

PROCESSO - A. I. N° 298958.0036/17-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G. BARBOSA)
RECORRIDOS - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G. BARBOSA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n.º 0104-05/18
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/02/2018

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0014-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS: **a)** PARA O ATIVO PERMANENTE; **b)** PARA USO E CONSUMO; **c)** SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **d)** COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS OU REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Redução quanto aos fatos geradores atingidos pela decadência ou já estornados pelo contribuinte. 2. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O APURADO NOS LIVROS FISCAIS. Excluídos os valores atingidos pela decadência. **b)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Exclusão das operações com produtos denominados “compostos lácteos”, a partir de 01/08/13, e das transferências internas, com base em Incidente de Uniformização da PGE, e dos fatos geradores atingidos pela decadência. Mantidas as operações de saídas através de ECF. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS, DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Excluídas as transferências internas com base em Incidente de Uniformização da PGE e os fatos geradores atingidos pela decadência. 4. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS (EFD). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. Não acolhida a preliminar de decadência. Exclusão dos valores relativos às notas fiscais registradas. Razões recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0104-05/18, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$787.815,79, em razão da constatação de onze irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 1 a 7 e 9 a 11, como também

objeto do Recurso Voluntário as exações: 3, 10 e 11, a seguir descritas:

Infração 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$60.221,23, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro, março, julho, outubro e dezembro de 2012; fevereiro e dezembro de 2013;

Infração 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$8.711,35, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2012 a novembro de 2013;

Infração 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$232.226,88, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013;

Infração 4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$35.314,64, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013;

Infração 5 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$137.214,25, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013;

Infração 6 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$22.606,83, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro e maio/2012;

Infração 7 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$242.989,68, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013;

Infração 8 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$13.072,49, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de outubro, dezembro/2012 e dezembro/2013;

Infração 9 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$16.269,05, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a setembro e novembro/2012; março, abril, junho a outubro e dezembro/2013;

Infração 10 – Multa no valor de R\$9.480,98, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013;

Infração 11 – Multa no valor de R\$9.708,41, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias, não tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$360.119,91, após, com base no art. 150, § 4º, do CTN, acolher a decadência dos fatos geradores relativos ao período de janeiro a setembro de 2012, inerente às infrações 1 a 7 e 9, visto que a ciência do Auto de Infração ao contribuinte ocorreu em 02/10/2017, e não acolher a decadência relativa às infrações 10 e 11, relacionadas com o descumprimento de obrigações acessórias de fazer, por não haver ato de lançamento ou pagamento a ser homologado pelo fisco, razão de se submeter ao prazo de contagem geral, estabelecido no art. 173, I, do CTN, que tem início a partir do 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos respectivos fatos geradores e, por isso, os débitos lançados para as infrações acessórias não foram atingidos pela decadência, pois o fisco dispunha de prazo até 31/12/2017 para formalizar o lançamento de ofício.

No mérito, a JJF decidiu diante das seguintes considerações:

INFRAÇÃO 1 – que trata da utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, os valores exigidos nos meses de janeiro, março e julho/2012 foram extintos pela decadência e, em relação às demais ocorrências, o autuante reconheceu a procedência das alegações de defesa, por identificar o estorno de crédito efetuado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS nos mesmos valores exigidos. Assim, a JJF concluiu pela improcedência da exação 1.

INFRAÇÃO 2 – que trata da utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, os valores exigidos nos meses de janeiro a agosto/2012 foram

extintos pela decadência e, em relação às demais ocorrências, o autuante reconheceu a procedência das alegações de defesa, por identificar o estorno de crédito efetuado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS nos mesmos valores exigidos. Assim, a JJF concluiu pela improcedência da exação 2.

INFRAÇÃO 3 – que trata da utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, do mesmo modo foram excluídos os valores relativos aos meses de janeiro a setembro/2012, extintos pela decadência, e considerados os valores parciais do estorno de crédito efetuados pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, assim como excluídas as exigências relativas às mercadorias: massas recheadas, repelentes e colchão inflável, por tratar-se de produtos que não fazem parte do regime de substituição tributária, como também excluiu os valores de devoluções e cancelamentos. Após tais ajustes, a JJF concluiu pela procedência parcial de R\$166.944,72.

INFRAÇÃO 4 – que trata da utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução da base de cálculo, também foram excluídos os valores relativos aos meses de janeiro a setembro/2012, extintos pela decadência, assim como foram considerados os valores parciais do estorno de crédito efetuados pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, como também foram excluídas as exigências relativas a mercadoria filé de bacalhau, por se tratar de produto sujeito à tributação normal, além de excluir os valores de devoluções e cancelamentos. Após tais ajustes, a JJF concluiu pela procedência parcial de R\$2.107,76.

INFRAÇÃO 5 – na qual exige o recolhimento a menor do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, a JJF excluiu os valores relativos às operações internas de transferências, considerando o entendimento consolidado no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0, como também os fatos geradores atingidos pela decadência, remanescendo o valor de R\$87.601,57.

INFRAÇÃO 6 – na qual exige o ICMS recolhido a menor em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no RAICMS, nos meses de janeiro e maio/2012, a JJF concluiu que os créditos tributários reclamados estão efetivamente extintos pela decadência, a julgando improcedente.

INFRAÇÃO 7 – na qual exige o recolhimento a menor do ICMS por aplicar alíquota diversa da prevista na legislação, a JJF excluiu os valores relativos ao produto composto lácteo, a partir de 01/08/2013, por passar a carga tributária correspondente à alíquota de 7%, como também as operações internas de transferências, considerando o entendimento consolidado no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0, assim como os fatos geradores atingidos pela decadência, remanescendo o valor de R\$66.300,16.

INFRAÇÃO 8 – na qual se exige o ICMS/DIFAL nas aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, em razão de não ter sido impugnada, a JJF concluiu pela procedência da exação.

INFRAÇÃO 9 – na qual se exige o ICMS/DIFAL nas aquisições de mercadorias destinadas ao consumo, a JJF excluiu os fatos geradores atingidos pela decadência, remanescendo o valor de R\$5.766,59.

INFRAÇÃO 10 – relativa a multa de 1% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, a JJF não acolhe a decadência, por entender que não se aplica o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Contudo, por ter o contribuinte comprovado o registro de parte das notas fiscais, conforme reconhecido pelo próprio autuante, os respectivos valores das multas foram excluídos do levantamento original, remanescendo R\$8.911,98.

INFRAÇÃO 11 – referente a multa de 1% do valor das mercadorias não tributáveis, entradas sem o devido registro na escrita fiscal, tendo a JJF, do mesmo modo do item anterior, não acolhido a

decadência e excluído os valores das multas correspondentes às notas fiscais devidamente registradas, remanescendo o valor de R\$9.414,64.

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor histórico de R\$360.119,91, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 474 a 484 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

Em relação às infrações 10 e 11, o recorrente pugna pela decretação da decadência relativa aos meses de janeiro a setembro de 2012, mediante a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN, que prevê a contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador.

Sustenta que cumpriu com todas as obrigações acessórias atinentes ao ICMS, o que afasta de plano a aplicação da regra do art. 173, I, do CTN, devendo ser aplicado o art. 150, § 4º, do CTN, conforme jurisprudência dos tribunais superiores.

Destaca que o próprio autuante e a JJF concordaram que o contribuinte escriturou as operações e notas fiscais nos livros próprios, ainda que parcialmente. Portanto, não se trata de descumprimento de obrigação acessória, mas de possíveis equívocos cometidos pelo contribuinte no envio das informações, fato que não autoriza a aplicação do prazo decadencial contido no art. 173, I, do CTN.

Sustenta que, no caso em exame, se está diante de tributo sujeito ao chamado “lançamento por homologação”, em que o particular produz uma norma individual e concreta, a qual deverá conter todos os elementos da obrigação tributária, a fim de tornar possível a cobrança da exação.

Reitera que, no caso dos autos, houve a entrega das obrigações acessórias – fato incontrovertido diante da concordância manifestada pelo auditor fiscal e pelos julgadores de 1ª Instância, tendo o órgão julgador se equivocado ao mencionar que não houve cumprimento de obrigação acessória, premissas absolutamente equivocadas por tudo que já foi exposto. Cita doutrina e jurisprudência.

Em seguida, em relação à infração 3, o recorrente aduz que além da decadência, que por si só é causa extintiva da obrigação porventura existente, não teria ocorrido o fato gerador do ICMS na medida em que não houve circulação de mercadoria. Assim, discorda do entendimento da JJF e reitera a necessidade de aplicação da Súmula nº 166 do STJ, ante a inocorrência do fato gerador de ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, razão pela qual a infração 3 deve ser cancelada.

Por fim, o recorrente defende a necessidade de reforma da Decisão recorrida, do que requer que seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário, para reformar parcialmente o Acórdão recorrido, especificamente para declarar improcedentes as infrações 3, 10 e 11.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido nas infrações 1 a 7 e 9 a 11 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às infrações 3, 10 e 11, do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram reformados em decorrência das seguintes razões:

INFRAÇÃO 1, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, a desoneração integral do valor exigido de R\$60.221,23 decorreu em razão da JJF considerar alcançados pela decadência, nos termos previstos no art. 150, § 4º, do CTN, os fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, março e julho de 2012,

visto que a ciência do lançamento de ofício ao contribuinte ocorreu em 02/10/2017, logo, após o decurso do prazo decadencial de cinco anos do direito de a Fazenda Estadual constituir, em sua plenitude, o crédito tributário. Já em relação aos demais meses, a exoneração ocorreu em virtude de o autuante comprovar, em sede de informação fiscal, à fl. 391 dos autos, que o contribuinte havia efetivado o estorno de crédito no livro Registro de Apuração do ICMS, nos mesmos valores exigidos. Assim, acertadamente, a JJF concluiu pela improcedência da exação 1.

INFRAÇÃO 2, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, do mesmo modo do item anterior, a desoneração integral do valor exigido de R\$8.711,35 decorreu em razão da JJF considerar alcançados pela decadência, nos termos previstos no art. 150, § 4º, do CTN, os fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a agosto de 2012 e, em relação às demais ocorrências, de o autuante, quando da informação fiscal, identificar o estorno de crédito efetuado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, nos mesmos valores exigidos no lançamento de ofício (fls. 392). Assim, acertadamente, a JJF concluiu pela improcedência da exação 2.

INFRAÇÃO 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias sujeitas à substituição tributária, também a desoneração parcial, de R\$232.226,88 ao valor de R\$166.944,72, decorreu pela exclusão dos fatos geradores relativos aos meses de janeiro a setembro de 2012, extintos pela decadência, assim como por considerar os valores parciais do estorno de crédito efetuados pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, comprovados pelo autuante em sede de informação fiscal, às fls. 392/393 dos autos, como também por excluir as exigências inerentes as mercadorias: massas recheadas, repelentes e colchão inflável, por se tratar de produtos que não fazem parte do regime de substituição tributária, além dos valores de devoluções e cancelamentos. Assim, acertadamente, após tais ajustes, a JJF concluiu pela procedência parcial, no valor de R\$166.944,72, da infração 3.

INFRAÇÃO 4, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução da base de cálculo, do mesmo modo dos itens anteriores, a desoneração parcial, de R\$35.314,64 ao valor de R\$2.107,76, decorreu: pela exclusão dos fatos geradores relativos aos meses de janeiro a setembro de 2012, extintos pela decadência; por considerar os valores parciais do estorno de crédito efetuados pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS; por excluir as exigências relativas a mercadoria filé de bacalhau, por se tratar de produto sujeito à tributação normal, e os valores de devoluções e cancelamentos. Assim, concordo com a procedência parcial, no valor de R\$2.107,76, da infração 4, após tais ajustes.

INFRAÇÃO 5, relativa ao recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$137.214,25, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, a desoneração ao valor de R\$87.601,57 decorreu da exclusão dos fatos geradores de janeiro a setembro de 2012, por considerá-los alcançados pela decadência, assim como dos valores relativos às operações internas de transferências, sob o entendimento consolidado no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0 de que *“Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”*, do que concordo.

INFRAÇÃO 6, relativa ao ICMS recolhido a menor, no total de R\$22.606,83, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhidos e escriturados no RAICMS, nos meses de janeiro e maio/2012, a desoneração integral ocorreu em razão da constatação de que os créditos tributários reclamados estão efetivamente extintos pela decadência. Assim, acertadamente, a JJF concluiu ser improcedente a exação 6.

INFRAÇÃO 7, relativa ao recolhimento a menor do ICMS, no total de R\$242.989,68, por aplicar alíquota diversa da prevista na legislação, a desoneração parcial ao valor de R\$66.300,16 decorreu pela exclusão: dos fatos geradores relativos aos meses de janeiro a setembro de 2012, extintos pela decadência; dos valores relativos ao produto composto lácteo, a partir de 01/08/2013, por passar a carga tributária correspondente à alíquota de 7%, e dos valores relativos às operações

internas de transferências, sob o entendimento consolidado no Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0 de que “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”, do que concordo.

INFRAÇÃO 9, relativa à exigência do ICMS/DIFAL de R\$16.269,05 nas aquisições de mercadorias destinadas ao consumo, a desoneração parcial ao montante de R\$5.766,59 decorre do fato da exclusão dos valores inerentes aos fatos geradores atingidos pela decadência, do que concordo.

INFRAÇÕES 10 e 11, relativas à multa de 1% do valor das mercadorias entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, a desoneração das penalidades originais de R\$9.480,98 e R\$9.708,41 aos valores de R\$8.911,98 e R\$9.414,64, respectivamente, decorreu por ter o contribuinte provado o registro de parte das notas fiscais, conforme comprovado pelo próprio autuante, sendo os respectivos valores das multas, correspondentes às notas fiscais devidamente registradas, excluídos do levantamento original.

Assim, entendo correta a Decisão recorrida e NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, o sujeito passivo, em relação às infrações 10 e 11, pugna pela decadência relativa aos meses de janeiro a setembro de 2012, mediante a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN, que prevê a contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, por sustentar que cumpriu com todas as obrigações acessórias atinentes ao ICMS, tendo em vista que escriturou as operações e notas fiscais nos livros próprios, ainda que parcialmente, o que afasta de plano a regra do art. 173, I, do CTN e, em consequência, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN.

Da análise das ditas exações verifica-se que o recorrente não tem razão em seu pleito, pois as infrações 10 e 11 decorreram da falta de registro de notas fiscais, resultando em penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória de fazer e, em consequência, por não haver lançamento por homologação e muito menos recolhimento, não se sujeitam a contagem decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN e, sim, a contagem decadencial prevista no art. 173, I, do CTN, como se pode comprovar:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Tal conclusão é corroborada pela própria PGE/PROFIS que, ao editar o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, excerto abaixo transscrito, para efeito de aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, §4º, do CTN, reporta-se sempre a expressão “ocorrência do fato gerador”, pela qual se refere à obrigação tributária principal, ou seja, quando o contribuinte tem por prestação (dever) o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (multa em dinheiro), visto que a obrigação tributária acessória é quando, por força de lei, a prestação a ser cumprida é a de fazer ou não fazer alguma coisa, ou permitir que ela seja feita pelo Fisco, tudo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme art. 113, §2º, do CTN.

Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Diante de tais considerações, mantém-se a Decisão recorrida, quanto às infrações 10 e 11.

No que concerne às razões recursais relativas à infração 3, o sujeito passivo sustenta que não teria ocorrido o fato gerador do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, na medida em que não houve circulação de mercadoria, do que requer a aplicação da Súmula nº 166 do STF, por entender que assim estaria cancelada a infração.

Porém, por se tratar de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, tal pleito, de aplicar a Súmula nº 166, para considerar inexistente o fato gerador nas operações de transferência dentre estabelecimentos do mesmo contribuinte, em nada eximiria o contribuinte da infração, pois, o crédito indevido, passaria a ser exigido pela ótica de não ser tributada a operação, inclusive nos mesmos valores exigidos.

Assim, em que pese não admitir a aplicação da Súmula nº 166 para operações interestaduais de transferência, mas, apenas nas operações internas, tendo em vista que, caso aplicada fora do âmbito estadual violaria o pacto federativo do ICMS, enquanto circunscrito ao limite estadual não haveria repercussão financeira, razão de se considerar inexistente o fato gerador das operações de transferência apenas neste âmbito, cuja conclusão é corroborada pelo próprio STJ ao confirmar entendimento da aplicação do custo de produção, previsto no art. 13, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, nas transferências interestaduais realizadas pelo Centro de Distribuição para as demais filiais do estabelecimento industrial, o que vem a confirmar, de forma inequívoca, que a Súmula nº 166 aplica-se apenas às operações de transferência internas, há de se convir que tal alegação não eximiria o sujeito passivo da exigência fiscal, ora em análise, pois, conforme já dito, o crédito indevido, apropriado na escrita fiscal do contribuinte, passaria a ser exigido pela ótica de operação não tributada, nos mesmos valores exigidos.

Diante de tais considerações, não dou provimento ao Recurso Voluntário.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário para manter a Decisão recorrida.

VOTO EM SEPARADO (Quanto a infração 03)

Em que pese concorde com o resultado alcançado pelo n. Relator, peço vênia para divergir da fundamentação apresentada no tocante a infração 3.

A infração versa sobre utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. A manutenção da infração se dá pelo fato de que, mesmo que se considerasse que tais operações não ensejam a incidência de ICMS, como explicado pelo Relator: *em nada eximiria o contribuinte da infração, pois, o crédito indevido, passaria a ser exigido pela ótica de não ser tributada a operação, inclusive nos mesmos valores exigidos.*

Por tal motivo proferi um voto em separado, já que o Relator, fundamentou a manutenção da infração sob a alegação de que: *a não aplicação da Súmula 166 do STJ violaria o pacto federativo do ICMS, enquanto circunscrito ao limite estadual não haveria repercussão financeira, razão de se considerar inexistente o fato gerador das operações de transferência apenas neste âmbito, cuja conclusão é corroborada pelo próprio STJ ao confirmar entendimento da aplicação do custo de produção, previsto no art. 13, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, nas transferências interestaduais realizadas pelo Centro de Distribuição para as demais filiais do estabelecimento industrial, o que vem a confirmar, de forma inequívoca, que a Súmula 166 aplica-se apenas às operações de transferência internas.*

Ocorre que os nossos Tribunais continuam aplicando a Súmula 166 do STJ, a qual determina que não incide ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos de um mesmo titular, o que é o caso.

O próprio TJBA em decisão recente datada de 21/09/2018 referente ao Processo 0526503-95.2014.8.05.0001, decidiu pela aplicação da Súmula 166 do STJ em transferências interestaduais, como se depreende da decisão proferida em Segundo Grau. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL NA Apelação Nº 0526503-95.2014.8.05.0001, DE Salvador RECORRENTE: Estado da Bahia PROCURADOR: BEL. Adilson brito agapito RECORRIDO: Fibria Celulose S/A ADVOGADA:BELA. Ariane Lazzarotti (OAB SP 147239)

D E C I S Ã O Cuidam os autos de recurso especial interposto pelo Estado da Bahia, às fls. 645/654, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, inserto às fls.638/642, que negou provimento ao recurso. Alegou, em suma, ofensa ao art. 1022 do CPC, ao art.13, §4º e demais da LC 87/96. O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 657/692. É o relatório.

Considerando que o acórdão recorrido foi publicado em 30/03/2017, seguindo a orientação da Corte Superior, passo a apreciação do presente recurso na forma prevista no Código de Ritos de 2015. O apelo nobre em análise não reúne condições de admissibilidade.

Inicialmente, quanto a infringência ao art.1022 do CPC é cediço que o Acórdão vergastado se pronunciou 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. Quanto a suposta violação aos arts.13, §4º e demais da LC 87/96, necessário repisar que ao exame dos autos, depreende-se de maneira indubitável o tratamento explícito de tal questão pelo acórdão recorrido.

Verifica-se que o acórdão possui entendimento coincidente com o STJ. Vejamos:

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 imponível 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 immobilizado da fábrica da 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, por quanto 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)

Deste modo, em que pese a análise efetuada pelo n. Relator, a matéria não encontra-se pacificada em nosso ordenamento jurídico pátrio, sendo indubitável a aplicação da Súmula 166 no caso em apreço, razão pela qual entendo pela improcedência da infração 03 nestes termos.

Quanto a alegação de que a referida Súmula violaria o pacto federativo, tal consideração de inconstitucionalidade deve ser analisada pelo STF, não tendo este órgão competência para aferir tal situação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298958.0036/17-0, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.** (G. BARBOSA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$341.793,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$18.326,62**, prevista no inciso IX do mesmo artigo e dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios de acordo norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO EM SEPARADO

VIENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS