

PROCESSO - A. I. Nº 278003.0004/19-9
RECORRENTE - OI MÓVEL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0118-01/19
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0028-11/20

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. **a)** AQUISIÇÕES. **b)** TRANSFERÊNCIAS. A incidência do imposto em relação às transferências interestaduais decorre de preceito legal. Descabe a apreciação de arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade em sede de tribunal administrativo. Infrações subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 1ª JF em 09/08/2019 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$852.752,36, em decorrência do cometimento de duas infrações.

Infração 01. – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. A empresa deixou de recolher o ICMS relativo às transferências interestaduais de bens de uso ou consumo. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2017 e 31/12/2017. **Valor:** R\$ 848.409,77.

Infração 02. – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. A empresa deixou de recolher o ICMS relativo às transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2017 e 28/02/2017. **Valor:** R\$ 4.342,59.

Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação da 1ª JF, que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe nos seguintes termos:

“Inicialmente, apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

No mérito, a presente autuação exige ICMS que não foi recolhido, relativo às saídas por transferência interestadual de bens destinados ao uso ou consumo (infração 01), e destinados ao ativo imobilizado (infração 02).

Em sua defesa o autuado arguiu a impossibilidade da cobrança de ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos de mesmo contribuinte, invocando a aplicação da Súmula nº 166 do STJ. Entende que somente ocorre operação de circulação física e econômica com transferência de titularidade.

Todavia, as operações de transferências interestaduais são tributadas de acordo com os dispositivos legais indicados no Auto de Infração (art. 2º, IV e art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96) e reguladas pelo inciso II da Cláusula primeira do Convênio ICMS 19/91, que segue transcrito:

“Cláusula primeira - Nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens integrados ao ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, observar-se-á:

...

II - nas entradas no estabelecimento destinatário, este pagará o diferencial de alíquota correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre a base de cálculo constante da alínea 'a' do inciso anterior, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação."

Observe que a transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o Art. 11, §3º, II da Lei Complementar nº 87/96, in verbis:

"Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

...

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

...

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;"

Por outro lado, é indubitoso que ao receber as mercadorias ou bens decorrentes das operações de transferências interestaduais ocorre a entrada dessas mercadorias ou bens no estabelecimento Autuado, o que se configura a ocorrência do fato gerador do imposto, ao teor do inciso XV do Art. 4º da Lei nº 7.014/96, in verbis:

"Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto."

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

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

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

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

Logo, não deve prosperar o argumento da defesa ao aduzir que nas transferências não ocorre o fato gerador do ICMS.

Em suma, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, concomitantemente, com a expressa previsão legal na legislação baiana, resta caracterizada integralmente a ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações arroladas no levantamento fiscal que resultou na exigência fiscal, ora em lide.

Vale ainda ressaltar, que já se afigura pacificado neste CONSEF o entendimento acima exposto, a exemplo dos Acórdãos nos 0001-11/14, 0263-12/14 e 0375-11/14, prolatados pelas 1ª e 2ª Câmaras de Julgamento Fiscal.

Ademais, visando uniformizar os entendimentos a serem adotados no âmbito da Administração Pública Estadual, a Procuradoria Geral do Estado expediu o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que "não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular", sendo que este entendimento "não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula nº 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 nº 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 nº 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."

Portanto, a infração é subsistente, descabendo a apreciação de arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade em sede de tribunal administrativo, uma vez que discussão de questões relativas à constitucionalidade de normas foge, por determinação legal, a competência deste órgão julgador, à vista do artigo 167, I do RPAF/99.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 281/291)**, com juntada de documentos em mídia digital, com base nas seguintes alegações:

- a) Pontuou que o Acórdão recorrido afirma que as operações de transferências interestaduais são tributadas de acordo com os art. 2º, IV e art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96, e reguladas pelo inciso II da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 19/1991;
- b) Ainda tratando do quanto disposto na Decisão recorrida, afirmou que da mesma se extrai que, embora o STJ, nos autos do REsp. nº 1.125.133/SP, tenha firmado o entendimento de que não incide ICMS quando da transferência de mercadorias interestaduais para estabelecimento de mesma titularidade, o mencionado tema não haveria sido enfrentado sob a 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 nº 87/1996. Sobre este tema, observou que não cabe a administração pública fazer juízo de valor sobre a correção da decisão alcançada, bem como interpretar os precedentes vinculantes firmados pelos Tribunais Superiores como bem entender, devendo, de forma indiscutível, tão somente aplicá-los, sob pena de despedaçar o sistema de freios e contrapesos;
- c) Pontuou que os processos julgados sobre a temática dos recursos repetitivos possuem caráter vinculante, seja em âmbito judicial, seja na esfera administrativa. Ignorar tal determinação iria de encontro ao quanto disposto no art. 37 da *Lex Legum*;
- d) Afirmou que o deslocamento de bens e mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não subsome à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para ocorrência do fato gerador é indispensável a circulação jurídica de mercadoria com transferência de propriedade. Pontuou que no caso em análise, a transferência se deu do estabelecimento autuado “para outros estabelecimentos de mesma titularidade”, tal fato pode ser constatado da simples leitura das Notas Fiscais relacionadas à impugnação;
- e) Pugnou que os CFOP's: 6552 - Transferência de bem do ativo imobilizado e 6557- Transferência de material de uso ou consumo, sempre foram usados com a observação de se tratar de transferências entre os seus próprios estabelecimentos;
- f) Afirmou que as operações de transferência de bens do ativo fixo e de uso e consumo não podem ser inseridas na base de cálculo do ICMS não podendo assim, ser exigido o diferencial de alíquota correspondente. A este respeito, destacou a existência do Enunciado de Súmula de Jurisprudência Dominante nº 166, pontuando que antes mesmo da existência do mencionado enunciado e da LC nº 87/96, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 77.048/SP, já estabelecera que: “A simples transferência de bens, não importados, do ativo fixo para filiais do mesmo estabelecimento, desfigurada a operação mercantil (ato de mercancia), não legitima a incidência do ICMS”. Neste sentido mencionou ainda o AI nº 693714 julgado pelo STF, o MS: 7597422008 BA 75974-2/2008 e a APL: 2881562006 BA 28815-6/2006 julgados pelo TJ-BA;
- g) Finalmente pugnou pelo provimento do presente Recurso Voluntário, de maneira a ser determinada a reforma do Acórdão recorrido;

Posteriormente, os autos foram distribuídos para esta 1ª Câmara, com o objetivo de ser apreciado o Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

Mediante o Presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, tipificadas como falta de recolhimento do ICMS nas transferências, sendo que a Infração 01 se refere a bens de uso e consumo, e a Infração 02 a bens do ativo imobilizado.

Tendo em vista não ter sido interposto Recurso de Ofício, passo a análise do Recurso Voluntário.

Em síntese, o Recorrente alega que não há incidência do ICMS nas operações interestaduais de transferência, em razão do entendimento firmado pelo STJ na Súmula 166 e no REsp nº 1.125.133/SP, julgado sob o rito dos repetitivos, chancelado por ambas as turmas do STF.

De pronto, destaco que me alinho ao entendimento firmado pela jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça e mais recentemente das duas turmas que integram a sessão de direito público do Supremo Tribunal Federal, no sentido da não incidência do ICMS sobre as operações de transferências realizadas entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, ainda que localizados em Estados distintos, tendo em vista que nessas hipóteses não há circulação jurídica de mercadorias, fato que ocasiona a incidência do tributo em comento.

Destaco que os termos da Súmula 166 não restaram superados após o advento da Lei Complementar 87/96, já que esta norma em nada alterou o aspecto material da regra matriz de incidência do ICMS em relação à legislação pretérita, bem como é preciso evidenciar que o REsp nº 1.125.133/SP, julgado sob o rito dos repetitivos, e, portanto, de caráter vinculante, bem destaca tal situação:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: ...). (...). 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. (...).” (g.n.).

Destaca-se que não se sustenta o argumento veiculado pela Junta de Julgamento Fiscal, com base no incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, de que o posicionamento do STJ, firmado sob o rito dos repetitivos e na Súmula nº 166, não poderia ser aplicado em razão de não ter analisado a questão sob a ótica do pacto federativo, na medida em que o posicionamento firmado é vinculante independentemente da fundamentação utilizada.

Isso não impede que o STF venha a analisar a questão sob ótica distinta, alterando o posicionamento firmado pela Corte Superior de Justiça. Contudo, não é esse o caminho trilhado pelo Supremo até o momento, vide os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DISTINTOS DO MESMO TITULAR.

1. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que não constitui fato gerador idôneo a atrair a incidência de ICMS a transferência de mercadorias entre estabelecimentos distintos do mesmo titular, ainda que situados em unidades federativas diversas. Precedentes. (...).” (g.n.).

(ARE 1.063.312 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 11.12.2017).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO CONTRIBUINTE SITUADOS EM ESTADOS DISTINTOS DA FEDERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – A mera saída física do bem de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, sem que ocorra a transferência efetiva de sua titularidade, não configura hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria. II – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC).” (g.n.).

(RE 1039439 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 7.2.2018).

Dessa forma, tendo em vista o posicionamento vinculante do STJ, acompanhado pela jurisprudência do STF, dou Provimento ao apelo do Recorrente, no sentido de julgar Improcedente a autuação.

VOTO VENCEDOR

Peço vênha ao nobre Relator para apresentar entendimento divergente, nos termos em que segue.

Como explicitado, trata-se de exigência de ICMS relativo às saídas por transferência de bens de uso/consumo e do ativo imobilizado do estabelecimento. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando tratar-se de situações que não configuram fato gerador do ICMS.

Quanto à questão da incidência, ou não, do imposto estadual nas operações citadas, é importante que se diga que a doutrina inspiradora do legislador constituinte não é uníssona ao delimitar o aspecto material da regra matriz de incidência do ICMS, pois o conceito de “circulação” goza, ao menos, de três vertentes teóricas distintas, denominadas: teorias da Circulação Física, Circulação Econômica e Circulação Jurídica.

A doutrina restritiva adotada pela impugnante (Circulação Jurídica) entende que o campo de incidência do tributo estadual em comento restringe-se àquelas operações nas quais haja mudança da titularidade jurídica da propriedade das mercadorias. Já a Doutrina da Circulação Física, ampliativa, possui uma compreensão distinta, defendendo que basta que se verifique a circulação física das mercadorias para que a operação se enquadre no campo de incidência delimitado pela matriz constitucional. Uma terceira vertente teórica (Circulação Econômica), a mais restritiva de todas as teorias, advoga a tese de que não basta que haja mudança da propriedade do bem, mas requer que tal ocorra no âmbito do ciclo de escoamento do produto, ao longo da cadeia de distribuição da mercadoria, com destino ao consumo.

Diferentemente do que afirma o Sujeito Passivo, 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 (LC 87/96) que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o art. 12, cujo inciso I tem o seu teor abaixo reproduzido.

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
...”*

Assim, a despeito do enunciado da Súmula 166, do STJ, a legislação acerca da matéria mantém-se em vigor, sendo vedado ao intérprete afastá-la, sob pena de incorrer em grave ofensa ao princípio da separação de poderes, o qual reservou a prerrogativa de editar normas em caráter originário, apenas ao poder legislativo, cabendo ao julgador aplicá-las, enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado.

Ademais, a PGE tem se manifestado, reiteradas vezes, no sentido de que a Súmula 166 tem o seu alcance limitado às operações internas, pois a sua extensão às operações interestaduais pode resultar em prejuízos ao estabelecimento destinatário, o qual fica impossibilitado de creditar-se do ICMS incidente nas etapas anteriores às operações de transferência, conforme se depreende da leitura da “ressalva” ao “Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0”, cujo texto reproduzo abaixo.

“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 (grifo acrescido), 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, como as operações autuadas se referem a transferências interestaduais, é forçoso concluir que se situam dentro do campo de incidência do ICMS. Não merece reparo, portanto, a Decisão recorrida.

NEGO, portanto, PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

VOTO DISCORDANTE

Em se tratando de transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma titularidade, permita-me o ilustre conselheiro cujo voto vencedor foi acolhido pela maioria desta Câmara de Julgamento Fiscal, divergir do seu posicionamento.

No caso em tela temos que analisá-lo sob a ótica conceitual do que venha a ser “mercadorias” e “bens do ativo imobilizado”.

Conceitualmente, devemos nos reportar ao Código Comercial que assim define: “*chamam-se mercadorias as coisas que comerciantes adquirem com a finalidade específica de revender*”

“Bens do ativo imobilizado” são aqueles utilizados com o objetivo de se efetuar as operações produtivas e comerciais de uma empresa. Não são destinados à comercialização e, portanto, dentro do tributário de circulação, nela não se enquadram.

Aí está delineado a diferença entre “mercadorias” e “bens do ativo imobilizado”, somente destinados à venda em situações especiais, e, mesmo assim só se sujeitando à tributação, também, em situações especiais, principalmente antes de completado determinado tempo de uso.

A afirmativa do ilustre conselheiro segundo o qual “*a Doutrina da Circulação Física, ampliativa, possui uma compreensão distinta, defendendo que basta que se verifique a circulação física das mercadorias para que a operação se enquadre no campo de incidência delimitado pela matriz constitucional*”, leva-nos a entender que toda e qualquer movimentação efetuada de uma “mercadoria” (não se fala em bens do ativo imobilizado) estaria sujeita à tributação, até mesmo o deslocamento (circulação física) de um produto armazenado em depósito da empresa para sua área de venda.

Ademais, o regramento constitucional a respeito do ICMS está bastante claro e definido no artigo 155 da Constituição Federal, quando assim determina:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)(grifo nosso)

Na esteira do mandamento constitucional, a Lei Complementar nº 87/96, assim estabelece:

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;(grifo nosso)

A Lei Complementar nº 87/96 define quando a pessoa física ou jurídica se enquadra na condição de contribuinte, como abaixo:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Querer impingir tributação a uma operação de transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma empresa, quando inexistente a mercancia, é ir de encontro a todo o regramento constitucional e a farta jurisprudência firmada por tribunais superiores.

A Constituição do Estado da Bahia, ao tratar da sua competência tributária, assim define:

Art. 151. Compete ao Estado 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;(grifo nosso)

Dentro do âmbito legal do Estado da Bahia, ainda, a Lei nº 7.014/96 em seu artigo 4º bem expressa quando pode ocorrer a tributação sobre bens do ativo imobilizado, como abaixo:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.”

Não se fala, em momento algum, em tributação nas saídas de bens constantes do ativo imobilizado dos contribuintes, mesmo porque, eles não são objeto de comercialização.

Respaldo maior tem a Recorrente quando analisamos a lide sob a ótica da Súmula 166 do STJ que afirma:

A mera saída física do bem de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, sem que ocorra a transferência efetiva de sua titularidade, não configura hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria.

Escudar-se no Incidente de Uniformização da PGE nº PGE 2016.169506-0, que diferencia para fins tributários operações internas de operações interestaduais, é ir de encontro ao preceito constitucional esculpido:

Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Os julgados transcritos pelo relator do presente processo, com os quais coaduno, bem espelham o entendimento jurídico legal das operações objeto da autuação que se debate.

Por tudo que analisei e com base no que determinam os pressupostos legais e a farta jurisprudência a respeito do assunto, divirjo do voto vencedor para julgar IMPROCEDENTE a infração 02 do Auto de Infração em apreço.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278003.0004/19-9**, lavrado contra **OI MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$852.752,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Leonel Araújo Souza e Laís de Carvalho Silva.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: José Rosivaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - VOTO DISCORDANTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS