

PROCESSO	- A. I. N° 278996.0005/18-5
RECORRENTE	- FAURECIA AUTOMOTIVE DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0053-02/18
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 21.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0160-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS PARA ARMAZENAGEM FORA DA BAHIA, ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Operações com expressa tributação no art. 471 do RICMS-BA/2012. Infração subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA MENOR QUE A LEGAL PARA O CASO. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. 12% (doze) é a alíquota aplicável às operações interestaduais de saídas de mercadorias objeto da autuação. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime em relação à infração 5 e, por maioria quando à infração 3.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 2ª JJF em 18/03/2019 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$121.319,69, em decorrência do cometimento de seis infrações, sendo que o sujeito passivo reconheceu integralmente as infrações 01, 02 e 04, assim como parte da Infração 03. Em primeira instância de julgamento, a Infração 06 foi julgada Improcedente sem Recurso de Ofício.

Infração 03. – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2014 e 31/05/2015. **Valor:** R\$ 44.255,45.

Infração 05. – Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/08/2014 e 30/11/2015. **Valor:** R\$ 11.274,09.

Após concluir a instrução, os autos foram remetidos para apreciação pela 2ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

“Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de 06 (seis) infrações à legislação do ICMS.

Na Impugnação ao lançamento o sujeito passivo reconhece integralmente devido os valores das infrações 01, 02, e 04, bem como parte do valor da Infração 03. Portanto, as infrações 01, 02 e 04, procedem e não integram essa lide administrativa.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 04, 06, 09, 12, 13, 14, 15 e 24, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 09-15 e CD de fl. 23); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A Infração 03 (falta de recolhimento de ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis) tem suporte no demonstrativo de fls.12 no qual consta relacionadas NFs de saídas emitidas pelo estabelecimento autuado com destino a contribuinte situado em São Paulo e Paraná (Armazens Gerais).

Do valor da exação (R\$ 44.255,79), sem identificar a quais das operações e NFs se refere, o sujeito passivo reconhece devido o valor de R\$ 5.596,33. Para o valor restante, apresenta os seguintes argumentos: a) “se fosse devida, o valor da exação estaria com o valor errado, uma vez que foi calculado considerando o ICMS por dentro, o que aumentou a base de cálculo de R\$ 324.538,89 para R\$ 368.795,33, como consequência foi apurado um ICMS de R\$ 44.255,79, quando o correto seria R\$ 38.944,79 (ANEXO 04)”; b) não houve transferência de titularidade das mercadorias nas operações e de acordo com a Súmula 166 do STJ, não deveria haver cobrança do ICMS; c) não houve perda ao erário baiano, pois os materiais retornaram para a Bahia (conforme DOC. 05) e, assim, se houvesse sido tributadas na saída, haveria o crédito na entrada, gerando saldo ZERO; d) reconhece que a empresa falhou no procedimento com sua obrigação, mas que o Estado também falhou autorizando a emissão da NF-e sem ICMS na operação interestadual.

Sem razão as alegações defensivas, senão vejamos:

No primeiro caso, porque, além de ser de conhecimento geral, comum, inclusive do próprio contribuinte que assim realiza suas operações de vendas tributáveis, sem distinção do tipo da operação, a legislação a respeito expressamente dispõe que o montante do ICMS integra a base de cálculo do imposto (Lei 7.014/96: Art. 17, §1º, I).

No segundo, porque nas operações objeto da autuação (saídas interestaduais de mercadorias tributáveis para armazenagem), também expressamente a legislação a respeito prevê sua tributação (RICMS-BA/2012: Art. 471). Nesse caso, independentemente da discussão teórico-jurídica quanto à legalidade da tributação das operações tipo, estando ela vigente, em face de sua atuação vinculada à lei, a Administração não pode deixar de atender ao seu ditame, inclusive no âmbito do CONSEF (RPAF: Art. 167).

No terceiro, porque dado ao princípio federativo que importa em uma diferenciada distribuição da receita tributária nacional do ICMS, há distintas alíquotas na tributação para operações entre os Estados envolvidos na infração (Bahia, São Paulo e Paraná), sendo 12% a alíquota incidente sobre o valor das operações de saídas interestaduais de mercadorias da Bahia (Lei 7.014/96: Art. 15, II) e 7% para operações de entradas na Bahia, iniciadas nos Estados das regiões Sudeste (exceto Espírito Santo) e Sul.

No quarto, primeiro, porque diante da possibilidade da existência de operações interestaduais tributáveis ou não, por óbvio, a autorização dada pelo fisco se limita à permissão da emissão do documento fiscal de operação, uma vez que por ser submetida a tributo sujeito a lançamento por homologação do Ente tributante autorizador, a administração e modo prévio de registro de toda a repercussão tributária, correm inteiramente a cargo e responsabilidade do emitente, a ser posteriormente conferida frente à legislação pela Autoridade fiscal do sujeito ativo da relação jurídica inaugurada pelo crédito tributário, podendo o procedimento prévio efetuado pelo contribuinte sofrer correção, como nesse caso. Segundo, porque as NFs que o Impugnante diz “de retorno” indicadas no demonstrativo “Anexo 05” e repetido na manifestação complementar (fls. 83-85), foram emitidas por estabelecimento de operador logístico e transportador situado na Bahia.

Para esta última alegação defensiva, o Impugnante aduziu novo argumento na manifestação defensiva complementar de fls. 79-86: a) Reconhece que as NFs alegadas como relativas a operações de retorno das mercadorias objeto da autuação foram emitidas por estabelecimento situado na Bahia - o que, por si só, implica em imprestável prova para o caso, inclusive, quanto ao DACTE anexado -, mas diz que isso ocorreu por erro. Em suas palavras: “Ainda sobre estas transferências, o fato verdadeiro é que as notas de transferências foram emitidas erradas (NF 36633 – 36711 – 36947 – 41541), para o destinatário com endereço fora do estado, mas as mercadorias foram enviadas e entregues para a mesma empresa situada no estado da Bahia...” (grifos meus); b) Nas palavras do Impugnante: “O fato do contribuinte ter por guia a Corte Superior, não prova que usou o valor da operação, fora dos padrões de custo e ou mercado, pois se assim entendesse atribuiria o valor ZERO, não sendo esta a realidade”.

Sem embargo, considerando que as operações ocorreram em 2014/2015, quiçá para dificultar o controle do fisco sobre a rotina de suas operações comerciais – algo que se reforça em face do largo histórico de autuações fiscais contra este contribuinte, constante no acervo da SEFAZ -, ao contrário do pretendido, o novo argumento apenas reforça o cometimento da infração e a certeza da legitimidade da exação fiscal.

Primeiro, porque verdade fosse a nova alegação, para a sua correção existe procedimento, regulamentado, e tendo mais de quatro anos para tanto, o sujeito passivo não a providenciou (RICMS-BA: Art. 251). Segundo, porque, se na defesa inicial o Impugnante tratou o assunto como remessa de mercadoria para armazenagem fora da Bahia, agora expressamente admite serem relativas a “transferência” interestadual para outro estabelecimento – o que também é expressamente tributável, como o próprio Impugnante admite com o expresso reconhecimento da Infração 04 que exige ICMS de operações tributáveis escrituradas como não tributáveis. Terceiro, porque nesta exação fiscal não se discute o valor que o contribuinte atribuiu às mercadorias que na segunda manifestação confessa terem sido transferidas para outro estabelecimento.

De todo modo, para o caso interessa a seguinte disposição legal:

Lei 7.014/96:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias,...

§ 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;

Art. 4º 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;

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

...
II - 12% (doze por cento), nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços a contribuintes ou não do imposto.

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“II - 12% (doze por cento), nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto.”

Portanto, também cai por terra o argumento relativo a Súmula 166 do STJ em face da autonomia dos estabelecimentos e o princípio federativo, que fundamentam, constitucionalmente, a equitativa distribuição nacional do ICMS.

Infração subsistente.

Infração 05

Conforme demonstrativo de fl. 14, refere-se a exigência de complemento do valor do ICMS devido em razão de transferência interestadual de mercadorias tributáveis efetuadas com destaque do imposto calculado por alíquota de 4%, menor que a devida: 12%.

Nas exatas palavras do Impugnante, a alegação defensiva é que “não deveria haver incidência do ICMS, estando o contribuinte em consonância com a Súmula 166 do STJ, assim redigida: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Pois bem. De logo observo que na descrição da infração consta expresso se referir às saídas interestaduais a título de transferência (interestaduais) com aplicação incorreta da alíquota de 4%.

Ora, para esse caso, o procedimento prévio efetuado pelo sujeito passivo, ainda que com alíquota incorreta, contrariando o argumento defensivo, atesta que o próprio sujeito passivo reconhece haver incidência de ICMS sobre as mercadorias que transferiu. Ademais, conforme a fundamentação exposta para a decisão sobre a infração 03 que, por oportunidade, empresto à fundamentação da decisão sobre a infração em apreço, em face da expressa previsão de incidência de ICMS para operações de transferência interestadual de mercadoria, ainda que para estabelecimento do mesmo contribuinte, o argumento defensivo não procede para esta infração.

Portanto, não havendo protesto quanto aos dados do levantamento nem me ocorrendo reparo nele a fazer de ofício, tenho a exação fiscal como subsistente.

Infração 06

Conforme demonstrativo de fl. 15, refere-se a exigência de complemento do valor do ICMS devido em razão de aplicação de alíquota de 7% nas operações de saídas escrituradas de mercadorias para o Estado do Paraná (NF 74062) e São Paulo (NF 79137). Nesse caso, a própria

Autoridade fiscal autuante informa na descrição da infração, tratar-se de saídas a título de devolução de empréstimos.

Nas manifestações defensivas, o Impugnante, embora ateste a ocorrência das operações entre o estabelecimento autuado e contribuintes situados nos Estados citados, alega que estava devolvendo material que lhe fora emprestado de outras suas unidades e que, por isso, destacou o ICMS sob a mesma alíquota contida nas NFs de entrada dos materiais.

Neste caso, a tributação das operações ocorre sob o mandamento do Convênio ICMS 54/00 (Cláusula primeira), cuja determinação consta absorvida no art. 451 do RICMS-BA/2012:

Eis as redações:

Convênio ICMS 54/00:

Cláusula primeira

Na operação interestadual de devolução, total ou parcial, de mercadoria ou bem, inclusive recebido em transferência, aplicar-se-á a mesma base de cálculo e a mesma alíquota constante do documento que acobertar a operação anterior de recebimento da mercadoria ou bem.

RICMS-BA:

Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

Assim, tendo em vista que a devolução das mercadorias ocorreu com a mesma tributação da origem, não há infração à legislação tributária.

Infração insubstancial.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em face da insubstancialidade da Infração 06.”.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 165/172)**, com base nas seguintes alegações:

- a) Com relação à Infração 03, afirma que, na hipótese da parcela não reconhecida da infração se devida, estaria com o valor errado, uma vez que foi calculado considerando o ICMS por dentro, o que aumentou a base de cálculo de R\$324.538,89 para R\$368.795,33, e que, como consequência foi apurado um ICMS de R\$44.255,79 quando o correto seria R\$38.944,79;
- b) Aduz que as notas de transferência números 36633 – 36711 – 36947 – 41541, foram emitidas com endereço errado, pois as mercadorias foram enviadas e entregues para estabelecimento da empresa Operlog Ltda., situada no estado da Bahia, enquanto as notas foram emitidas para o endereço do estabelecimento da empresa Operlog Ltda., fora do Estado da Bahia;
- c) Segue afirmando que tal fato pode ser provado pelas diversas notas de retorno das mercadorias depositadas emitidas por Operlog Logística e Transportes Ltda. - Av. Palmeira, 169 Galpão 2, Limoeiro – CEP 42802-580 Camaçari, BA, que anexamos a este, relativo à devolução do material enviado com as notas (NF 36633 – 36711 – 36947 – 41541) podendo ser constatado no campo das observações o número das notas de origem;
- d) Ainda no tocante a esta Infração, alega que, de acordo com a Súmula nº 166 do STJ, não há incidência do ICMS na transferência de mercadorias, de modo que tais operações devem ser excluídas da autuação;
- e) No que tange a Infração 05, alega que todas as operações se referem à transferência de mercadorias para outro estabelecimento da Fauresia, invocando novamente a Súmula nº 166 e pugnando pela improcedência desta infração.

VOTO VENCIDO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo o cometimento de seis infrações, sendo que somente foram objeto de Recurso Voluntário as Infrações 03 e 05, que se se referem, respectivamente, à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, e recolhimento a menor do ICMS por aplicar alíquota diversa da prevista na legislação.

O Recorrente alega que a Infração nº 03 seria parcialmente procedente, apenas no montante de R\$5.596,33, e que o montante remanescente seria indevido, na medida em que o ICMS teria sido calculado por dentro, bem como alega que as Notas Fiscais de nºs 36633, 36711, 36947 e 41541 teriam sido emitidas com erro e que, em verdade se referem a operações de retorno de mercadorias depositadas dentro do Estado da Bahia, e que não há incidência de imposto no caso de transferência de mercadorias nos termos da Súmula STJ nº 166.

Inicialmente, cumpre destacar que a referida Súmula STJ nº 166 não é aplicável ao presente caso, tendo em vista que as operações em questão se referem à remessa para depósito por operador logístico – pessoa jurídica distinta do Recorrente –, situação juridicamente distinta da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Com relação ao cálculo do imposto considerando o ICMS por dentro, mostra-se descabida tal alegação, na medida em que essa forma de cálculo, já chancelada pelo Supremo, decorre de expressa determinação legal e constitucional, *vide* alínea “i”, do inciso XII, do art. 155 da CF/88 e o inciso I, do §1º, do art. 17 da Lei nº 7.014/1996.

No tocante às Notas Fiscais de nºs 36633, 36711, 36947 e 41541, verifico que se tratam de notas de remessa para armazenagem com destino a operador logístico localizado em São Paulo - Operlog Logística e Transportes Ltda. -, operação em que não há transferência de propriedade de mercadoria, ou seja, não há circulação jurídica e, portanto, não ocorre o fato gerador do ICMS.

A discussão acerca do conceito utilizado pelo Constituinte ao atribuir competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituírem imposto incidente sobre a circulação de mercadorias, já foi objeto de apreciação pelo STF, que, no julgamento do RE nº 540.829 com repercussão geral, externou o entendimento já há muito adotado pela Corte, de que a circulação de mercadorias capaz de atrair a incidência do ICMS é aquela em que há transferência de propriedade.

Seguindo essa linha já se encontra pacificada no STJ e já se pode vislumbrar nas decisões de ambas as turmas do STF a não incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, justamente porque nesses casos não ocorre a transferência de propriedade. Apesar desse ponto ser mais bem abordado na análise da Infração 05, é importante destacar, desde logo, pois a *ratio* desse entendimento é plenamente aplicável às remessas para armazenagem em operador logístico.

Sobre a questão, impõe destacar o Parecer da Procuradoria Geral da República nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49/RN, em que se discute a incidência do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos situados em Entes distintos da Federação. A Ação ainda não foi julgada, mas ao que tudo indica o entendimento já pacificado nos tribunais superiores não será alterado, tendo em vista que a própria PGR sustenta que a ADC em comento não seja conhecida, o que faz com base nos seguintes fundamentos:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE. REQUISITO PARA INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS NA TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE. MATÉRIA PACIFICADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DA NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SEM TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE. AUSÊNCIA DE DÚVIDA OU INCERTEZA QUANTO A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DAS NORMAS. NÃO ATENDIMENTO DO REQUISITO DO ART. 14-III DA LEI 9.868/99. (...) 3. Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a mera saída fiscal de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte não configura hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria. 4. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 540.829/SP – Tema 297), assentou que “circulação de mercadoria”, para fins de incidência do ICMS, possui acepção jurídica que exige ato de mercancia, com transferência da titularidade do bem. 5. Não há controvérsia judicial relevante quando a matéria esteja pacificada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça por sistemática que vincule as instâncias inferiores (repercussão geral – RE 540.829/SP e recurso repetitivo - REsp 1.125.133/SP). — Parecer pelo não conhecimento da ação.”.

Desse modo, julgo a Infração 03 Procedente em Parte, devendo ser retiradas da autuação as Notas

Fiscais de nºs 36633, 36711, 36947 e 41541, pois tais operações não revelam circulação de mercadoria apta a atrair a incidência do ICMS.

No tocante à Infração 05, o Recorrente alega que todas as operações se referem à transferência de mercadorias para outro estabelecimento da Faurecia, invocando novamente a Súmula nº 166 para pugnar pela não incidência do imposto em tais operações, e a improcedência desta infração.

Entendo que assiste razão ao sujeito passivo, quando pugna pelo cancelamento da infração nos casos de transferência interestadual, tendo em vista que tais operações não se encontram sujeitas à incidência do ICMS, conforme já decidiu o STJ e o STF em diversas oportunidades.

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 transferência 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.

Ademais, os termos da Súmula nº 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 imponível 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 immobilizado 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.)."

Não se desconhece o teor do Incidente de Uniformização da PGE nº 2016.169506-0, em que se afirma que o posicionamento do STJ, firmado sob o rito dos repetitivos e na Súmula nº 166, não poderia ser aplicado nas transferências interestaduais, 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:

"AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. 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).

"AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO CONTRIBUINTE SITUADOS EM ESTADOS DISTINTOS DA FEDERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. AGRADO 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 – Agravado 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, voto no sentido de afastar a exigência com relação à essa infração.

Ante tudo quanto exposto, voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário para afastar as Notas Fiscais de nºs 36633, 36711, 36947 e 41541 na Infração 03 e para elidir a Infração 05, remanescendo a autuação nos seguintes termos:

Infração 01	R\$ 46.275,32
Infração 02	R\$ 7.769,56
Infração 03	R\$ 4.790,25
Infração 04	R\$ 4.358,90
Infração 05	R\$ -
Infração 06	R\$ -
Total	R\$ 63.194,03

VOTO VENCEDOR

Quero pedir vênia ao nobre relator para apresentar entendimento divergente, nos termos em que segue.

Quanto à Infração 03, relativamente às Notas Fiscais nºs 36633, 36711, 36947 e 41541, verifico que se trata de notas de remessa para armazenagem com destino a operador logístico localizado em São Paulo - Operlog Logística e Transportes Ltda. -, conforme foi destacado pelo nobre Relator.

Pois, bem, tratando-se de remessas interestaduais de mercadorias para depósito, não existe regra específica isentando a operação de tributação. Assim, inexistindo previsão expressa de não incidência, deve prevalecer a regra geral do microssistema do ICMS, consagrada no art. 12, inciso I da Lei Complementar nº 87/96, abaixo reproduzido.

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

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte (grifo acrescido), ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
...”

De fato, tratando-se de operações de circulação de mercadorias, basta a saída para configurar o fato gerador do imposto, sendo despicienda a transferência da sua propriedade.

Deve-se dispensar, a essas operações, um tratamento jurídico similar às operações de remessas para armazéns gerais localizados em outra unidade da federação, hipótese em que se deve destacar o ICMS devido.

Nesse sentido, divirjo do relator nesse ponto para rejeitar a alegação recursal e julgar a Infração 03 Procedente.

Quanto à Infração 05, trata-se de transferências interestaduais, em relação às quais o Contribuinte alega a não incidência 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 Recorrente (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 (grifo acrescido);
...”*

A jurisprudência desta Corte é farta de julgados nesse sentido, tendo prevalecido o entendimento de que a Súmula 166 somente se aplica às operações de transferências internas.

Assim, peço vênia ao Relator para julgar Procedente também a Infração 05.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em não unânime em relação à infração 5 e, por maioria quanto à infração 3, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278996.0005/18-5**, lavrado contra **FAURECIA AUTOMOTIVE DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$113.933,32**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR (Infração 3) - Conselheiros: Luiz Alberto Amaral Oliveira, José Roservaldo Evangelista Rios, Fernando Antônio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 3)- Conselheiros: Leonel Araújo Souza e Laís de Carvalho Silva.

VOTO VENCEDOR (Infração 5) - Conselheiros: Luiz Alberto Amaral Oliveira, Fernando Antônio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 5)- Conselheiros: Leonel Araújo Souza, José Roservaldo Evangelista Rios e Laís de Carvalho Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS