

PROCESSO - A. I. Nº 281105.1258/16-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EMBRAC – EMPRESA BRASILEIRA DE CARGAS LTDA.
RECORRIDOS - EMBRAC – EMPRESA BRASILEIRA DE CARGAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 2ª JJF nº 0152-02/17
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/04/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0062-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. Valores constantes nas DMA's, no campo estorno de crédito, comprovam o correto procedimento adotado pelo sujeito passivo. Infração improcedente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO OU CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Ocorre o fato gerador do imposto na entrada da mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, sendo irrelevante, para caracterizar o fato gerador, a natureza jurídica da operação. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. Item subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício encaminhado pela 2ª JJF, em face da desoneração feita à autuada em valores acima do prescrito pelo RPAF/BA, no art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, e, Recurso Voluntário, apresentado pela Recorrente ante a decisão prolatada no Acórdão nº JJF 0152-02/17 que determinou o pagamento de tributo no valor de R\$64.777,88, em relação ao julgamento do Auto de Infração nº 281105.1258/16-9, lavrado em 30.09.2016, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas. ICMS no valor de R\$ 112.819,59 e multa de 60%.

Infração 02 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 64.777,88 e multa de 60%.

A 2ª JJF, após análise do Auto de Infração, fls. 01 a 05, da defesa apresentada pela autuada, fls. 103 a 125, da Informação Fiscal prestada pelo autuante, fls. 159 a 176, e, manifestação da autuada, fls. 181 a 195, Nova Informação Fiscal, fls. 198 a 202, assim se pronunciou:

Nego o pedido de realização de diligencia ou de perícia fiscal, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca das infrações ora defendidas, bem como, não há necessidade de conhecimento técnico especializado para elaborar Parecer ou Laudo Técnico sobre as questões em lide, como dispõe o art. 147, I, II e seus incisos do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Constatou que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos requisitos previstos no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Não houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo que os demonstrativos das infrações são claros, foram entregues ao sujeito passivo e este dispôs de todos os elementos para fundamentar a sua peça de defesa, como o fez, efetivamente. Outrossim, não restou comprovado qualquer prejuízo para o contribuinte, no decorrer da ação

fiscal e da instrução processual, quando o mesmo foi cientificado de todos os atos processuais, nos prazos regulares, para efetivar a sua defesa.

Além disso, não restou comprovada a impossibilidade de se identificar o conteúdo da célula da planilha EXCEL, no demonstrativo da infração 02, vez que por meio da chave da NFe, que consta na planilha, pode-se identificar o documento fiscal em sua inteireza.

Saliento que o prazo concedido para a apresentação de livros e documentos fiscais, é o legal, de 48 horas, sendo que o contribuinte não solicitou qualquer prorrogação para a entrega dos documentos solicitados pela fiscalização. Ademais, verifico que na Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fl. 07, datada de 01/08/2016, quando foi concedido o prazo de 48 horas, para o seu cumprimento, o contribuinte atendeu ao solicitado somente em 08/08/2016, portanto muito além das 48 horas estipuladas pelo auarante, como pode ser visto no documento de fl. 09.

Quanto à segunda Intimação, fl. 08, datada de 18.09.2016, a entrega dos documentos ocorreu em 22.09.2016, além das 48 hs, referida na Intimação Fiscal.

Destaco que as planilhas apresentadas pela fiscalização estão legíveis, são perfeitamente compreensíveis e permitiram que o sujeito passivo exercesse de forma ampla a sua defesa.

Ressalto que esta JJF não tem competência para apreciar questões de constitucionalidade de lei ou de atos normativos emanados da Administração Pública, a teor do que dispõe o art.167, I, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

As multas aplicadas estão previstas na Lei 7.014/96, sendo que seus valores poderão sofrer as reduções estabelecidas nos arts. 45 e 45-B daquele diploma legal, consoante a realização de seu pagamento. Outrossim, nos termos do art. 100 do COTEB, Lei 3.956/81, serão corrigidos monetariamente os débitos tributários não recolhidos tempestivamente, de acordo com os prazos regulamentares, e os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos acréscimos moratórios previstos no art. 102 do mesmo diploma legal, com a incidência da taxa SELIC – taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia, conforme a previsão contida no inciso I, § 2º do mesmo art. 102.

Ultrapassadas as preliminares de nulidade trazidas pela defendente, adentro na apreciação do mérito das infrações, como segue.

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS em decorrência da falta de estorno de crédito fiscal, relativo às mercadorias entradas no estabelecimento, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas.

O defendente impugna o lançamento fiscal e argumenta que por meio de uma análise da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA- entregue tempestivamente, é possível, de imediato, constatar que o estorno foi efetuado, dentro das normas regulamentares. Anexa à peça defensiva as DMAs que foram entregues, nas quais na linha “Estorno de Crédito”, constam os valores estornados, consoante a tabela de fl. 112 do PAF, na qual resultou que no exercício de 2012, foi estornado, inclusive, um valor a maior de R\$ 69.886,63. Salienta também o defendente que estas informações, já constavam dos sistemas da SEFAZ, mas não foram levadas em consideração pelo auarante.

Realmente da análise das cópias das DMAs anexas, fls. 142 a 152, constam os estornos de crédito, nos mesmos valores apontados pelo defendente, e este fato inclusive foi reconhecido pelo auarante, que na informação fiscal concluiu pela improcedência do lançamento.

Desse modo, a infração é improcedente.

Quanto à infração 02, referente à falta de recolhimento ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, o defendente insurge-se quanto ao seu cometimento, pelas razões abaixo analisadas.

Aduz que as operações são de transferência de materiais de uma unidade para outra, do mesmo contribuinte, e como foram para consumo não teria utilizado o crédito fiscal.

Também reclama que não incidiria o diferencial de alíquotas nas operações já submetidas a substituição tributária, cita os bens/produtos, tais como pneus e partes e peças de aplicação em veículos, baterias, dentre outros, com seus respectivos Convênios e Protocolos, conforme tabela de fls. 122/124 do PAF.

Na análise dos argumentos trazidos pela defesa, e com base nos demonstrativos desta infração, fls. 12 a 21, observo que as citadas transferências teriam ocorrido em operações interestaduais, e neste caso, incide ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Esta posição é pacífica neste CONSEF, inclusive adotada no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, emanado da Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, vez 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 extraí fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º da LC 87/96. Portanto, por não ter sido enfrentada, sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados Federados, ainda não se tem por definitivamente assentada a questão.

Desse modo, deve ser feito o recolhimento da complementação de alíquotas para a unidade federada do destino, em respeito ao princípio constitucional da autonomia entre os Estados membros da União.

Respeitante ao argumento trazido pelo defendant, quanto a não ser aplicável a exigência do diferencial de alíquotas nas operações já submetidas à substituição tributária, temos que as ditas operações ficam desoneradas de tributação nas operações internas. Não é o caso da presente lide, na qual as operações tributáveis decorrem de operações interestaduais. Desse modo, há que se destacar no quadro ICMS substituição tributária, no documento fiscal, a complementação de alíquota devida ao Estado destinatário, no caso o da Bahia.

Outrossim, este é o entendimento já manifestado neste CONSEF, em outros julgados, a exemplo do Acordão CJF N° 337-12/15.

ACÓRDÃO CJF N° 0337-12/15

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração parcialmente caracterizada, pela inclusão, no levantamento fiscal, de notas de fiscais com natureza da operação “bonificação”, situação que tira a obrigação do autuado de recolher o diferencial de alíquotas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Tendo ciência da decisão acima proferida, inconformada e tempestivamente, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 224 a 248, onde pugna pela reforma da mesma pelas razões que passamos a analisar.

De início a Recorrente descreve o que denomina DOS FATOS onde identifica sua atividade empresarial e descreve a fase inicial da fiscalização, compreendida pelas intimações efetuadas pelo autuante e os atendimentos às mesmas, apresentando sua indignação com o recebimento do Auto de Infração, para tomada de conhecimento, objeto da presente lide, sem que ocorresse qualquer manifestação anterior do preposto fiscal, considerando o fato ocorrido motivo de surpresa de sua parte.

Destaca a Recorrente o comento constante no Auto de Infração, feito pelo autuante, como reproduz:

Contribuinte em situação ATIVA, na condição de NORMAL, com atividade principal voltada para o transporte Rodoviário de Carga Intermunicipal e Interestadual que, durante a fiscalização, foi submetido aos roteiros de “Auditoria das Operações” e “Auditoria em Empresas de Transporte”, sendo contatados índices de prestação de serviços no período de 2012 da seguinte ordem: 32% em operações internas (isentas) e 68% em operações interestaduais (tributadas e substituídas).

No período fiscalizado foi tributado pelo regime de conta corrente fiscal, sendo autuado por ter utilizado crédito indevido, decorrente da aquisição de combustível posteriormente utilizado em serviços de transporte não tributados e pela falta de recolhimento de diferencial de alíquotas, em operações de entrada de materiais de consumo, oriundos de outras UFs, conforme demonstrativos anexos.

Ressalvamos o direito da Fazenda Estadual de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias, e que foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados durante a fiscalização.

Referenciando ao comento acima, a Recorrente, afirma ter o autuante ocorrido em equívoco em face de, ao seu ver, a documentação apresentada ao mesmo ser suficiente para elidir as infrações que lhe foram infringidas, destacando em especial de relação à Infração 01, fazendo menção à Ementa do Acórdão JJF n° 0152-02/17, que assim restou definido:

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. Valores constantes nas DMAs, no campo estorno de crédito, comprovam o correto procedimento adotado pelo sujeito passivo. Infração improcedente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE**

USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É devido o pagamento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de produtos destinados ao ativo fixo e/ou uso ou consumo do estabelecimento. Infração não elidida. Negado o pedido de diligência e de perícia fiscal. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

Complementando, a Recorrente, manifesta sua inconformidade com o que restou de imposição de cobrança tributária imposta na decisão em foco.

Tratando DO DIREITO, a Recorrente, pugna pela preliminar de nulidade da autuação, repetindo os argumentos apresentados em sua peça defensiva inicial, afirmado que a mesma atenta contra os princípios da legalidade, razoabilidade, motivação, ampla defesa e do contraditório.

Tratando da legalidade, a Recorrente, cita o CTN no artigo 142, que assim define:

Art. 142, Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena e responsabilidade funcional.

Aduz a Recorrente que o processo fiscalizatório deve atender a uma ordem lógica de investigação, deixando claro ao contribuinte o que se está a fazer para que o mesmo tenha conhecimento do que terá que se pronunciar, sob pena de nulidade, quando apresenta e transcreve os artigos 111 e 112 da Lei nº 12.209/2011, como abaixo:

Art. 111. Constatado vício insanável, após prévia manifestação do órgão jurídico competente, será declarada a nulidade do ato viciado a partir da fase processual em que o vício foi produzido, reabrindo-se o contraditório, com aproveitamento dos atos regularmente produzidos.

Art. 112. É causa de nulidade do processo sancionatório:

I - incompetência da autoridade que o instaurou, quando se tratar de competência exclusiva;

II - suspeição e impedimento da autoridade ou de membro da comissão processante;

III - ausência dos seguintes termos ou atos:

a = notificação ou intimação, na forma desta Lei; b - abertura de prazo para a defesa;

c - recusa imotivada, pela autoridade ou comissão processante, de realização de prova imprescindível para a apuração da verdade;

VI. inobservância de formalidade essencial a termos ou atos processuais.

Parágrafo único: Nenhuma nulidade será declarada se não resultar prejuízo para a defesa, por irregularidade que não comprometa a apuração da verdade e em favor de quem lhe tenha dado causa.

Faz referência à planilha apresentada pelo autuante que, segundo a Recorrente, primou pela economia e informalidade, que considera louvável, muito embora venha a prejudicar ou mesmo omitir informações substanciais visto, desta forma, sacrificar o seu direito de defesa.

Em sequência, a Recorrente remete ao fato de a planilha apresentada pelo autuante ser ininteligível, visto omitir informações imprescindíveis ao entendimento do que se quer imputar ao contribuinte, configurando-se em ação sem clareza e sustentação, o que o inquia de nulidade, sendo, afirma, uma afronta ao que exige o art. 129, da Lei nº 3.951/1981 c/c o art. 108 da Lei nº 12.209/2011, como descritos:

Lei 12.209/2011

Art. 108 - O processo sancionatório será instaurado mediante expedição de portaria ou lavratura de Auto de Infração, dando-se ciência ao acusado através de notificação efetuada na forma prevista no art. 49 desta Lei.

§ 2º - O Auto de Infração será lavrado observando os requisitos e procedimentos previstos em legislação específica

Lei 3.951/1981

Art. 129. A exigência de crédito tributário será feita através de notificação fiscal e Auto de Infração, observados

os limites em reais para sua utilização, estabelecidos em regulamento.

§ 1º O Auto de Infração conterá:

I - a identificação do autuado e do funcionário autuante, além do endereço do autuado;

II - o dia, hora e local da autuação;

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando as datas da ocorrência;

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando a base de cálculo e as parcelas do tributo, por período, bem como os seus acréscimos e as muitas aplicadas;

V - a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada;

VI - as assinaturas do autuante, do autuado ou de seu representante ou preposto, ou a declaração de sua recusa;

VII - a intimação para pagamento ou defesa, com indicação do prazo;

VIII - outros elementos, conforme dispuser o regulamento.

§ 2º Serão juntados ao Auto de Infração os demonstrativos e levantamentos realizados pelos fiscais

Sequenciando, a Recorrente, apresenta jurisprudência sobre o tema, a exemplo da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas, como abaixo:

SUPERFICIALIDADE DA INVESTIGAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA ACUSATÓRIA - *O princípio da tipicidade revela que o instituto da competência impositiva fiscal deve ser exaustiva. Todos os critérios necessários à descrição tanto do fato tributável como da relação jurídico-tributária reclamam uma manifesta e esgotante previsão legal. O lançamento fiscal não pode se valer de sua própria dúvida. A certeza e segurança jurídicas envoltas no princípio da reserva legal não comportam infidelidades nos lançamentos fiscais. DECISÃO 288. Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas. D.O.U de 22.05.2001.*

Considerando inseguro o lançamento efetuado pelo autuante, a Recorrente, apresenta julgamento do 1º Conselho de Contribuintes, através a 7ª Câmara, abaixo transcrito:

LANÇAMENTO DUVIDOSO - *Para a exigência do tributo é necessário que se comprove de forma segura a ocorrência do fato gerador do mesmo. Tratando-se de atividade plenamente vinculada (Código Tributário Nacional, arts. Tributário Nacional, arts. 3º e 142), cumpre à fiscalização realizar as inspeções necessárias à obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário. Havendo dúvida sobre a exatidão dos elementos em que se baseou o lançamento, a exigência não pode prosperar, por força do disposto no art. 112 do CTN. O imposto, por definição (CTN. art.3º), não pode ser usado como sanção. Recurso provido. 1º Conselho de Contribuintes / 7a. Câmara/Acordão 107-06268 em 23.05.2001. Publicado no D.O.U em: 22.08.2001.*

Tratando da motivação, afirma a Recorrente que este princípio exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões e que a obrigatoriedade de atender ao mesmo se justifica em qualquer ato praticado que diga respeito a contribuinte, o que não ocorreu, configurando cerceamento ao direito de defesa e exercício do contraditório, transcrevendo decisão do CARF:

Processo nº 13502.000374/200539 Recurso nº 873.635 Voluntário Acórdão nº 310100.885 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 6 de outubro de 2011 Matéria Cofins não cumulativa (ressarcimento e compensação)

Recorrente OXITENO NORDESTE SA INDÚSTRIA E COMÉRCIO

Recorrida FAZENDA NACIONAL Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 28/02/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O princípio da motivação é postulado pelo princípio da legalidade e a sua inobservância caracteriza cerceamento do direito de defesa. Nulo é o ato administrativo maculado com vício dessa natureza.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade, em dar provimento ao recurso voluntário para declarar nulos os atos processuais a partir da intimação do despacho decisório imediatamente antecedente à inauguração do litígio, inclusive.

Henrique Pinheiro Torres Presidente Tarásio Campeio Borges Relator Formalizado em: 13/10/2011

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Henrique Pinheiro Torres, Leonardo Mussi da Silva, Luiz Roberto Domingo, Octávio Carneiro Silva Corrêa e Tarásio Campeio Borges.

Ainda de relação à sua pretensão de nulidade do Auto de Infração, a Recorrente, destaca a exiguidade do prazo dado pelo autuante para apresentação da documentação que serviria de base para a fiscalização, a imprecisão da notificação, a ininteligibilidade e confusão dos cálculos, além da falta de capitulação legal da atualização monetária e indicação do índice aplicado.

Adentrando ao mérito da questão, a Recorrente, inicialmente faz menção à Improcedência reconhecida pela JJF em sua decisão requerendo, em relação à Infração 01, o não provimento ao Recurso de Ofício encaminhado pela mesma.

Em relação à Infração 02, mantida na decisão de piso, a Recorrente, insurge-se quanto à obrigatoriedade de recolhimento de diferencial de Alíquota nas operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, em operações interestaduais, pugnando pela aplicação da Súmula 166, do STJ, antes citando o conceito básico do ICMS dado pela Constituição Federal no artigo 155, como transcreve:

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

Analizando o dispositivo legal acima afirma a Recorrente que tal conceito somente se aplica à transição de um contribuinte para outro, o que não é o caso objeto da presente lide, afirmando “*Ademais, o ICMS é um imposto não cumulativo, e como as transferências se deram para consumo do estabelecimento destinatário este não tomou o crédito do imposto, não podendo ser penalizado pelo débito do imposto conforme pretendeu o auditor fiscal através do lançamento fiscal.*”

Em sequência transcreve o que afirma a Súmula nº 166, como abaixo:

Súmula 166/STJ - 12/07/2016. Tributário. ICMS. Deslocamento. Estabelecimento do mesmo contribuinte. Fato gerador não caracterizado. Dec.-lei 406/68, arts. 1º, I, §§ 2º e 6º e 6º, § 2º. CF/88, art. 155, II. Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Afirma como melhor entendimento da justiça baiana, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado em ação movida por outro contribuinte em questionamento semelhante, como abaixo:

TJ-BA - APELAÇÃO APL 1064762000 BA 10647-6/2000 (TJ-BA)
Data de publicação: 14/04/2009

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL' EM AÇAO ANULATÓRIA. ICMS. DESLOCAMENTO INTERESTADUAL DE BENS DO ATIVO FIXO PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR NÃO INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. INOCORRENCIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO ECONÔMICA PARA FINOS DE TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. SAIDA APENAS FÍSICA. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. INEXIGIBILIDADE. PRECEDENTES. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Traz também a Recorrente decisões dos Tribunais dos Estados do Rio de Janeiro, Pernambuco e Amapá, além da decisão do Tribunal de Justiça da Bahia no Processo 0537079-50.2014.8.05.0001, ao analisar demanda das Casas Bahia, dentro da mesma temática, abaixo transcrita;

11ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA JUIZ (A) DE DIREITO MARIA VERÔNICA MOREIRA RAMIRO ESCRIVÃ(O) JUDICIAL JACIARA CEDRAZ CARNEIRO EDITAL DE INTIMAÇÃO DE ADVOGADOS

RELAÇÃO N° 0165/2015

ADV: PAULO ROBERTO ANDRADE (OAB 172953/SP) - Processo 0537079-50.2014.8.05.0001 - Procedimento Ordinário -Anulação de Débito Fiscal - AUTOR: CASAS BAHIA - RÉU: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA - Cuida-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal proposta por CASA BAHIA COMERCIAL LTDA contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, sob a alegação de que não há que se falar em retenção e recolhimento de ICMS-ST, uma vez que a operação autuada se trata de transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, saindo do centro de distribuição situado em Jundiaí/SP com destino às filiais em Salvador/BA e Camaçari/BA, tudo conforme evidenciado nas notas fiscais acostadas; que não havendo operação mercantil, mas simples transferência de mercadoria entre filiais, inexiste fato gerador a ensejar a tributação, como equivocadamente considerou o Fisco baiano; que a hipótese é a prevista no art. 8º, § 8º da Lei 7.014/96, que afasta o recolhimento prévio de ICMS quando se tratar de transferência; Para tanto, argumenta a Acionante que atua no setor varejista de bens de consumo, possuindo filiais em diversas cidades deste Estado da Bahia e, também, em diversos Estados da Federação; que em 18 e 30 de setembro de 2013, a Ré lavrou contra si dois autos de infração, um para cada filial, registrados, respectivamente, sob os números 279462.0004/13-8 (filial de Salvador) e 279462.0007/13-7 (filial de Camaçari), ambos para lançar créditos de ICMS decorrentes de diversas infrações supostamente cometidas pela Autora na apuração da base de cálculo deste imposto, nos anos de 2009, 2010 e 2011; que em meio ao total de 21 infrações constantes dessa dupla autuação, duas infrações em cada um dos autos, as de números 3 e 4, tanto em um quanto em outro baseavam-se no não-recolhimento, pela Autora, do chamado diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de bens de ativo fixo e bens de uso e consumo; que uma diminuta parcela dos bens de uso e consumo e ativo fixo foi realmente adquirida pela Autora em operações interestaduais realizadas com terceiros diversos, contudo, a maior parte foi-lhe remetida de seu próprio centro de distribuição, situado no município paulista de Jundiaí. O objeto desta ação é, pois, unicamente por fim, que o pedido aqui cinge-se, apenas e exclusivamente, ao cancelamento do lançamento do diferencial de alíquotas do ICMS sobre as operações de remessa de bens de uso e consumo e ativo fixo, pelo centro paulista de distribuição da Autora às suas filiais baianas e, que, como não houve circulação de mercadoria a ensejar fato gerador, nos termos da Súmula nº 166 do STJ requer o cancelamento das referidas infrações. Pelo despacho de fls. 179, este Juízo indeferiu o pleito de antecipação de tutela, por entender que o pedido estava vinculado ao depósito do montante integral do débito. A autora opôs Embargos de Declaração (fls. 180/184), cuja decisão de acolhimento de fls. 185/187, deferiu a antecipação da tutela, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário. Citado, o ESTADO DA BAHIA apresentou contestação às fls. 230/238 (reiterada em cópia idêntica às fls. 239/247), pugnando pela improcedência do pedido em virtude de que é devido ICMS diferencial de alíquotas sobre as transferências de bens realizados entre estabelecimentos do mesmo contribuinte em Estados diversos, não sendo aplicável a Súmula 166 do STJ, em face do princípio da autonomia dos estabelecimentos e da efetiva circulação de mercadorias; que, no caso, o Autuante apurou que a empresa Autora deixou de efetuar o recolhimento do imposto devido, de relação a Infração 3, nos meses de março, maio e agosto de 2010 e março de 2011, já no tocante a infração 4, nos meses de março de 2010 e abril de 2011; que há isenção do ICMS, apenas e tão somente, para movimentações internas entre estabelecimentos da mesma empresa de bens do ativo e de material de consumo (Convênios ICMS 70/90, 80/91 e 151/94), do que se depreende que a Súmula 166 do STJ, em respeito ao pacto federativo, faz referência às operações internas, o que não é o caso dos autos, porque as transferências foram interestaduais - de São Paulo para a Bahia. Réplica acostada (fls. 248/252). Instadas sobre a produção de provas, a parte autora pugnou pelo julgamento antecipado da iide (fls. 255/256) e o Réu nada requereu, além de contraprova. Às fls. 261/267 consta decisão do AI interposto pelo Demandado, o qual teve provimento negado pelo TJBA. É o relatório, em essência. Decido. O feito está pronto para ser julgado, vez que a matéria versada é estritamente de direito. O pleito autoral procede. Inicialmente, pontua-se que a irresignação da Demandante está adstrita às infrações 03 e 04 dos autos de infração nºs 279462.0004/13- 8 e 279462.0007/13-7. Segundo se colhe da inicial, a Autora é empresa contribuinte do ICMS, devidamente inscrita no Cadastro Geral, operando em várias Unidades da Federação. Ao transferir mercadorias do seu estabelecimento situado no Estado de São Paulo para outros dois, aqui na Bahia (Salvador e Camaçari), gerou o equivocado entendimento do Fisco Baiano de que tais operações estariam sujeitas à incidência do ICMS em franca afronta ao entendimento do STJ e do STF. A motivação das infrações 03 e 04 dos dois autos hostilizados e acima indicados, segundo o agente autuador, se deu porque deixou a Autora 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 ao consumo do próprio estabelecimento. Ocorre, todavia, que as transferências realizadas pela Autora não podem ser tipificadas nas normas tributárias elencadas no AI, como quer fazer crer o Fisco, porque o mero deslocamento de mercadorias entre filiais não gera fato gerador para a incidência de ICMS. Com efeito, a própria fundamentação do agente autuador quando justifica as infrações 03 e 04 tornam incontroverso que se trata de autuação fiscal por circulação de mercadorias entre estabelecimentos da Autora, situados em diversos Estados da Federação, porque as transferências foram destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento ou para consumo da unidade filial. Nesse passo, sem dúvida, é manifesta a ilegalidade da cobrança do ICMS (diferencial de alíquota), porque se trata de mero deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, não constituindo fato gerador do tributo estadual, a teor da Súmula nº 166 do STJ.

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica de que a circulação de bens entre estabelecimentos

do mesmo titular, situados em Estados distintos da Federação, ou no mesmo Estado, não constitui fato gerador do ICMS. “O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM.” (AI n° 131.941-1, Rei. Min. Marco Aurélio). Veja-se, ainda, o recente julgado do STF: “IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. Não incide Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na transferência interestadual de bens do ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa. AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.”(STF - AI: 810921 RJ , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/05/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013). No caso, há que se distinguir a figura da transferência da operação. O que realmente ocorre n3 transferência é o envio de bens de uma pessoa jurídica para ela mesma. Já na operação, há um negócio jurídico entre partes distintas, há, portanto, uma atividade mercantil. A Constituição Federal em seu art. 155, I, b dispõe que o ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e à prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação. Assim, para que ocorra a incidência do ICMS, é imprescindível que haja uma operação relativa à circulação de mercadorias.

Na hipótese não houve operação, mas sim mera transferência, por conseguinte, não há a incidência do imposto. De dizer-se que o objetivo da Carta Magna é o de tributar operações, os atos mercantilistas, não a mera transferência de bens de uma mesma empresa. Em outros termos, não constitui fato gerador do ICMS a transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, ainda que deslocados entre diferentes Estados, uma vez que esses bens, por estarem fora do comércio, não são mercadorias para efeito tributário. Nesse toar, leciona HUGO DE BRITO MACHADO (in Aspectos Fundamentais do ICMS, Dialética, 1997, pág. 31): “Não está sujeita ao imposto a transferência de um bem de consumo, ou de ativo fixo, de um para outro estabelecimento da mesma empresa. As normas -de leis estaduais que definem como fato gerador do ICMS a saída de bens do ativo permanente, ou a entrada destes, ferem a Constituição Federal e por isso mesmo são desprovidas de validade jurídica”Com efeito, a cobrança de ICMS sobre a transferência de mercadorias nas hipóteses narradas pela Autora não caracteriza a circulação de mercadoria que a CF exige como ocorrente para a caracterização do fato gerador daquele tributo. Nesse sentido, bastante elucidativo, também, o julgamento do Resp, a seguir, sob o regime de recurso repetitivo: “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 165/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-01S89; AI 693714 AgR, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira turma, julgado em 30/06/2009, DJe-1'57 DIVULG 20- Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rei. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rei. 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, Rei. 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: (...)Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rei. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rei. 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, Rei. 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 regramatriz 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 a 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, 10^a 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 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, Rei. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rei. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994) 7.(...)8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.”(REsp 1 125133/SP, Rei. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010). Desta forma, embora tenha havido a saída física da mercadoria de um para outro estabelecimento da mesma empresa, não há hipótese de incidência de ICMS, pois referida saída não pode ser entendida como uma operação de circulação de mercadoria, não se materializando a hipótese (critério material) definida no art. 156, II da CF. De mencionar-se, também, que a incidência de ICMS na circulação de mercadoria depende da mudança de sua titularidade, o que não ocorreu na espécie, frisa-se. Diante disto, o acolhimento da pretensão autoral - improcedência da cobrança das infrações 03 e 04 dos Ais nºs 279462.0004/13-8 e 279462.0007/13-7 - é medida que se impõe. Do exposto, forte na Súmula 166 do STJ, confirmando os efeitos da liminar, JULGO PROCEDENTE a pretensão autoral, para tornar insubstancial a integralidade das cobranças dos itens 03 e 04 dos Autos de Infração nºs 279462.0004/13-8 e 279462.0007/13-7, Condeno o Réu no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa. PRI.

Afirma a Recorrente que, em que pese os argumentos apresentados pelo julgador na decisão de piso, a mesma não se sustenta e não são suficientes para que se mantenha a cobrança do crédito em questão.

Aborda também a Recorrente, de relação à Infração 02, a cobrança de Diferencial de Alíquota sobre produtos sujeitos já submetidos à Substituição Tributária, ainda mais pelo fato de não ter a mesma feito uso de créditos do tributo quando da entradas dos referidos produtos em seu estabelecimento, e mais porque o instituto da Substituição Tributária encerra todas as fases de tributação até o consumidor final, destacando o que dispõe o RICMS BAHIA 2012 nos artigos 289 a 293, além dos itens contidos no Anexo I do mesmo RICMS, onde se situam os produtos objeto de tal assertiva.

Finalizando, trata a Recorrente DO PEDIDO, quando afirma:

Em vista de todo o exposto e demonstrado, requer e espera dos ilustres julgadores que acolham o presente Recurso Voluntário para reformar o Acórdão de fls. e declarar nulo o Auto de Infração, ou ainda, pela apreciação do mérito, o julguem improcedente no que tange ao remanescente do lançamento, com o consequente cancelamento dos créditos tributários dele decorrentes. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, ainda, se assim entender necessário esta d. Câmara, seja realizada diligência e perícia fiscal nos moldes legais.

Assim julgando, esta Câmara de Julgamento estará praticando a tão almejada JUSTIÇA

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

Trata o presente processo de cobrança de tributos em função da não efetivação de estorno de créditos sobre produtos que se constituíam como custos de operações de saídas tributadas e não tributadas, e do não recolhimento do Diferencial de Alíquota sobre bens destinados a uso e consumo/ativo imobilizado, como descritos nas infrações definidas, como abaixo:

Infração 01- Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, com utilização de crédito fiscal, por empresa prestadora de serviço de transporte, relativo às prestações não tributadas. ICMS no valor de R\$ 112.819,59 e multa de 60%.

Infração 02 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 64.777,88 e multa de 60%.

Em relação à preliminar de nulidade perseguida pela Recorrente, não vejo como prosperar, o processo de lavratura do Auto de Infração atendeu a todos os requisitos determinados na legislação pertinente, nada existindo que venha a inquinar o mesmo de ilegalidade ou não atendimento aos preceitos legais, motivo pelo que, afasto a pretensão de nulidade do Auto de Infração.

De relação ao Recurso de Ofício encaminhado pela 2ª JJF, verifico que o mesmo atende ao que determina o RPAF no artigo 169, inciso I, alínea “a”, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, em face de o valor desonerado estar acima do limite ali estabelecido, motivo pelo que NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, restando Improcedente a infração 01.

Tratando da Infração 02, acatada pelo 2ª JJF como Procedente, onde se reclama o pagamento do Diferencial de Alíquota sobre a entrada de bens para uso e consumo da Recorrente, assim como sobre bens que ingressaram para integrar o seu ativo imobilizado, verificamos no relatório apresentado pelo autuante que os mesmos foram originados, parte de aquisição de terceiros e parte de transferências efetuadas por estabelecimentos da mesma titularidade da Recorrente.

A análise desta infração perpassa por duas vertentes interpretativas da tributação deste tipo de operação, quando se trata de transferências entre estabelecimentos componentes da mesma titularidade. A primeira, que tem o entendimento de aplicação total do que foi enunciado na Súmula nº 166 do STJ, sem discriminação do tipo de operação, e, a segunda, que entende que a não incidência limitar-se-ia às operações internas, tomando por base a independência dos estabelecimentos.

Consta da infração 02 entradas no estabelecimento da Recorrente de bens para uso e consumo e para o ativo imobilizado, oriundos, tanto de estabelecimentos de terceiros, como de estabelecimentos da mesma empresa, o que leva ao entendimento de tratamento diferenciado nos dois tipos de operação.

Ao se tratar da aquisição de bens para uso e consumo, ou para o ativo imobilizado, oriundo de terceiros em operações interestaduais, não se pode admitir, sob pena de ir-se de encontro ao princípio do pacto federativo, em que cada unidade faz jus a sua parte no tributo incidente sobre a circulação dos produtos, por se tratar de operação de compra e venda.

Desta forma, as aquisições efetuadas a contribuintes que não estabelecimentos da mesma empresa estão sujeitos ao pagamento do diferencial de alíquota. Caso não desejasse a Recorrente se submeter a esta obrigatoriedade, restar-lhe-ia adquirir tais produtos no mercado interno, onde os mesmos serão consumidos, após uma operação de compra e venda, o que configura mercancia.

Como destacado pela Recorrente, o autuante ao elaborar a planilha de cálculo para cobrança do diferencial de alíquota, não procedeu de acordo com o determina a legislação, informando na mesma o valor das aquisições e um valor de DIFAL, supostamente lastreado em uma alíquota diferencial (5%, 10%) sem discriminá-la a cada nota fiscal relacionada quanto seria devido, limitando-se a informar na referida planilha um valor recolhido, sem identificar a que notas fiscais seriam referentes.

Quando se trata de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, mesmo em operações interestaduais, não resta dúvida da não ocorrência de operação de mercancia, uma empresa não pode vender para si mesma, o que ocorre é tão somente uma operação de envio de um bem que lhe pertence para outro estabelecimento que também é seu.

É farta a jurisprudência onde se reconhece a não incidência do ICMS em tal tipo de operação, inclusive no âmbito do Estado da Bahia, devendo se destacar a decisão do Tribunal de Justiça no

processo abaixo transscrito:

11ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA JUIZ (A) DE DIREITO MARIA VERÔNICA MOREIRA RAMIRO ESCRIVÃ(O) JUDICIAL JACIARA CEDRAZ CARNEIRO EDITAL DE INTIMAÇÃO DE ADVOGADOS

RELAÇÃO N° 0165/2015

ADV: PAULO ROBERTO ANDRADE (OAB 172953/SP) - Processo 0537079-50.2014.8.05.0001 - Procedimento Ordinário -Anulação de Débito Fiscal - AUTOR: CASAS BAHIA - RÉU: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA - Cuida-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal proposta por CASA BAHIA COMERCIAL LTDA contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, sob a alegação de que não há que se falar em retenção e recolhimento de ICMS-ST, uma vez que a operação autuada se trata de transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, saindo do centro de distribuição situado em Jundiaí/SP com destino às filiais em Salvador/BA e Camaçari/BA, tudo conforme evidenciado nas notas fiscais acostadas; que não havendo operação mercantil, mas simples transferência de mercadoria entre filiais, inexiste fato gerador a ensejar a tributação, como equivocadamente considerou o Fisco baiano; que a hipótese é a prevista no art. 8º, § 8º da Lei 7.014/96, que afasta o recolhimento prévio de ICMS quando se tratar de transferência; Para tanto, argumenta a Acionante que atua no setor varejista de bens de consumo, possuindo filiais em diversas cidades deste Estado da Bahia e, também, em diversos Estados da Federação; que em 18 e 30 de setembro de 2013, a Ré lavrou contra si dois autos de infração, um para cada filial, registrados, respectivamente, sob os números 279462.0004/13-8 (filial de Salvador) e 279462.0007/13-7 (filial de Camaçari), ambos para lançar créditos de ICMS decorrentes de diversas infrações supostamente cometidas pela Autora na apuração da base de cálculo deste imposto, nos anos de 2009, 2010 e 2011; que em meio ao total de 21 infrações constantes dessa dupla autuação, duas infrações em cada um dos autos, as de números 3 e 4, tanto em um quanto em outro baseavam-se no não-recolhimento, pela Autora, do chamado diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de bens de ativo fixo e bens de uso e consumo; que uma diminuta parcela dos bens de uso e consumo e ativo fixo foi realmente adquirida pela Autora em operações interestaduais realizadas com terceiros diversos, contudo, a maior parte foi-lhe remetida de seu próprio centro de distribuição, situado no município paulista de Jundiaí. O objeto desta ação é, pois, unicamente por fim, que o pedido aqui cinge-se, apenas e exclusivamente, ao cancelamento do lançamento do diferencial de alíquotas do ICMS sobre as operações de remessa de bens de uso e consumo e ativo fixo, pelo centro paulista de distribuição da Autora às suas filiais baianas e, que, como não houve circulação de mercadoria a ensejar fato gerador, nos termos da Súmula n° 166 do STJ requer o cancelamento das referidas infrações. Pelo despacho de fls. 179, este Juízo indeferiu o pleito de antecipação de tutela, por entender que o pedido estava vinculado ao depósito do montante integral do débito. A autora opôs Embargos de Declaração (fls. 180/184), cuja decisão de acolhimento de fls. 185/187, deferiu a antecipação da tutela, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário. Citado, o ESTADO DA BAHIA apresentou contestação às fls. 230/238 (reiterada em cópia idêntica às fls. 239/247), pugnando pela improcedência do pedido em virtude de que é devido ICMS diferencial de alíquotas sobre as transferências de bens realizados entre estabelecimentos do mesmo contribuinte em Estados diversos, não sendo aplicável a Súmula 166 do STJ, em face do princípio da autonomia dos estabelecimentos e da efetiva circulação de mercadorias; que, no caso, o Autuante apurou que a empresa Autora deixou de efetuar o recolhimento do imposto devido, de relação a Infração 3, nos meses de março, maio e agosto de 2010 e março de 2011, já no tocante a infração 4, nos meses de março de 2010 e abril de 2011; que há isenção do ICMS, apenas e tão somente, para movimentações internas entre estabelecimentos da mesma empresa de bens do ativo e de material de consumo (Convênios ICMS 70/90, 80/91 e 151/94), do que se depreende que a Súmula 166 do STJ, em respeito ao pacto federativo, faz referência às operações internas, o que não é o caso dos autos, porque as transferências foram interestaduais - de São Paulo para a Bahia. Réplica acostada (fls. 248/252). Instadas sobre a produção de provas, a parte autora pugnou pelo julgamento antecipado da iide (fls. 255/256) e o Réu nada requereu, além de contraprova. Às fls. 261/267 consta decisão do AI interposto pelo Demandado, o qual teve provimento negado pelo TJBA. É o relatório, em essência. Decido. O feito está pronto para ser julgado, vez que a matéria versada é estritamente de direito. O pleito autoral procede. Inicialmente, pontua-se que a irresignação da Demandante está adstrita às infrações 03 e 04 dos autos de infração n°s 279462.0004/13- 8 e 279462.0007/13-7. Segundo se colhe da inicial, a Autora é empresa contribuinte do ICMS, devidamente inscrita no Cadastro Geral, operando em várias Unidades da Federação. Ao transferir mercadorias do seu estabelecimento situado no Estado de São Paulo para outros dois, aqui na Bahia (Salvador e Camaçari), gerou o equivocado entendimento do Fisco Baiano de que tais operações estariam sujeitas à incidência do ICMS em franca afronta ao entendimento do STJ e do STF. A motivação das infrações 03 e 04 dos dois autos hostilizados e acima indicados, segundo o agente autuador, se deu porque deixou a Autora 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 ao consumo do próprio estabelecimento. Ocorre, todavia, que as transferências realizadas pela Autora não podem ser tipificadas nas normas tributárias elencadas no AI, como quer fazer crer o Fisco, porque o mero deslocamento de mercadorias entre filiais não gera fato gerador para a incidência de ICMS. Com efeito, a própria

fundamentação do agente autuador quando justifica as infrações 03 e 04 tornam controverso que se trata de autuação fiscal por circulação de mercadorias entre estabelecimentos da Autora, situados em diversos Estados da Federação, porque as transferências foram destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento ou para consumo da unidade filial. Nesse passo, sem dúvida, é manifesta a ilegalidade da cobrança do ICMS (diferencial de alíquota), porque se trata de mero deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, não constituindo fato gerador do tributo estadual, a teor da Súmula nº 166 do STJ.

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica de que a circulação de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, situados em Estados distintos da Federação, ou no mesmo Estado, não constitui fato gerador do ICMS. “O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM.” (AI nº 131.941-1, Rei. Min. Marco Aurélio). Veja-se, ainda, o recente julgado do STF: “IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. Não incide Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na transferência interestadual de bens do ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa. AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.”(STF - AI: 810921 RJ , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/05/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013). No caso, há que se distinguir a figura da transferência da operação. O que realmente ocorre n3 transferência é o envio de bens de uma pessoa jurídica para ela mesma. Já na operação, há um negócio jurídico entre partes distintas, há, portanto, uma atividade mercantil. A Constituição Federal em seu art. 155, I, b dispõe que o ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e à prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação. Assim, para que ocorra a incidência do ICMS, é imprescindível que haja uma operação relativa à circulação de mercadorias.

Na hipótese não houve operação, mas sim mera transferência, por conseguinte, não há a incidência do imposto. De dizer-se que o objetivo da Carta Magna é o de tributar operações, os atos mercantilistas, não a mera transferência de bens de uma mesma empresa. Em outros termos, não constitui fato gerador do ICMS a transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, ainda que deslocados entre diferentes Estados, uma vez que esses bens, por estarem fora do comércio, não são mercadorias para efeito tributário. Nesse toar, leciona HUGO DE BRITO MACHADO (in Aspectos Fundamentais do ICMS, Dialética, 1997, pág. 31): “Não está sujeita ao imposto a transferência de um bem de consumo, ou de ativo fixo, de um para outro estabelecimento da mesma empresa. As normas -de leis estaduais que definem como fato gerador do ICMS a saída de bens do ativo permanente, ou a entrada destes, ferem a Constituição Federal e por isso mesmo são desprovidas de validade jurídica”Com efeito, a cobrança de ICMS sobre a transferência de mercadorias nas hipóteses narradas pela Autora não caracteriza a circulação de mercadoria que a CF exige como ocorrente para a caracterização do fato gerador daquele tributo. Nesse sentido, bastante elucidativo, também, o julgamento do Resp, a seguir, sob o regime de recurso repetitivo: “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 165/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-01S89; AI 693714 AgR, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-1'57 DIVULG 20- Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rei. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rei. 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, Rei. 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: (...)Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rei. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rei. 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, Rei.

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 regramatriz 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 a 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, 10^a 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 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, Rei. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rei. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994) 7. (...). 8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.” (REsp 1 125133/SP, Rei. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010). Desta forma, embora tenha havido a saída física da mercadoria de um para outro estabelecimento da mesma empresa, não há hipótese de incidência de ICMS, pois referida saída não pode ser entendida como uma operação de circulação de mercadoria, não se materializando a hipótese (critério material) definida no art. 156, II da CF. De mencionar-se, também, que a incidência de ICMS na circulação de mercadoria depende da mudança de sua titularidade, o que não ocorreu na espécie, frisa-se. Diante disto, o acolhimento da pretensão autoral - improcedência da cobrança das infrações 03 e 04 dos Ais nºs 279462.0004/13-8 e 279462.0007/13-7 - é medida que se impõe. Do exposto, forte na Súmula 166 do STJ, confirmando os efeitos da liminar, JULGO PROCEDENTE a pretensão autoral, para tornar insubstancial a integralidade das cobranças dos itens 03 e 04 dos Autos de Infração nºs 279462.0004/13-8 e 279462.0007/13-7, Condeno o Réu no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa. PRI.

Destaque-se na decisão acima as afirmativas textuais e afirmativas:

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;

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. (...)

Diante da incerteza da apuração em relação às aquisições efetuadas a terceiros, em face da impossibilidade de se chegar a alguma conclusão com base na planilha apresentada pelo autuante, e das decisões constantes da farta jurisprudência acostada aos autos pela Recorrente, acato o que requerido para julgar Improcedente o quanto reclamado em relação à Infração 02.

Desta forma, considerando tudo o que foi demonstrado nos autos do processo e da convicção que tenho, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício encaminhado pela 2^a JJF, e DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (quanto ao mérito da infração 2 – Transferências/DIFAL)

Peço *venia* para divergir do i. relator, quanto à sua conclusão de Prover o Recurso Voluntário, julgando Improcedente a infração 2, relativa a exigência do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, em razão de compras junto a

terceiros e transferências entre estabelecimentos do recorrente, conforme demonstrado às fls. 12 a 21 dos autos, cuja exação foi julgada Procedente pela JJF.

Inicialmente, em que pese o nobre relator ter rejeitado a preliminar de nulidade suscitada, reitero que as planilhas insitas às fls. 12 a 21 dos autos encontram-se devidamente inteligíveis, oferecendo plenas condições de se identificar: data da operação; número do documento fiscal, inclusive a chave de acesso para consulta; CNPJ, Estado de origem e razão social do remetente; valor da operação e, por fim, o ICMS exigidos a título de DIFAL [diferença entre alíquotas de 5%, quando oriundas do ES (apenas 4 operações), e de 10%, quando oriundas dos Estados do Sul e Sudeste].

No mérito, objeto de divergência, o fundamento do relator para exclusão total do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais é de que nas operações de “*transferências*” entre estabelecimentos filiais inexiste fato gerador do ICMS, mas mera circulação física de mercadoria, pois não há mudança de titularidade do proprietário da mercadoria, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 166.

Contudo, peço *vénia* para discordar do relator, pois, apesar de o levantamento fiscal não se tratar só de transferência, eis que existem operações oriundas de CNPJ diversos do recorrente, o que já tornaria equivocada tal conclusão, a aludida decisão do STJ não gera efeito vinculante e só faz coisa julgada entre as partes litigantes.

Há de ressaltar que o ICMS em análise incide sobre a *entrada* de mercadorias em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria for destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado, 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.

Registre-se que a previsão legal insculpida no citado art. 12, I, da LC 87/96 é de que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, cuja disposição foi recepcionada pela Lei nº 7.014/96. Dessa forma, o entendimento é que a Súmula nº 166/92 do STJ tornou-se inaplicável após a edição da LC 87/96, por ser esta posterior.

Especificamente quanto à alegação de que a Súmula STJ 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 limites 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 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, diante de tais considerações, concluo pela subsistência desta infração 2, tanto pela previsão da hipótese legal no sistema normativo para o fato concreto, como também em razão da não aplicação da Súmula nº 166 nas operações interestaduais, assim como por existirem mercadorias adquiridas de terceiros, as quais, mesmo sujeitas ao regime de substituição tributária, deve-se recolher o ICMS DIFAL, conforme previsto na cláusula primeira, §3º, II, do Protocolo ICMS 41/08.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281105.1258/16-9, lavrado contra EMBRAC – EMPRESA BRASILEIRA DE CARGAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$64.777,88, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infração 2 – Recurso Voluntário) – Conselheiros: Fernando Antônio Brito de Araújo, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 2 – Recurso Voluntário) – Conselheiros (a): José Rosenvaldo Evangelista Rios, Laís de Carvalho Silva e Elde Santos Oliveira.

Sala de sessões do CONSEF, 8 de março de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso Voluntário)

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR/VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário)

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS