

PROCESSO - A. I. Nº 210943.0010/14-2
RECORRENTE - ATLANTIS TECNOLOGIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0218-02/14
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/07/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0112-11/2019

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO – OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A transferência de mercadorias ou bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica se encontra no campo de incidência do ICMS. O art. 12, I, da LC 87/96, prevê 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 no art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96. Item subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0218-02/14 – que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigraado, modelo 4, lavrado em 18/01/2014 para exigir o ICMS de R\$179.319,75, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de *“Falta de destaque do ICMS nas operações de saídas, por desincorporação, de bens do ativo imobilizado, no caso de a desincorporação ser feita no prazo inferior ou igual a um ano de uso do bem no próprio estabelecimento.”*

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração, após salientar que o lançamento preenche as formalidades previstas em lei. Aduziu ainda que a *apreensão* das mercadorias foi um ato combatido mediante a impetração do Mandado de Segurança nº 0502373-41.2014.8.05.0001, cujo trâmite se deu perante a 11ª Vara da Fazenda Pública do Foro da Comarca de Salvador. Assim, a JJF declarou-se incompetente para apreciar tal medida, com base no inciso II do art. 167 do RPAF.

No mérito, a JJF observa que o autuado, embora admita o fato, discute a sua natureza jurídica, advogando a tese de que a operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa enquadra-se como isenta, defendendo que não deveria destacar o imposto.

Aduz a JJF que diferentemente do que prega o impugnante, a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o art. 12, inciso I, cuja norma foi reproduzida pelo legislador ordinário, no inciso I do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Destaca o órgão julgador que, mesmo considerando a existência de jurisprudência apontando para a não incidência do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, julgar nesse sentido representaria negar aplicação à legislação posta, transcrita acima, o que fugiria à competência da Junta. Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade da norma legal embasadora da autuação, restando como devido o imposto estadual sobre a operação autuada, do que entende, por conseguinte, caracterizada a infração.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, a decisão de piso é de que falece

competência ao colegiado, pois o ilícito perpetrado resultou em descumprimento de obrigação principal.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 170 a 194 dos autos, onde reitera sua alegação de que não há incidência do ICMS sobre mera circulação física de mercadorias entre filiais, do que esclarece tratar-se de uma empresa de prestação de serviços e exploração no ramo de sistemas de telecomunicações e multimídia, possuindo matriz em Porto Alegre e filiais em Lauro de Freitas e Palmas.

Disse que efetuou compra de diversos equipamentos no Estado de São Paulo, sendo os mesmos entregues na filial baiana e, posteriormente, parte transferida para a filial do Tocantins. Assim, a operação caracteriza-se como simples deslocamento entre filiais do mesmo contribuinte, havendo isenção do ICMS.

Alega existir coação ao apreender as mercadorias, como meio de se obter o pagamento do suposto imposto devido, antes mesmo do término do processo administrativo, cerceando o livre exercício de atividade econômica, constitucionalmente protegido. Aduz ser tal ato arbitrário e ilegal.

Enfatiza que o ICMS tem como hipótese de incidência, como a sua própria regra constitucional de competência (art. 155, II) já indica, operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, o que significa que, para a sua incidência, não basta a simples circulação física de um bem, sendo necessária a ocorrência de um negócio jurídico mercantil que desencadeie esta circulação.

Diz que tal conclusão decorre da premissa de que o legislador constituinte, ao delinear as regras de competência de cada um dos impostos, não utiliza palavras em vão. Se este fez referência à expressão “operações relativas à circulação de mercadorias” é porque quis deixar de fora da hipótese de incidência as transferências que não façam parte de uma operação mercantil, pois a ênfase se dá no aspecto econômico e mercantil da circulação, o que implica em troca de titularidade do bem objeto da operação. Cita doutrina e jurisprudência, inclusive a Súmula 166.

Em seguida, passa a aduzir ser confiscatória a multa de 60% sobre o valor do imposto, uma vez que atenta contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, do que concluiu ser o Auto de Infração nulo. Cita doutrina e jurisprudência.

Requer a reforma da decisão de primeira instância para desconstituir o Auto de Infração, bem como seja cancelada a multa ou, subsidiariamente, seja reduzida para o patamar mínimo devido à sua exorbitância, assim como requer o cadastramento do seu advogado para receber com exclusividade todas as intimações e/ou notificações, sob pena de nulidade.

Às fls. 198 a 200 do PAF, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Drª Maria Helena de Mendonça Cruz, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, uma vez que observa que as razões recursais são insuficientes para provocar modificação no julgamento da primeira instância, considerando que o recorrente não trouxe prova nem argumentos jurídicos capazes de promover a reforma do julgamento, com o qual o opinativo diz coadunar integralmente.

Salienta a PGE/PROFIS que o recorrente reprisa as motivações apresentadas em sede de impugnação que têm como lastro a irresignação quanto à incidência do ICMS nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, alegando que em casos como tais não ocorre o fato gerador do tributo, a teor da súmula nº 166 do STJ. Porém, segundo o opinativo, os documentos fiscais colacionados aos autos robustecem a autuação, ao demonstrarem a remessa das mercadorias entre estabelecimentos de Estados diversos, já que o art. 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96 considera autônomo cada estabelecimento ainda que do mesmo titular e o art. 12 da referida norma estabelece que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Portanto, segundo a PGE/PROFIS, em que pese a edição da Súmula nº 166 do STJ, deve ser aplicada

a legislação tributária nos moldes realizados no presente lançamento, vez que foge à competência do órgão julgador administrativo negar aplicação a legislação posta.

No tocante à irresignação contra a multa por entende-la confiscatória e abusiva, observa que a penalidade aplicada à infração está adequada e prevista na legislação tributária estadual, mormente o artigo 42 da Lei nº 7014/96.

Por fim, a PGE/PROFIS opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamento da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ocorrido em 22/07/2015, por decisão não unânime, foi acolhida a propositura de aplicação da regra prevista no art. 168 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, consoante consta às fls. 203 a 207 dos autos, com o propósito de sobrestar o julgamento do Recurso Voluntário e remeter o PAF à Câmara Superior do CONSEF para que se deliberasse quanto ao encaminhamento de Representação ao Secretário da Fazenda do Estado visando à tomada de providências e decisão prevista no referido art. 168 do RPAF/BA.

Por meio do Acórdão da Câmara Superior do CONSEF de nº CS 0005-21/18, por decisão unânime, a proposta para Representação ao Secretário da Fazenda, referente ao Auto de Infração nº 210943.0010/14-2, lavrado contra ATLANTIS TECNOLOGIA LTDA, NÃO FOI ACOLHIDA, sendo determinado o retorno dos autos ao trâmite anterior à proposta realizada pela 2ª CJF, de cujo resultado foi dada ciência ao sujeito passivo, conforme documentos às fls. 223 a 225 dos autos, o qual se manteve silente.

VOTO

Retomado o trâmite processual para análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme decisão exarada pela Câmara Superior do CONSEF através do Acórdão CS 0005-21/18, que não acolheu a proposta para Representação ao Secretário da Fazenda, prevista no art. 168 do RPAF, assim passamos a proceder.

Inicialmente, há de se salientar que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, o qual a exerceu plenamente. A alegação de ser confiscatória a penalidade imposta ao contribuinte, assim como a notícia de medida judicial interposta para liberação das mercadorias apreendidas, como também a pretensão recursal de redução ou cancelamento da multa aplicada sobre obrigação principal, de tais análises falece competência a este órgão julgador administrativo, nos termos do inciso II do art. 167 e, do então vigente, art. 159 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Por fim, inexistente previsão legal para a nulidade dos atos, caso não sejam as intimações direcionadas ao patrono do recorrente, visto que o art. 108 do RPAF determina que a intimação acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente ao sujeito passivo ou pessoa interessada, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

No mérito, quanto à alegação recursal de que, no caso de transferências de ativo imobilizado, não há incidência de ICMS por não haver negócio jurídico de natureza mercantil, nem transferência do domínio de mercadoria, conforme prevê o art. 155, II, da CF e Súmula nº 166 do STJ, concordo com o entendimento da PGE/PROFIS de que o CONSEF não tem competência para apreciação de questões versando sobre inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação tributária vinculante, em face do art. 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), reproduzida no art. 167 do RPAF/99.

O fato é que a Súmula 166 do STJ não vincula os atos administrativos desse Estado, bem como não afasta a aplicabilidade da legislação tributária pertinente, prevista no art. 12, I, da LC 87/96, que 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 no art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96.

Portanto, a transferência de mercadorias ou bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica se encontra no campo de incidência do ICMS.

Ainda quanto à alegação recursal de que a Súmula nº 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 (A. I. N.º 269139.0003/12-6), no qual ressalta que:

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

Desta forma, no entender do signatário do Parecer, ainda que se entenda 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, nas hipóteses 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*”, ressaltando:

Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.

Assim, acompanho o referido opinativo e concluo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênha para divergir do i. Relator.

A infração versa sobre “*Falta de destaque do ICMS nas operações de saídas, por desincorporação, de bens do ativo imobilizado, no caso de a desincorporação ser feita no prazo inferior ou igual a um ano de uso do bem no próprio estabelecimento.*”.

Da análise dos fólios processuais, restou evidenciado que a empresa recorrente presta serviços de

vídeo monitoramento para diversos setores, como: prédios públicos, aeroportos condomínios, etc., sendo que as notas fiscais constantes no processo dizem respeito a transferências de cabos, câmeras, monitores, etc.

Assim, as operações que tratam este Auto de Infração correspondem ao envio de bens do ativo imobilizado da empresa para a prestação de serviços em outro Estado, executados por filiais, ou seja, estabelecimentos de um mesmo titular.

Deste modo, no caso em apreço, não seria matéria de incidência de tributação a transferência dos bens por dois motivos: primeiro, porque a prestação de serviço não é operação tributável pelo ICMS e segundo, porque as transferências entre estabelecimentos de um mesmo titular não são operações de mercancia, conforme veremos adiante.

A Súmula nº 166 do STJ, em que pese ainda persista as discussões acerca da sua aplicação, segue vigendo em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, vale ressaltar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já se debruçou sobre a matéria em recurso repetitivo, reconhecendo a não incidência do ICMS nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular, vejamos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMEAÇA CONCRETA. CABIMENTO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE MATRIZ PARA FILIAL DA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166/STJ. RECURSO REPETITIVO RESP 1.125.133/SP.

A natureza da operação é a de transferência de produtos entre “estabelecimentos” de mesma propriedade, ou seja, não há circulação de mercadorias, muito menos transferência de titularidade do bem, requisito este necessário à caracterização do imposto, conforme determina a Súmula 166 do STJ. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido”. (AgRg no AREsp 69931/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 13/02/2012).

Também seguindo esta linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, prega a não incidência de ICMS sobre transferência de bens entre estabelecimentos de mesmo contribuinte, entendimento sintetizado no RE 267.599-AgR-ED, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 30.04.2010 e AI 693.714-AgRJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 21.08.2009, conforme segue abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMO CONTRIBUINTE EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO. SIMPLES DESLOCAMENTO FÍSICO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES . 1. A não-incidência do imposto deriva da inexistência de operação ou negócio mercantil havendo, tão-somente, deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, ambos do mesmo dono, não traduzindo, desta forma, fato gerador capaz de desencadear a cobrança do imposto. Precedentes. 2. Embargos de declaração acolhidos somente para suprir a omissão sem modificação do julgado.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÍDA FÍSICA DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO . I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que o mero deslocamento físico de bens entre estabelecimentos, sem que haja transferência efetiva de titularidade, não caracteriza operação de circulação de mercadorias sujeita à incidência do ICMS. II - Recurso protelatório. Aplicação de multa. III - Agravo regimental improvido.

Mantendo tal entendimento, em 30.05.2014, a Primeira Turma do STF, “tem-se posicionado no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo titular não caracteriza fato gerador do ICMS, ainda que estejam localizados em diferentes unidades federativas” (ARE 756636 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, publicado em 30/05/2014).

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 nº 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 Lazzerotti (OAB SP 147239)

...

Ressalte-se, ademais, que o tratamento dado à matéria pelo provimento judicial farpeado encontra-se em estrita simetria com a jurisprudência pacífica esposada pelo Superior Tribunal de Justiça, vejamos outros casos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DOCPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07PP-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-02370-13PP-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 Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008)

2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).

3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"

4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 36/37)

6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica 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, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. (Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)

A Jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ, são uníssonas no mesmo sentido, consoante dessume-se dos seguintes precedentes:

ICMS - MERO DESLOCAMENTO FÍSICO DO BEM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE - INOCORRÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA, EIS QUE AUSENTE QUALQUER TRANSFERÊNCIA DOMINIAL - NÃO INCIDÊNCIA DE REFERIDO TRIBUTO ESTADUAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (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-02395-07PP-01589) TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÍDA FÍSICA DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que o mero deslocamento físico de bens entre estabelecimentos, sem que haja transferência efetiva de titularidade, não caracteriza operação de circulação de mercadorias

sujeita à incidência do ICMS.

II - Recurso protelatório. Aplicação de multa.

III - Agravo regimental improvido. (AI 693714 AgR, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13PP-02783) **TRIBUTÁRIO . ICMS . TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DEMERCADORIAS DA MESMA EMPRESA . NAO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR . PRECEDENTES.**

1. A transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, já que para a ocorrência do fato gerador deste tributo é essencial a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.

2. Incidência da Súmula 166/STJ, que determina: “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

3. Precedentes: AgRg no Ag 1.068.651/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5.3.2009, DJe 2.4.2009; REsp 772.891/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.3.2007, DJ 26.4.2007, p. 219. Agravo regimental improvido.

Desse modo, incide no caso em tela o quanto previsto pela súmula 83/STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” Ante o exposto, inadmito o recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Salvador, 17 de setembro de 2018. Desembargadora Maria da Graça Osório Pimentel Leal 2ª Vice-Presidente 433 2avp13

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

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0010/14-2**, lavrado contra **ATLANTIS TECNOLOGIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$179.319,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Carlos Antonio Borges Cohim Silva e Valnei de Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO DIVERGENTE

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS