma, aos seguintes argumentos: a) de que não há fato gerador do ICMS por se tratar de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da autuada, não havendo circulação econômica; b) de que não se pode cobrar diferencial de alíquota nas transferências de bens de uso e consumo entre mesmos estabelecimentos da recorrente.

(...)

Pois bem, estribado nas razões lançadas pelo recorrente, faz-se necessário trazer à baila o matiz constitucional do ICMS, a fim de melhor apreendermos seu alcance eficazional, observe.

Preconiza o art 155, II, da CF/88:

"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 Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação..."

A leitura da norma constitucional, mesmo que de forma breve, conduz inequivocamente à ilação de que o constituinte definiu o ICMS como um imposto incidente sobre operações "**relativas**" à circulação de mercadorias ou prestação de serviços. e não, como quer inferir o recorrente, um tributo sobre operações de venda de mercadorias.

Neste timbre constitucional, concedeu-se à Lei Complementar definir o perfil do imposto, definindo seus elementos fundamentais, dentro, é claro, dos lindes demarcados pelo legislador constitucional.

Assim, ancorado no permissivo constitucional, o legislador complementar como axioma informativo do ICMS o princípio da autonomia dos estabelecimentos, devidamente normatizado no art. 12, da LC nº 87/96:

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;

Aliás, quadra sublimar, tal posicionamento normativo já existe no nosso ordenamento jurídico desde o Decreto nº 406/68 e Convênio ICM nº 66/88, veículos legais com força de Lei Complementar, não sendo, assim, nenhuma novidade.

(...)

Dessa forma, sendo perfeitamente legal, quicá constitucional, que o legislador fixasse como autônomos estabelecimentos de um mesmo contribuinte, afigura-se claro à simplicidade franciscana que as transferências de mercadorias entre eles concretizadas deverão ser objeto de regular tributação, como o foram neste presente lançamento.

Aliás, vale referir que, o ICMS é um imposto que incide sobre operações RELATIVAS à circulação de mercadorias e prestação de serviços, não sendo, desta maneira, um imposto exclusivamente sobre operações de vendas de mercadorias.

Neste sentido, impende afirmar que é irrelevante para efeito (diga-se efeito tributário) de incidência do ICMS, se nas etapas de circulação de mercadorias haja ou não transferência de propriedade, bastando, assim, a circulação tendente a encaminhar o bem para seu consumo final.

(...)

Com efeito, é possível afirmar que a saída de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, não é uma simples movimentação de mercadoria, mas, isto sim, um fato econômico, que possui relevância jurídica tributária.

Contudo, em que pese os fortes argumentos urdidos pela doutrina acerca da questão, o STJ trilhou um caminho no sentido da não tributação no simples deslocamento de mercadorias entre os estabelecimentos do mesmo ente, sendo este entendimento devidamente sedimentado na Súmula 166.

Entretanto, não é este o problema do caso em apreço, aliás, como quis infundir o recorrente, mas, isto sim, transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, cujo deslinde não perpassa sob enfoque dado à questão pelo STJ.

Nesse passo, além das considerações acima alinhavadas sobre a questão de remessa de mercadorias à empresa de um mesmo contribuinte, acresce-se ao caso em análise, a questão das transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, observemos.

No caso das transferências interestaduais, a operação comercial engendradora da circulação econômica irradia reflexos em outro Estado Membro 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 outro, restando prejudicado o Estado remetente da mesma, num autêntico atentado ao princípio federativo.

(...)

Desta forma, ainda que se entenda vinculante o disposto na Súmula 166 do STJ sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (em que pese no meu entender a falta de competência desta Corte para apreciação de questão nitidamente constitucional relativa ao alcance da regra matriz Constitucional do ICMS) mesmo assim, faz-se necessário encerrar a aplicação do comando sumular apenas aos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, o que, repita-se, não é o caso dos autos.

Neste caso, forçoso carrear acórdão prolatado pelo próprio STJ, precisamente no Recurso Especial nº 242.338/MG, cujo alcance determinativo faz considerações sobre transferências internas e interestaduais, espancando, desta maneira, a argumentação da aplicação da Súmula 166 da própria Corte de Justiça, 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, situa-se em outro Estado-membro.

Daí afasta-se a aplicação da súmula..."

Assim, enlaçando as considerações acima expostas ao caso em apreço, conclui-se restar absolutamente improcedente o pleito do recorrente neste item, cabendo o recolhimento do diferencial de alíquota, por expressa determinação constitucional e, outrossim, por motivos de lógica jurídica como acima alinhavado.

(...)

Destaco, também, que a Segunda Turma do STJ em sede de apreciação do REsp 1109298/RS, cujo Relator foi o Ministro Castro Meira (DJe 25/05/2011), decidiu pela aplicação do disposto no Art. 13, § 4º da LC 87/96, que trata especificamente da constituição da base de cálculo nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Portanto, à luz do quanto acima exposto, não merece albergue a alegação de que o ICMS não incide nas transferências interestaduais, razão pela qual as decisões trazidas pelo autuado em nada lhe socorrem.

Quanto ao fato do autuado haver ingressado com Ação Declaratória que tramita na 1ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco, este fato não repercute no presente lançamento até porque os efeitos desta ação estão circunscritos aquele Estado de Pernambuco não produzindo

No que diz respeito a alegação do autuado de que recolheu equivocadamente valores indevidos de ICMS, esta é uma questão que não cabe a este Conselho de Fazenda se pronunciar por não ser o foro adequado para este

tipo de análise por envolver suposta solicitação de restituição de indébito.

Isto posto, mantenho a exigência do imposto no valor de R\$8.932,36 referente a infração 02.

Em conclusão voto pela Procedência do presente Auto de Infração, no valor de R\$55.950,04.

Ciente da decisão acima transcrita, tempestivamente, o Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 111/122, CD/MÍDIA, fl. 125, onde busca desconstituir o crédito reclamado apresentando suas razões, como analiso.

Em sua peça recursal, inicialmente faz referência à tempestividade da mesma afirmando estar de acordo como previsto no RPAF, Decreto nº 7.629/99.

Analizando a Autuação sofrida, afirma ser necessária a sua desconsideração por razões que explana na peça recursiva.

Tratando do que denomina “SÍNTESE FÁTICA”, o Recorrente destaca tratar-se o mesmo de empresa com atividade comercial de gêneros alimentícios, conforme descrito em seus atos de registros e que a autuação perpetrada diz respeito a operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, portanto não ocorrendo transmissão de propriedade ou operação comercial, o que não se sujeitaria à incidência do ICMS, salientando que em função desta atividade vem sendo alvo de várias autuações por preposto do Fisco estadual.

Passa a seguir a expor os “FUNDAMENTOS JURÍDICOS” que informa sustentar sua pretensão de desconsideração da infração, destacando a função do CONSEF como órgão julgador que deve primar em sua atuação pela busca da “verdade material”, conforme estabelece o seu Regimento Interno:

Decreto nº 7.529/99 (Regimento Interno do CONSEF):

Art. 2º. O Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), que integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, é o órgão competente para, no âmbito administrativo, originariamente, julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação 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.

Apresenta, ainda, o disposto no RPAF:

Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA):

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Afirma que a busca da Verdade Material sugere ao CONSEF o atendimento aos pedidos de diligências e perícias quando dúvidas forem suscitadas no decorrer dos processos que lhe são objeto de apreciação, destacando, de relação ao ônus da prova, que é este uma obrigação do Fisco, em face de ser sua afirmação da ocorrência de fatos geradores do imposto, não aceitos pelos contribuintes, fazendo menção ao princípio da Inquisitorialidade, para em seguida fazer menção a julgados de instâncias superiores que lhe seriam benéficas, em especial a Súmula 166 do STJ.

Sustentado no que foi definido na Súmula nº 166, o recorrente reafirma que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, quando ocorre apenas a transferência física, pelo fato não ocorrer a transmissão de propriedade, não pode ocorrer a incidência do ICMS.

Afirma o Recorrente que, em face da constância do Estado desejar cobrar tributo sobre tais operações, demandou a Ação Declaratória tombada sob o nº 0020523-94.2014.8.17.0001 que tramita na 01ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco, em que, preliminarmente, foi o Estado de Pernambuco impedido de efetuar cobrança sobre tais operações.

Com base na ação declaratória acima referida requer a Improcedência Parcial do Auto de Infração.

Sequenciando, o Recorrente contesta a aplicação da multa com base no que foi enquadrado pelo autuante, considerando-a fora dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, trazendo em seu favor afirmações de autores e juristas, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello e Sacha Calmon Navarro, além de julgados de Tribunais Superiores.

Por fim, encerrando sua peça recursal o Recorrente afirma:

DOS PEDIDOS:

Discorridos os fatos, fundamentados a partir do direito que lhe é favorável, bem assim ante os documentos carreados e alicerçados pela doutrina e entendimentos, requer finalmente a Recorrente:

1. Que seja **DADO PROVIMENTO INTEGRAL** ao presente Recurso Voluntário, de modo que seja **TOTALMENTE REFORMADA** a Decisão Administrativa proferida em sede de 1ª instância, decretando-se **TOTALMENTE IMPROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO Nº 293873.3003/16-3**, desconsiderando-se todas as penalidades, multas e infrações constantes no mesmo, dada a ilegalidade da exigência do ICMS sobre operações de transferência de ativos entre matriz e filial;
2. Na remota hipótese de não ser deferido o pedido nº 01, que seja determinado à inaplicabilidade da multa no percentual de 60% (sessenta por cento) dada o nítido caráter confiscatório que encontra vedação constitucional (art. 150, IV) de sorte que é perfeitamente cabível a sua exclusão e/ou redução em face de valor excessivo, tudo em respeito, também, aos princípios da **RAZOABILIDADE** e da **PROPORCIONALIDADE** e a jurisprudência do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** (RE 91.707/MG; RE 82.510/SP; RE 60.476/SP);
3. Seja ainda determinado o arquivamento do presente Auto de Infração nº 293873.3003/16-3, dando-se baixa e arquivando-se o respectivo Processo Administrativo nº 175184/2016-0, após todas as formalidades legais necessárias;

VOTO

O sistema tributário brasileiro está baseado no que determina a Carta Magna, Constituição Federal de 1988, que ao definir as competências federativas estabelece para os Estados a prerrogativa de legislar a respeito do ICMS, consoante o Artigo 155:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I - impostos sobre:

- a) transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
- b) **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;** (grifo nosso)
- c) propriedade de veículos automotores;

§ 2º O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Ao tratar da não incidência estabelece a CF/88:

X - não incidirá:

- a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar;
- b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;
- c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

O legislador, ao estabelecer parâmetros para a instituição do imposto sobre a circulação acima referida, remeteu à lei complementar a competência para determinar as normas gerais que

deveriam ser aplicadas pelos Estados membros.

Assim a Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996, conhecida como Lei Kandir, determina em seu Artigo 1º:

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre 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.

Consoante o pacto federativo, dentro do que estabelece a CF 88, assim como o acima ditado pela LC 87/96, cada Estado tem liberdade para normatizar a respeito do ICMS, logicamente, não podendo ir de encontro ao que determinam os regramentos superiores, donde se depreende que, ao exercer a sua soberania e competência, não poderá interferir na soberania dos outros, mesmo porque cada Estado cumpre suas obrigações com a sociedade utilizando o que arrecada de tributos e o que lhe é repassado pela União, conforme determinam as leis.

Exercendo seu direito de normatizar o tributo em foco, o Estado da Bahia, através a Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, aprovou o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, que estabelece:

Art. 1º Esta Lei institui o Código Tributário do Estado da Bahia, sem prejuízo das disposições oriundas da Constituição Federal, de leis complementares, do Código Tributário Nacional, de resoluções do Senado Federal e de convênios aprovados pelo Conselho de Política Fazendária (CONFAZ), nos limites das respectivas competências.

Art. 2º Integram a competência do Estado da Bahia os seguintes tributos, disciplinados pelo presente Código:

I - Impostos:

a) imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias - (ICM); (atual ICMS)

Art. 3º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICM) tem como hipótese de incidência: I - a saída de mercadoria do estabelecimento comercial, industrial, produtor e outros considerados contribuintes por lei complementar; II - a entrada em estabelecimento comercial, industrial, produtor e outros considerados contribuintes por lei complementar, de mercadorias importadas do Exterior por seu titular, inclusive quando se trate de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento;

Para atender ao que determina a LC 87/96, o Estado da Bahia editou a Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, que estabelece as normas a serem seguidas no seu âmbito territorial, de relação do ICMS, estabelecendo:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias;

II - a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal;

III - a prestação de serviços de comunicação. Parágrafo único. Ocorre a incidência do ICMS inclusive quando as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Consequência da Lei nº 7.014/96, foi editado o RICMS, através o DECRETO Nº 6.284 DE 14 DE MARÇO DE 1997, hoje atualizado através o DECRETO Nº 13.780 DE 16 DE MARÇO DE 2012 que disciplina a aplicação legal das normas incidentes sobre o tributo.

Não existe nenhum regramento legal no âmbito do Estado da Bahia que estabeleça a não incidência do tributo sobre operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa situados em outros Estados, sejam como remetentes, sejam como destinatários, o que, caso ocorresse estaria indo de encontro ao princípio da independência entre os membros da Federação.

A pessoa jurídica, no ordenamento tributário nacional, é identificada pelo seu CNPJ raiz, para efeitos de centralização da tributação prevista no âmbito da competência federal, sendo que no âmbito dos estados a identificação é feita por inscrições próprias, por estabelecimento, detendo

uma sua gestão fiscal, não se confundindo com as prerrogativas federais.

Quando se trata de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa situados em Estados diferentes a se aceitar o pleiteado pelo Recorrente estar-se-ia quebrando o pacto federativo, ao retirar do Estado remetente o seu direito ao tributo gerado em seu território, em detrimento daquele ao qual se destina.

A alegação do Recorrente de haver apresentado Ação Declaratória, que lhe consta favorável até o momento, no Estado de Pernambuco, não levo em consideração, pelos motivos já acima referenciados, em especial, a independência tributária dos membros da Federação, o que torna inócua a pretensão de estender esta ação ao Estado da Bahia.

O Estado da Bahia, através o Incidente de Uniformização PGE/2016.194.710-0, reconhece a possibilidade de transferência de créditos entre estabelecimentos da mesma empresa, **situados no Estado da Bahia**, visto não ocorrer qualquer prejuízo ao erário público, o que ocorreria caso fosse admitido nas transferências para outros Estados.

Portanto, não há como se enquadrar, como deseja o Requerente, as operações objeto da autuação, Infração 02 no que estabelece a Súmula 166, pelo que nego provimento a este pedido.

Verificando a infração 01, vejo tratar-se de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, efetuado pelo Requerente referente às operações interestaduais com “feijão”, produto isento nas operações internas. Como bem explicitou o julgador em primeira instância, *“a exigência se pautou no levantamento das vendas internas e interestaduais de feijão, calculando o percentual dessas operações em relação à sua totalidade, o qual foi aplicado, para efeito de cálculo do estorno, sobre os créditos considerados nas aquisições internas, que são isentas, confrontando o valor do estorno apurado com aquele registrado pelo autuado em sua escrita fiscal, recaindo a exigência sobre o valor do estorno efetuado a menos”*.

Deixo de analisar a infração em referência por não ter o Recorrente apresentado qualquer contestação à mesma, o que configura aceitação do que lhe foi imposto, de acordo com o que dispõe o RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

De relação ao que o Requerente pede de não imputação das multas determinadas como base no que dispõe o Artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não cabe a esta instância apreciar o mérito por se tratar de disposição alheia à sua apreciação.

Diante do que analisei e expus, não havendo preliminares a examinar, voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênha para discordar, *in casu*, do entendimento esposado no voto do Ilustre Relator, notadamente em relação às transferências interestaduais.

Isto porque, limita-se o Ilustre relator a concluir pela não incidência do ICMS tão somente nas operações internas de transferência, quando meu voto é no sentido que deva ser excluído do lançamento a exigência do ICMS para toda e qualquer transferência realizada entre estabelecimentos de uma mesma empresa, inclusive nas operações interestaduais.

Considerando que o fato gerador do ICMS é o negócio jurídico que transfere a posse ou a titularidade de uma mercadoria, a mera saída física da mercadoria do estabelecimento não constitui “circularização”, para efeito de incidência do ICMS, haja vista que não há mudança de sua titularidade por força de uma operação jurídica, tal como: compra e venda, doação ou permuta.

Ademais, a lide gira em torno de uma questão que já está absolutamente superada pela

jurisprudência dos nossos tribunais.

Ao apreciar a matéria decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

“O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão ‘operações’, bem como a designação do imposto, no que consagra o vocabulário ‘mercadoria’ são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato mercantil e este não ocorre quando o produtor simplesmente movimenta frangos”. (AI 131.941-1 – Rel. Min. Marco Aurélio – un. DJ 19.4.91, p. 4583)

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça, como se verifica da Súmula nº 166, editada em 1996: *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”*

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293873.3003/16-3**, lavrado contra **RMR – AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO DE CEREAIS – ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.950,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): José Rosenvaldo Evangelista Rios, Ildemar José Landin, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiras: Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - VOTO DIVERGENTE

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS