

N. F. Nº - 218905.0039/18-0
NOTIFICADO - CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA.
NOTIFICANTE- WALTER SENA RIBEIRO
ORIGEM - SAT/DAT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.01.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-05/19NF

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o notificado não recolheu o ICMS relativo às operações efetuadas sob Regime de apuração normal do imposto. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 17/02/2018, refere-se à exigência de **R\$21.330,00** de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto na operação de saída interestadual de mercadorias tributadas como se mercadoria isenta fosse. Referente ao mês fevereiro de 2018.

O notificado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 11 a 20 do PAF, descrevendo os fatos e alegando com esboço em minudentes arguições de fundamentação jurídica, em doutrina e jurisprudências que reproduziu.

Especificamente, ao tratar do tópico defensivo “*DA IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. DA INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS. DA CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE (SÚMULA 166/STJ).*”, destacou que o Imposto incidente sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), encontra fundamento jurídico na Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alíneas “a” e “d”, assim consigna:

*“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; [...]

*§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
[...]*

XII — cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes; [...]

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;” (g.n.)

Disse que o texto constitucional traçou a regra matriz de incidência do ICMS, determinando, expressamente, o seu campo de incidência e dispondo que o imposto incidirá sobre as operações de circulação de mercadoria, bem como sobre a prestação de serviços de comunicação e de transporte entre Municípios e Estados da Federação.

Acrescentou que, em seu art. 155, § 2º, inciso XII, a Carta Magna ainda atribuiu à Lei Complementar a função de ditar as diretrizes gerais da regra matriz de incidência do ICMS, competindo a tal diploma legal a regulamentação do acenado tributo, notadamente com o fito de pacificar eventuais conflitos de competência em matéria tributária entre os mais diversos Estados brasileiros.

Afirmou que a operação objeto do presente lançamento representa uma mera circulação física de mercadorias, inexistindo qualquer translação de suas propriedades, tendo em vista que as

partes envolvidas na operação são filiais de uma mesma pessoa jurídica. Não ocorreu, pois, a circulação jurídica das mercadorias, fato gerador do ICMS.

Com efeito, a circulação de mercadorias, pressuposto inafastável para a incidência do ICMS, somente ocorre quando há a efetiva transferência da propriedade das mercadorias de uma pessoa jurídica para outra, sob qualquer título jurídico, sendo irrelevante, para fins de cobrança da exação estadual, a mera circulação física ou econômica das mercadorias dentro de um mesmo contribuinte.

Lecionou que para que haja concretização do fato gerador do ICMS, afigura-se essencial a translação da propriedade das mercadorias, ou seja, constitui condição *sine qua non*, para fins de aperfeiçoamento da hipótese de incidência do ICMS, a transmissão de suas titularidades. Reproduziu doutrinas.

Rematou ser assente que, para a realização da circulação, necessária se faz a alteração da propriedade da mercadoria, uma vez que a circulação pressupõe que a mercadoria saia do poder de uma pessoa para outrem, isto é, deve ocorrer, imprescindivelmente, a transmissão da titularidade.

Deduziu que, por esta razão, a simples remessa interna de mercadorias pelo contribuinte constitui uma mera movimentação sem a transferência da titularidade exercida sobre o bem, isto é, constitui fato atípico ao ICMS, na medida em que a propriedade segue inalterada.

Disse ser este o entendimento, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, que assim consignou ao editar o Enunciado nº. 166 de sua Súmula:

“Súmula 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.” (g.n.)

Complementou, dizendo, por derradeiro, ser importante destacar que, ainda que situados em Unidades Federativas diversas, não constituiria fato gerador capaz de atrair a incidência do ICMS a transferência de mercadorias entre estabelecimentos distintos do mesmo titular, sendo tal questão pacífica no âmbito dos Tribunais Superiores pátrios. Apontou e reproduziu jurisprudências.

Asseverou que, analisando o caso concreto, observa-se que a infração, cristalizada na Notificação Fiscal de Lançamento nº. 2189050039/18-0, detém como lastro uma operação interestadual de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da ora justificante situados em distintos Estados da Federação, não sendo possível vislumbrar qualquer circulação jurídica de mercadorias, eis que os bens objeto da operação estiveram, a todo tempo, sob a titularidade exclusiva da autuada.

E que, assim sendo, restou evidenciado que o fato gerador de ICMS imputado à justificante - circulação de mercadorias entre seus estabelecimentos - não ocorreu, razão pela qual pugnou pela imediata desconstituição da Notificação Fiscal de Lançamento vergastada.

Requer que se julgue procedente a Justificação ora apresentada, a fim de que seja desconstituída a Notificação Fiscal de Lançamento nº. 218905.0039/18-0.

Não houve informação fiscal.

VOTO

Preliminarmente, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da

legislação infringidos. De modo que, sob o aspecto formal delineado, constato não verificar qualquer mácula que possa inquinar o feito de nulidade.

O auto de infração diz respeito a acusação fiscal de que a Impugnante teria realizado saída de mercadoria tributada sem, contudo, destacar o ICMS incidente na operação, por tê-la considerado operação sem incidência do ICMS.

Verifico, dos autos, tratar-se de flagrante fiscal realizado no contexto da fiscalização de trânsito de mercadorias ocorrido por ocasião de plantão fiscal em transcurso no Posto Fiscal Honorato Viana. Constato que foi apurado pelo notificante a circulação de mercadorias com destino ao Estado do Mato Grosso remetida pela Impugnante sob o Código Fiscal de Operações – CFOP 6151 – Transferência Interestadual da Produção do Estabelecimento, sem o destaque do ICMS. Feitas as preleções, passo a examinar a questão.

Infere-se, da defesa, que não foram abordadas questões fáticas, ou seja, não restam querelas quanto a substância da acusação fiscal, do que posso concluir que, de fato, tudo ocorreu conforme já relatado. Existiu uma abordagem do trânsito de mercadorias em que se apurou que uma nota fiscal (DANFE) dava circulação a uma transferência de mercadoria sem destaque do ICMS.

Todavia, arguiu a defesa que a operação em questão não seria tributada por se tratar de mera circulação física, pois se referia a uma operação de transferência e por isso não denotava ser fato gerador do ICMS, posto que não representou circulação jurídica, por não haver mudança de titularidade, raciocínio que embasou na doutrina e na jurisprudência e sobretudo na Súmula 166 do STJ.

Não obstante o minudente embasamento jurídico da defesa, jamais poderia aquiescer com a pretensão defensiva, pois: I) a referida Súmula 166 do STJ foi editada em momento anterior à promulgação da Lei Complementar 87/96, que prevê a transferência como fato gerador do ICMS, *ex vi* do inciso I, do art. 12 da LC 87/96; II) a hodierna jurisprudência modulou a aplicação da inteligência da referida súmula limitando os seus efeitos às operações internas, posto que nessas situações não refletiria implicações de conflito de competências tributárias entre os entes federados.

Nessa esteira temos o Incidente de Uniformização n.º da PGE 2016.169506-0, abaixo reproduzida.

“5. Incidente de Uniformização n.º PGE 2016.169506-0

Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Ressalva: 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 n.º 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.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal n.º **218905.0039/18-0**,

lavrada contra **CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.330,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR