

PROCESSO - A. I. Nº 210943.0052/17-1
RECORRENTE - ULMA BRASIL FORMAS E ESCORAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0240-04/17
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/06/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0064-11/20

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Ocorre o fato gerador do imposto, na entrada do bem ou mercadoria oriundo de outra Unidade da Federação, destinado ao ativo imobilizado, sendo a natureza jurídica da operação irrelevante para caracterizar o fato gerador. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O presente processo diz respeito a Recurso Voluntário impetrado pela autuada, em decorrência do julgamento proferido pela 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 16.03.2017, ciente em 17.03.2017, no valor original de R\$41.762.01, já incluída a multa reclamada, pelo cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

Infração 01 – 52.01.01

Não tributou a operação de saída interestadual dos itens descritos no DANFE nº 5885 sob o fundamento de que não há incidência do imposto; contudo, a isenção sobre alcança, nos termos do artigo 265, inciso XX, letra “b” e Convênio ICMS 70/90, apenas as operações internas.

Tem como complemento:

Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada.

Após análise do Auto de Infração, a defesa apresentada pela autuada, protocolada em 17.04.2017, fls. 17 a 4, e a Informação Fiscal prestada 11.08.2017, fls. 149 a 150, a 4ª JJF, em sessão do dia 13.12.2017, através o Acórdão nº 0240-04/17, assim se pronunciou:

A acusação que versa nos presentes autos é de que o autuado não tributou operação de saída interestadual a título de transferência de ativo imobilizado entre filiais do mesmo estabelecimento. Tal operação se encontrava acobertada pelo DANFe nº 00585 e consta no referido documento de que há incidência do imposto nos termos do Art. 7º, inciso XIV do RICMS/00, sem indicar, contudo, a qual estado se refere o mencionado regulamento.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração por ausência de requisitos legais indispensáveis ao lançamento tributário, dentre os quais: dispositivos legais considerados infringidos sem que haja uma especificação adequada ao fato imputado, o que lhe impediu de manifestar-se de forma completa e concisa; descrição inexata do fato gerador (falta de clareza), bem como afronta ao Art. 39 do RPAF/BA, mais especificamente em relação aos seus incisos III, V e VI.

Analizando os elementos presentes nos autos entendendo não assistir razão ao autuado em seus argumentos. A acusação está descrita de forma clara tanto no corpo do Auto de Infração quanto no Termo de Ocorrência Fiscal, fatos esses que aliados a menção e a juntada de cópia do DANFe objeto da autuação, além do detalhamento constante do demonstrativo do débito, possibilitaram ao autuado amplos meios de defesa.

O fato do enquadramento legal da infração se encontrar posto de forma inespecífica isto não é motivo suficiente para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, pois os fatos estão descritos e apresentados de forma clara e objetiva, não causando qualquer tipo de cerceamento ao amplo direito de defesa do autuado, tanto que, assim o fez ao adentrar a questão de mérito.

Isto posto não acolho as arguições de nulidade e passo ao exame do mérito.

A questão central debatida relaciona-se ao argumento defensivo da não incidência do ICMS nas operações de transferências entre bens do ativo entre estabelecimentos do mesmo titular. Em seu socorro o autuado citou decisões originárias de Tribunais Superiores a este respeito, invocando, também a Súmula 166 do STJ.

Pois bem. A este respeito passo a me posicionar.

A legislação vigente, especialmente a Constituição Federal no artigo 155 reza:

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:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

(...)

VIII - na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

À luz do dispositivo constitucional acima transcrito, vê-se que o legislador, em momento algum segrega as operações, separando aquelas realizadas via transferências. De igual forma, o legislador fala em “operações”, entretanto a Constituição não define o que sejam operações. A legislação infraconstitucional de igual forma. A doutrina, de um modo geral, considera operação, para efeitos de incidência do ICMS, todo ato ou negócio hábil a provocar a circulação de mercadorias. Ou o ato ou negócio jurídico de que decorra a mudança de titularidade do bem. Porém a mudança de posse também constitui uma operação, quando o novo detentor do bem pode dele dispor como se fosse o seu dono.

Por outro lado, estabelece, ainda a Carta Magna em seu artigo 146:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

...

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

1. definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Isto posto, vê-se que a norma constitucional delega à Lei Complementar a competência para legislar acerca de matéria tributária que defina fato gerador, base de cálculo e contribuintes de tributos.

No caso de transferência – remessa de bens entre estabelecimentos do mesmo titular –, cumpre observar que esta, em princípio, não seria uma operação, haja vista que ninguém pode efetuar uma operação consigo próprio. No direito comum os diversos estabelecimentos de um mesmo titular constituem uma só pessoa. E também perante o imposto de renda isto é inobjetoável.

Todavia, mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o artigo 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, conforme delegação constitucional:

§ 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;

Tal princípio é reforçado pela redação do artigo 12, inciso I da mesma Lei Complementar:

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;

Dessa forma, os estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados legalmente autônomos, e, em decorrência dessa ficção legal, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do ICMS.

No mesmo sentido, a legislação estadual, e não poderia ser diferente, em atenção ao disposto na Lei Complementar, assim dispõe, no artigo 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...) IV - a entrada ou a 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 subseqüentes.

Por seu turno, 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;

Por oportuno vejo que a própria doutrina, representada pelo ilustre Professor Roque Carraza, em sua obra ICMS, 11ª edição, Ed. Malheiros, páginas 58 e 59 nos ensina que: “Há, porém uma exceção a esta regra: quando a mercadoria é transferida para estabelecimento do próprio remetente, mas situados no território de outra pessoa política (Estado ou Distrito Federal), nada impede, juridicamente, que a filial venha a ser considerada estabelecimento autônomo, para fins de tributação por via de ICMS. Assim é, para que não prejudique o Estado (ou o Distrito Federal) da saída da mercadoria. Logo – e também porque o princípio federativo e o princípio da autonomia distrital inadmitem que os Estados e Distrito Federal se locupletem uns à custa dos outros - concordamos que tais estabelecimentos sejam considerados autônomos, pelo mesmo, para fins de tributação por meio de ICMS”.

Observe-se que o princípio Federativo é norma constitucional e neste caso estaria sendo desrespeitado, a prevalecer o argumento defensivo.

Quanto as menções defensivas relacionadas a decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a aplicação da Súmula 166, faço as seguintes observações: A primeira é a de que sabido é que tais decisões não vinculam obrigatoriamente nem o legislador, sequer o julgador. A segunda, e talvez a mais importante, é o fato de tal entendimento da Corte Superior encontrar-se em processo de mudança, a se observar no julgamento do Recurso Especial 1109298/RS, tendo como Relator o Ministro CASTRO MEIRA, da SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011, no qual este adentra no exame de mérito da base de cálculo estabelecida na Lei Complementar 87/96, artigo 13, em operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Ora, se o próprio Poder Judiciário através de um de seus Tribunais Superiores entende possível estabelecer base de cálculo em operações de transferência interestadual entre dois estabelecimentos de uma mesma empresa, evidentemente que nega efeito jurídico à aplicação da Súmula 166, é óbvio que tais operações, submetidas ao rigor da Lei Complementar estão sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo lícito aos Estados a cobrança de tal tributo, naquelas operações em que a lei lhes ampara.

No mesmo sentido foi a decisão do Ministro Herman Benjamin, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.254.915-RS, no qual, em 26 de outubro de 2011 revogou sua própria decisão anterior, no sentido de aplicação da mencionada súmula de forma automática, ao mencionar que “os argumentos do Estado do Rio Grande do Sul demonstram a existência de peculiaridades que merecem melhor reflexão, razão pela qual reconsidero a decisão monocrática, para torná-la sem efeito”.

Em tal discussão, o TJRS entendeu devida a cobrança do imposto, nas transferências interestaduais, com base na seguinte argumentação, através do eminente relator, desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro:

“Com efeito, o ICMS, em linhas gerais, nada mais é do que o antigo ICM, existente antes da vigência da Constituição Federal de 1988, com ampliação, em hipóteses bem marcadas, com atribuição aos Estados e ao Distrito Federal a competência para criação do ICMS, sendo que a base de cálculo seria definida por Lei Complementar, conforme dispõe o artigo 146, III, “a” da Constituição Federal, sendo que o regime de compensação de imposto deve ser definido por Lei Complementar, nos termos do que dispõe o artigo 155, § 2º, XII, “c”, da Constituição Federal.

Outrossim, o artigo 34, § 8º, das Disposições Transitórias da Constituição Federal possibilitou aos entes públicos antes referidos a regularização da matéria, enquanto não fosse regulamentada a Carta Magna, razão pela qual houve a edição do Convênio número 66/88 que disciplina a base de cálculo do ICMS, com posterior edição da Lei Complementar nº 87/96, com as alterações das LCs 92/97 e 99/99, bem como pela LC 102/00.

Logo, inexistente qualquer dúvida de que o ICMS foi regido pelo Decreto-Lei 406/68, observadas as alterações

feitas pelo Decreto-Lei 834/69, bem como pela Lei Complementar n.º 56/87 e Lei Complementar n.º 24/75, além do Convênio 66/88, antes referido, em especial pelo artigo 14 do mencionado Convênio, e atualmente pela Lei Complementar n.º 87/96, com suas alterações, conforme antes referido.

O Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei n.º 8.820/89, relativa ao ICMS, devidamente regulamentada pelo Decreto n.º 37.699/97, inclusive com a alteração do Decreto n.º 40.217/00, normas estas em perfeita consonância, observado o arcabouço jurídico, não podendo as normas hierarquicamente inferiores desbordar das diretrizes traçadas pela Lei Complementar n.º 87/96.

Feitas estas considerações, deve ser considerado que o mandamus tem por objeto impedir a tributação, por ICMS, em operações de transferência de mercadorias a partir da matriz da impetrante, situada em Turvo, Estado de Santa Catarina, para filiais localizadas em Santo Antônio da Patrulha, Torres e Morrinhos do Sul, localizadas em diferentes Estados da Federação, atacando decreto estadual que determina o recolhimento em consonância com o art. 12, I, da LC 87/96, que prevê:

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;

Em âmbito estadual, da mesma forma, a questão encontra previsão no art. 4.º da Lei n.º 8.820/89: Art. 4.º - 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;

Razão assiste ao recorrente, porquanto a operação está sujeita ao ICMS, não obstante a Súmula 166 do STJ, cujo teor não se desconhece, cumprindo destacar, no entanto, que, decorrendo tal enunciado de julgamento em 14/08/96, com publicação no DJ em 23/08/96, é anterior à LC 87, que é de 13/09/96, prevendo seu art. 36 a entrada em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao da sua publicação.

Quando da edição da Súmula 166 do STJ, a matéria era disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 406/68, sem dispositivo correspondente ao art. 12, I, da LC 87/96, circunstância que afasta a aplicação do entendimento sumulado que se invoca no mandado de segurança”.

Dessa forma, o entendimento é que, após a edição da Lei Complementar n.º 87/96, a Súmula 166 do STJ tornou-se inaplicável.

De maneira que, da análise das peças recursais, vejo que o autuado não adentrou de forma objetiva, quanto ao mérito da acusação fiscal, sendo esta a sua única alegação defensiva, a qual, ante aos fundamentos acima esposados, não a acolho.

Quanto aos argumentos de ilegalidade da multa aplicada, por conter nítido caráter confiscatório, e de inconstitucionalidade de juros superiores a taxa Selic, observo que de acordo com o Art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, não se inclui na competência do órgão julgador administrativo declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária posta. Aliás, tanto a penalidade quanto os acréscimos moratórios incidentes sobre o lançamento em lide, são os legalmente previstos na Lei n.º 7.014/96 e pelo Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei n.º 3.956/81, portanto, estão corretos e devem ser mantidos.

Finalmente, quando ao pedido do autuado para que as notificações e intimações sejam encaminhadas ao endereço do seu patrono, constante ao final da peça defensiva, poderá ser perfeitamente atendido, lembrando, contudo, que as intimações obedecem ao previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA.

Em conclusão e que entender que é devido sim o imposto cobrado nas transferências interestaduais de bens do ativo fixo, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

Tomando ciência da decisão acima proferida, inconformada e tempestivamente, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 15.02.2018, fls. 171 a 193, e Requerimento protocolado na mesma data, acostando ao processo transcrição de jurisprudências relativas ao assunto objeto da autuação, fls. 207 a 218, buscando desconstituir o quanto decidido pela Junta Julgadora, que analiso.

Iniciando sua peça recursiva, a Recorrente afirma estar o mesmo amparado no que determina o artigo 169, inciso I, alínea “b” e o art. 171 do Decreto n.º 7.629/1999 (RPAF), fazendo relato dos atos entre a decisão proferida e o recebimento da mesma, afirmando estar apta à apresentação do Recurso.

Apresentando sua análise, sobre o título DOS FATOS, a Recorrente discorre sobre a autuação,

identificando-a como originada da transferência de bens do ativo imobilizado do seu estabelecimento, situado neste Estado, para filial da mesma empresa sediada no Estado de Minas Gerais, e, considerando-a em completa dissonância com o entendimento já manifestado pelos tribunais brasileiros, afirmando:

“Isso porque, conforme indicado acima, o que analisa-se, através da presente, é nítida hipótese de não incidência do ICMS, haja vista a contemplação de simples operação de TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA.”

Em seguida a Recorrente trata do que denomina **DAS RAZÕES DE REFORMA DA R. DECISÃO RECORRIDA**, tratando inicialmente **DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO**.

Faz referência à capitulação da infração, arts. 1º, 2º, 38 e 42, inc. II, alínea “f” da Lei Estadual nº 7.014/1996,, transcrevendo-os, que considerando bastante vago o enquadramento, ainda mais que os artigos citados possuem várias situações definidoras da tributação, sendo que somente o artigo 2º *“possui 08 incisos, 02 parágrafos e mais 05 incisos para o primeiro destes parágrafos, dos quais, frise-se, nenhum está especificado no Auto de Infração, ceifando, assim, o direito da ora Recorrente manifestar-se de forma completa, concisa e correta quanto às infrações”*.

Com base no que foi o enquadramento considera ter cerceada a sua defesa, direito constitucional que não pode ser negado, como o foi no caso do presente processo.

Afirma que o Auto de Infração deve revestir-se de clareza e de elementos que proporcionem ao seu destinatário a fácil identificação das infrações alegadas, sob pena de comprometer o processo administrativo tributário e fiscal como um todo, eis que, impossibilitado de discernir os argumentos fazendários, fica o contribuinte à mercê das imposições fazendárias.

Não bastasse o cerceamento ao seu direito à defesa, afirma, a autuação vai de encontro ao entendimento das cortes do país que, em momento algum, diferencia operações internas de operações interestaduais.

Estranha que os julgadores de primeira instância tenham considerado a acusação “clara”, tanto no corpo do auto de infração, como no Termos de Ocorrência Fiscal, quando ela mesma afirma: *“O fato do ENQUADRAMENTO LEGAL da infração se encontrar POSTO DE FORMA INESPECÍFICA (sic.) isto não é motivo suficiente para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, pois os fatos estão descritos e apresentados de forma clara e objetiva, não causando qualquer tipo de cerceamento ao amplo direito de defesa do autuado, tanto que, assim o fez ao adentrar a questão de mérito”*.

E, afirma: *“Ora, Senhores Julgadores, os próprios julgadores de primeira instância CONFESSAM QUE O AUTO DE INFRAÇÃO NÃO APRESENTA ENQUADRAMENTO LEGAL ESPECÍFICO!!!!”*

Afirma a Recorrente que a autuação não atende ao que determina o CTN no seu artigo 142, como abaixo:

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 de responsabilidade funcional.”

E, mais ainda, destaca que, dessa forma, estar-se-ia afrontando o princípio constitucional da “legalidade”, ao buscar uma suposta matéria tributável, o que não é permitido pela Carta Magna, quando assim estabelece no artigo 150:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

Em seguida, a Recorrente trata **DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS QUANDO DA TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR**.

Destaca enfaticamente o fato de a própria Junta julgadora considerar a transferência entre estabelecimentos da mesma empresa uma ficção jurídica, como afirma o relator do processo em seu voto:

“No caso de transferência – remessa de bens entre estabelecimentos do mesmo titular –, cumpre observar que esta, em princípio, não seria uma operação, haja vista que ninguém pode efetuar uma operação consigo próprio. No direito comum os diversos estabelecimentos de um mesmo titular constituem uma só pessoa. E também perante o imposto de renda isto é inobjeto. Todavia, mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos.”

Afirma que não há como se acatar o que a Junta Julgadora denomina de “presunção jurídica”, pois a mesma não está presente no ordenamento jurídico e não pode servir de base para a criação de obrigação tributária com repercussão pecuniária para o contribuinte, além do mais quando a matéria já se encontra sumulada por tribunais superiores, como o exemplo abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO DE AUTUAÇÃO ILEGAL DO FISCO. VIA ADEQUADA. PRETENSÃO NORMATIVA. INEXISTÊNCIA. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO FIXO ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (...) 3. A Primeira Seção do STJ julgou o recurso especial nº 1.125.133-SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, no bojo do qual consignou expressamente que “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” (REsp 1125133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010). 4. Hipótese dos autos em que ora agravada demonstrou ter recolhido o ICMS de forma indevida quando da transferência de bem ativo imobilizado da empresa (cabo óptico), porquanto não restou caracterizada a operação de circulação de mercadorias. 5. Agravo Regimental desprovido. (TJMA. Primeira Câmara Cível. Agravo Regimental nº 001132016/MA. Relator: Des. Kleber Costa Carvalho. Data de Publicação: 08/03/2016).

Transcreve ainda várias decisões no mesmo sentido, ou seja, dando guarida ao quanto pretende, a nulidade ou improcedência de autuações deste tipo.

E, como em sua peça defensiva inicial, destaca mais uma vez, que a mera transferência de bens do ativo imobilizado de uma filial para outra não implica em circulação jurídica, mas, apenas física, o que não é suficiente para caracterizar a incidência do ICMS, o que somente ocorreria caso se realizasse a mudança de titularidade de um contribuinte para outro, o que não ocorreu no caso em comento.

Apresenta, mais uma vez, o que afirma a Súmula nº 166 do STJ, tratando das transferências entre estabelecimentos da mesma empresa:

STJ. Súmula nº 166 - Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Estranha que na decisão de piso deixe-se de considerar a decisão de tribunal superior, num patente desprezo à força de legislação e jurisprudência, quando afirma o julgador:

“Quanto as menções defensivas relacionadas a decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a aplicação da Súmula 166, faço as seguintes observações: A primeira é a de que sabido é que tais decisões não vinculam obrigatoriamente nem o legislador, sequer o julgador. A segunda, e talvez a mais importante, é o fato de tal entendimento da Corte Superior encontrar-se em processo de mudança”.

Destaca ainda, que a pretensão contida na autuação não encontra guarida nem na própria legislação tributária estadual, que em momento algum afirma ocorrer esta incidência, muito ao contrário, como afirmava o RICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444/1996, no artigo 8º, ocorreria a não incidência do ICMS no transporte de carga própria ou referente à transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Sequenciando, a Recorrente trata da multa aplicada na autuação, afirma que muito embora não ocorra a real identificação da mesma, ela se configura de caráter excessivamente onerosa e desproporcional, chegando ao conceito de confisco, o que não é permitido pela Constituição Federal, assim como já definido em vários julgados de tribunais superiores.

Transcreve da Constituição Federal os artigos 145, § 1º e 150, como abaixo:

Art. 145. (...) § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Em suporte ao seu entendimento, cita posicionamento de doutrinadores do direito tributário, assim como decisões de tribunais superiores inclusive do Supremo Tribunal Federal, para afirmar: “*resta demonstrado que a penalidade aplicada à **Recorrente** é **MANIFESTAMENTE** ilegal, inconstitucional e abusiva, por desproporcionais que são à suposta infração cometida, razão pela qual devem ser afastadas, ou ao menos reduzidas a patamar condizente com o respeito ao princípio do NÃO-CONFISCO*”.

Trata, ainda, a respeito dos juros aplicados, Taxa SELIC, quando afirma que tal incidência, por demais onerosa, já foi rechaçada pelos tribunais superiores, por julgá-los inconstitucionais.

Encerrando sua peça recursiva, a Recorrente, apresenta O PEDIDO:

Por todo o exposto, requer seja CONHECIDO e PROVIDO a presente Recurso Voluntário, para que seja julgado insubsistente ou totalmente improcedente o Auto de Infração em comento, por todos os motivos acima demonstrados.

Ainda, declara que a matéria impugnada não está submetida à apreciação judicial, tampouco foi objeto de consulta.

Pautado para julgamento por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em sessão do dia 24 de janeiro de 2019, por proposta deste Relator, por unanimidade, foi aprovado o encaminhamento do processo em diligência à PGE/PROFIS, afim de que se manifestasse sobre o seguinte:

01 – Em se tratando de bens do ativo imobilizado as operações com os mesmos podem ser equiparadas às operações realizadas com mercadorias objeto de venda?

02 – A transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma empresa pode ser equiparada à alteração de propriedade em que ocorre a transferência jurídica e comercial da propriedade?

03 – Sendo a operação objeto do Auto de Infração em foco, saída de bens do ativo imobilizado, está a mesma sujeita a tributação?

04 – É passível de aplicação no caso em foco o determinado pela Súmula 166 do STJ?

Através o Processo nº PGE 201911113-0, foi emitido o Parecer PROFIS-JAM nº 021/19, fls. 222 a 224v, datado de 21.03.2019, por parte do ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Junior, que assim se pronuncia:

“Pois bem, o questionamento acima formulado já foi objeto de entendimento fixado no incidente de uniformização nº PGE 2016.169506-0, tendo sido fixado no indigitado parecer normativo que as transferências abarcadas pela Súmula 166 do STJ, editada antes da Lei Complementar nº 86/97, refere-se apenas às transferências realizadas dentro do próprio Estado da Bahia, porquanto inexistente qualquer repercussão econômica em face da neutralidade da operação nestas situações.”

“No que concerne às transferências interestaduais, firmou-se o entendimento que as mesmas não estariam alcançadas pela Súmula 166, ainda que de bens de uso e consumo ou do ativo fixo, por conta do impacto no princípio da autonomia federativa, decorrente da repercussão econômica que estas operações provocam nas unidades federadas que as promovem.”

Apresenta o ilustre procurador como fonte para tal entendimento. Resp nº 1.109.209-RS, que transcreveu.

Afirma em seu parecer o ilustre procurador que “o incidente de uniformização explanou não haver diferença na abordagem sobre o tema, mesmo tratando-se de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento em outra unidade da Federação”.

Diz que, em se tratando de aquisições de bens pelo estabelecimento matriz para envio posterior

às filiais instaladas em outros Estados da Federação, “*caracteriza-se uma operação relativa a circulação de mercadoria, em complementação a circulação inicial, como se fora uma intermediação na compra*”.

Sob o ponto de vista acima expressado, afirma que a aquisição pelo estabelecimento matriz é apenas aparente, pois ela passa a ser efetiva quando transferido para o ativo fixo da filial o que torna o bem transferido “como se fora de comércio”, o que autoriza a cobrança do Diferencial de Alíquota sobre a operação.

Cita em seguida pronunciamentos de juristas a respeito do tema, em que as opiniões corroboram o seu pensamento.

Encerrando seu parecer, o ilustre procurador, afirma:

Em conclusão, na esteira do posicionamento firmado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, entendemos que as operações de transferências interestaduais, mesmo que de bens de uso e consumo ou ativo fixo, sofrem a incidência do ICMS, com suporte na Lei Complementar nº 86/97, não se aplicando, desta maneira, a Súmula 166 do STJ.

Em despacho PROFIS-NCA, no bojo do processo acima referido, destacando o “Assunto: ICMS. Transferências de bens do arquivo (sic) permanente entre estabelecimentos do mesmo contribuinte”, fls. 225 a 238, a ilustre procuradora Dra. Rosana Maciel Passos Salau, relato do dia 21 de maio de 2019, aborda a abrangência do Incidente de Uniformização acima referido, transcrevendo parecer lançado nos autos do processo originado do Auto de Infração nº 117808.00016/15-2, da ilustre procuradora Dra. Cláudia Magalhães Guerra, relatora do Incidente de Uniformização, onde após várias considerações sobre a tributação de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, situados em diferentes Estados da Federação, aborda a questão à luz do Resp 1.109.298-RS.

No processo acima foi questionada a PGE sobre:

1 – as operações de transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e materiais de consumo estão submetidas ao mesmo entendimento firmado no Incidente de Uniformização nº PGE2016.169506-0, considerando o contexto e que foi decidida a questão no Resp 1.109.298-RS, que tratou tão somente de operações de transferências de mercadorias?

Em resposta a ilustre procuradora afirma que “*a dúvida suscitada quanto ao cabimento da aplicação da Súmula 166 em contraponto com o teor do Resp 1.109298-RS, foi apreciada considerando a repercussão financeira das operações de transferências de mercadorias para posterior comercialização entre estabelecimentos do mesmo titular. E, na situação de que trata a presente consulta, tratando-se de bem de uso e consumo ou ativo imobilizado, não se configura tal repercussão financeira, uma vez que não há aproveitamento de créditos*”.

Ainda em resposta à questão 1, a ilustre procuradora afirma que foi flexibilizada a orientação fixada pela Súmula 166, em relação às transferências interestaduais de mercadorias em razão da repercussão financeira decorrente do aproveitamento de créditos, complementando que considera não haver razões para não flexibilizar também a mesma tese para a cobrança do diferencial de alíquotas nas operações aventadas.

Complementando seu parecer a respeito da questão 1, finaliza a ilustre procuradora:

“Em razão disso é que acreditamos que, por este fundamento, deverá ser mantida a cobrança do diferencial de alíquota na situação objeto da presente consulta. E, no que concerne aos bens do ativo imobilizado, ainda não se pode olvidar os prazos de apropriação e, se for o caso, desmobilização.”

O segundo questionamento foi:

2 – pode-se entender que o Enunciado da Súmula 166 do STJ alcança as transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e materiais de consumo, afastando a incidência do ICMS do ICMS sobre aquelas operações?

Em resposta, a ilustre procuradora assim se posiciona:

“A resposta a este questionamento encontra-se inserida na manifestação sobre a pergunta anterior.

Efetivamente, não se trata de alcance direto ou não da Súmula 166 porquanto, por estrita e literal aplicação deste enunciado, não seria possível a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS.

Ocorre que, como anotamos, a tese fixada foi flexibilizada com a reabertura da discussão pelo STJ, razão pela qual sopesamos ser pertinente o diferencial de alíquotas da forma acima explanado.

São estas as considerações que reputamos apropriadas no momento em que ainda se encontra indefinida a questão nos nosso Tribunal, e, considerando que a matéria tratada no presente expediente poderá repercutir na avaliação de outras dúvidas suscitadas em processo administrativos fiscais, submeto este opinativo à avaliação da i. Procuradora Assistente do NCA.”

Encerrando seu parecer, a ilustre procuradora Dra. Rosana Maciel Passos Salau, assim se pronuncia:

Conquanto o parecer acima transcrito se refira mais especificamente à cobrança de diferencial de alíquota, seus fundamentos são igualmente aplicáveis à hipótese dos autos, que cuidam da exigência de ICMS nas operações de transferências de bens do ativo imobilizado originadas no Estado da Bahia.

Ciente dos pareceres acima apresentados, a Recorrente, em manifestação acostada ao processo, protocolada em 14.11.2019, às fls. 256 a 265, CD Mídia, fl. 267, apresenta suas considerações, como comento.

Inicialmente, a Recorrente afirma que sua manifestação está em conformidade com o que dispõe o RPAF, cumprindo o prazo regulamentar de 10 dias que lhe foi conferido para pronunciamento, e tece comentários a respeito da autuação, sua motivação e seu inconformismo em relação à decisão prolatada pela Junta Julgadora.

Afirma que a PGE, ao responder os questionamentos contidos no Pedido de Diligência encaminhado por esta Câmara, o fez deduzindo argumentos acerca de uma situação fática e jurídica diversa da constante nos autos. Baseou-se o parecer no que diz respeito à cobrança do diferencial de alíquota e não na cobrança de ICMS sobre as transferências interestaduais do ativo imobilizado.

Conclui que, partindo de premissa errônea, a Procuradoria concluiu que o imposto era devido, o que se entende não merecer guarida, o parecer apresentado.

Aduz que o erro de premissa, por si só, afasta a aplicação do parecer da PGE/PROFIS, e que no caso concreto, deve ser afastada a incidência do ICMS e ser aplicada a Súmula nº 166.

Volta a apresentar julgados do STJ e do STF a respeito do tema, todos voltados para o mesmo entendimento que defende, reafirmando a não ocorrência de fato jurídico tributário que leve à incidência do ICMS sobre as operações objeto da autuação, pois não ocorreu mudança de titularidade sobre os bens transferidos, quando, aí sim, ocorreria.

Afirmando que por se tratar de matéria já sumulada pelo STJ, não há como, por pura iniciativa do Fisco baiano, proceder alteração no seu entendimento, tão somente por conclusão de parecerista, sem respaldo legal.

Finalizando sua manifestação, a Recorrente ratifica todos os termos anteriormente apresentados, e pede o acolhimento do seu Recurso Voluntário, para que o Auto de Infração seja julgado insubsistente e totalmente improcedente.

VOTO VENCIDO

Tratando o processo de cobrança de ICMS sobre a transferência de bens do ativo imobilizado de estabelecimento situado no Estado da Bahia, para outro estabelecimento da mesma empresa situado no Estado de Minas Gerais, abordo a lide sob a luz do que determina a legislação tributária, decisões de tribunais, Súmula editada pelo STJ e parecer da PGE/PROFIS acostado aos autos.

Inicialmente, reporto-me ao que determina a Constituição Federal no artigo 155, como abaixo transcrito:

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:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

(...)

VIII - na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

A redação do inciso VII, do §2º foi estabelecida através a Emenda Constitucional nº 87 de 2015, que normatizou o direito ao crédito do ICMS nas operações destinadas a consumidor final, de forma que os Estados destinatários passassem a ter o direito ao diferencial de alíquotas, evitando, como ocorria, a concentração do direito no Estado remetente, o que prejudicava os Estados consumidores. Saliente-se que, em momento algum, a EC 87 tratou da tributação sobre bens do ativo imobilizado nas operações de transferências interestaduais.

A argumentação de que seria tributável a transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, mesmo situados em diferentes Estados da Federação, está erroneamente lastreada no que dispõe a Lei Complementar nº 87/96, no artigo 11, § 3º, abaixo transcrito:

§ 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;

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

Note-se que a autonomia do estabelecimento está fundamentada tão somente quando diz respeito às “saídas de mercadorias”, que são os bens objeto de mercancia, e nunca em relação a bens do ativo imobilizado, que são aqueles utilizados no exercício da atividade empresarial, não sendo objeto de comercialização.

O tema foi amplamente tratado pelos tribunais superiores, e sem que seja revista ou reformada a Súmula nº 166 do STJ, estabelece claramente:

STJ. Súmula n.º 166 - Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Também o STJ no Recurso Especial Repetitivo nº 1.125.133-SP, deixa clara a não incidência do ICMS sobre as transferências de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma empresa, sob o argumento de não ocorrer ato de mercancia, conforme parte da decisão abaixo transcrita:

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.

Na esteira deste julgado, diversos outros foram prolatados, tanto no STJ como no STF, a exemplo do abaixo transcrito:

ICMS - MERO DESLOCAMENTO FÍSICO DO BEM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE - INOCORRÊNCIA DE CIRCULAÇÃO JURÍDICA, EIS QUE AUSENTE QUALQUER TRANSFERÊNCIA DOMINIAL - NAO-INCIDÊNCIA DE REFERIDO TRIBUTOS 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-02395-07 PP-01589)

Ressalte-se ainda, que o pronunciamento da PGE/PROFIS em resposta à diligência determinada por esta Câmara, em momento algum, apresenta comprovação legal, limitando-se tão somente, como comprova o parecer da ilustre procuradora Cláudia Guerra, que em resposta a consulta formulada por contribuinte assim se expressa:

2 – pode-se entender que o Enunciado da Súmula 166 do STJ alcança as transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e materiais de consumo, afastando a incidência do ICMS do ICMS sobre aquelas operações?

Em resposta a ilustre procuradora assim se posiciona:

“A resposta a este questionamento encontra-se inserida na manifestação sobre a pergunta anterior. Efetivamente, não se trata de alcance direto ou não da Súmula 166 porquanto, por estrita e literal aplicação deste enunciado, não seria possível a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS.

Ocorre que, como anotamos, a tese fixada foi flexibilizada com a reabertura da discussão pelo STJ, razão pela qual sopesamos ser pertinente o diferencial de alíquotas da forma acima explanado.

São estas as considerações que reputamos apropriadas no momento em que ainda se encontra indefinida a questão nos nosso Tribunal, e, considerando que a matéria tratada no presente expediente poderá repercutir na avaliação de outras dúvidas suscitadas em processo administrativos fiscais, submeto este opinativo à avaliação da i. Procuradora Assistente do NCA.”

Complementando seu parecer ante o questionamento desta Câmara, a ilustre procuradora Dra. Rosana Maciel Passos Salau, assim se pronuncia:

Conquanto o parecer acima transcrito se refira mais especificamente à cobrança de diferencial de alíquota, seus fundamentos são igualmente aplicáveis à hipótese dos autos, que cuidam da exigência de ICMS nas operações de transferências de bens do ativo imobilizado originadas no Estado da Bahia.

Diante de toda a evidência apresentada e da falta de suporte legal, atestado pela própria PGE/PROFIS, não vejo como prosperar a pretensão do Fisco na tentativa de cobrança definida no Auto de Infração em apreço.

Assim, considerando não haver suporte para manutenção do quanto pretendido pelo Fisco, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração em apreço.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* para divergir do i. Relator, quanto à sua conclusão de prover o Recurso Voluntário, julgando IMPROCEDENTE o Auto de Infração, pelo qual se exige o ICMS de R\$26.101,26, acrescido da multa de 60%, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, sob a acusação de “Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributada”, uma vez que o autuado não tributou operação de saída interestadual a título de transferência de ativo imobilizado entre filiais do mesmo sujeito passivo, conforme demonstrado nos autos, cuja exação foi julgada procedente através do Acórdão JJF nº 0240-04/17.

O fundamento do nobre Relator para a exoneração da exação, em apertada síntese, é de que, nestas operações de “transferências” entre estabelecimentos filiais, inexistente ato de mercancia e, conseqüentemente, 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.

Peço *venia* para discordar do Relator, pois, inicialmente, há de registrar que a citada Decisão não gera efeito vinculante e só faz coisa julgada entre as partes litigantes.

Ressalta-se que o ICMS incide sobre a *entrada* de mercadorias em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria for destinada a uso, consumo ou ativo permanente, 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 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.

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*”, 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, diante de tais considerações, concluo pela subsistência do Auto de Infração, 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, visto que nos termos do art. 125, III da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, no caso a legislação posta, valendo tal diretriz tanto para a análise do mérito da matéria, quanto para a penalidade aplicada.

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, em 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 **210943.0052/17-1**, lavrado contra **ULMA BRASIL FORMAS E ESCORAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.101,26**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

VOTO VENCIDO – Conselheiros: José Rosivaldo Evangelista Rios, Laís de Carvalho Silva e Leonel Araújo Souza.

Sala das Sessões do CONSEF, em 17 de março de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR/VOTO VENCIDO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS