

A. I. N° - 279266.0006/20-8
AUTUADO - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - WALMIR SALDANHA FEIJÓ
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°0101-04/21-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Considerações elidem em partes a autuação. Comprovado que algumas das operações objeto da autuação tratavam de transferência interna entre estabelecimento do mesmo titular (*CFOP 5152*). Não há incidência de ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, entendimento este, exposto pela PGE, através do Incidente de Uniformização n° 2016.169506-0, com conhecimento deste Conselho de Fazenda por meio do Ofício GAB/PROFIS/PGE n° 42/2016, datado de 22/11/2016. Agente Fiscal Autuante emitiu novo demonstrativo de débito do saldo remanescente da autuação, cujos os valores foram acatados pelo sujeito passivo. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2020, constitui crédito tributário no valor de R\$136.037,27, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 4 a 8 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 10, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de março a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 4/8 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 121. Lançado ICMS no valor de R\$136.037,27, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei n° 7.014/96 e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 15/28 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob n° 09.182.947/0001-35 e Inscrição Estadual nesse Estado sob n° 075.643.658, com endereço na Avenida Jequitaiá n° 411, Água de Meninos, Salvador – BA, CEP 40460-000, por sua advogada (Doc. 1), com fundamento no art. 123 e seguintes do Decreto n° 7.629/99 que dispõe sobre o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia apresenta sua defesa ao Auto de Infração, em epígrafe, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

Registra que, durante o processo de fiscalização, o Auditor Fiscal analisou as operações realizadas pela Impugnante e encontrou diferenças de ICMS pela suposta aplicação de alíquota diversa da estabelecida na legislação do imposto.

Destaca que grande parte das mercadorias que fazem parte da autuação não foram objeto de venda, mas sim de meras transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não sendo, portanto, tais operações passíveis de incidência do ICMS, a teor do disposto na Súmula 166 do STJ e do recentíssimo julgamento pelo STF do Tema 1.099 da Repercussão Geral.

Dessa forma, ante o equívoco cometido pela Fiscalização na lavratura do auto de infração, com a devida vênia, discorda integralmente do lançamento ora combatido e passa a tecer suas razões de defesa.

I. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS - TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 166/STJ E TEMA 1.099 DA REPERCUSSÃO GERAL – STF

Diz que é fundamental ressaltar que, através do auto de infração ora combatido, o Estado da Bahia pretende cobrar da Impugnante ICMS decorrente de operações de transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos filiais da mesma pessoa jurídica.

Todavia, tais operações entre filiais do mesmo sujeito passivo não guardam identidade com a descrição do fato gerador do ICMS previsto no ordenamento jurídico.

Consigna que o Imposto incidente sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), encontra fulcro na Constituição Federal que, em seu artigo 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alíneas “a” e “d”, que destaca.

Após traçar várias outras considerações de inoccorrências do ICMS nas transferências entre estabelecimentos, no presente caso, diz que o Estado da Bahia pretende cobrar ICMS da sobre operações de transferência de mercadoria realizadas entre seu estabelecimento e outras filiais da mesma pessoa jurídica.

Todavia, analisando-se detidamente a materialidade apontada, observa-se que improcede a pretensão estatal, uma vez que, diante da ausência de translação da propriedade da mercadoria que se pretende tributar, se torna inquestionável a não ocorrência do fato gerador do ICMS, fato imprescindível para a constituição e cobrança do referido imposto.

Trançando ainda várias outras considerações, aduz que a simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica constitui uma mera movimentação sem a transferência da titularidade exercida sobre o bem, isto é, constitui fato atípico ao ICMS, na medida em que a propriedade segue inalterada.

Diz que tal entendimento encontra arrimo na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida:

“SÚMULA 166/STJ: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE”

Acrescenta que, confirmando o entendimento seguido há anos pelo Superior Tribunal de Justiça e colocando uma pá de cal sobre o assunto, em recentíssimo julgamento do Tema 1099 da Repercussão Geral ocorrido em 15/08/2020, o Supremo Tribunal Federal julgou a matéria e fixou a seguinte tese:

“Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.” (Grifou-se)

Dessa forma, consigna que, analisando o caso concreto, observa-se que grande parte das operações constantes do auto de infração lavrado pelo Estado da Bahia se referem a transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não sendo possível vislumbrar qualquer operação de circulação de mercadoria em tais hipóteses, eis que os bens remetidos às filiais estiveram, a todo tempo, sob a titularidade exclusiva da mesma pessoa jurídica (**Doc. 3 CD anexo, planilha Excel, “Infração 1 – Defesa”**).

Pelo exposto, ante a inoccorrência do fato gerador do ICMS, registra que o Estado da Bahia pretende, confessadamente, tributar operações de mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, contrariando a Súmula STJ/166 e a tese fixada pelo STF no julgamento do Tema 1099 da Repercussão Geral, há de se reconhecer a impossibilidade de o Estado exigir o recolhimento do imposto em tais hipóteses e, por conseguinte, se decretar a nulidade do Auto de Infração ora impugnado.

II. DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES E DO PRÓPRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA EM CASOS SEMELHANTES

Após descrever várias ementas de decisões de tribunais, diz constatar ser assente na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que não configura fato gerador do ICMS a simples transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo uma vez que tais operações não revelam cunho mercantil.

III. DO REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA FISCAL

Diz que, nos termos do art. 137, I, 'a', do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração, conforme será abaixo justificado.

No decorrer da peça de defesa, restou claramente demonstrado que grande parte da autuação é relativa a operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, as quais estão fora do campo de incidência do ICMS, sendo imprescindível a análise dos documentos fiscais que embasaram o lançamento, por Auditor da ASTEC que não participou da autuação, de modo que as referidas alegações possam ser comprovadas.

Acrescenta que, diante do que foi exposto e certa da necessidade e do deferimento da diligência fiscal ora requerida, apresenta quesito que deverá ser respondido pelo Agente Fiscal responsável pela elaboração da diligência:

- a. *“Poderia o Senhor Agente Fiscal confirmar se as transações de transferências que consubstanciaram a lavratura do presente auto de infração foram realizadas entre contribuintes da mesma pessoa jurídica (Mercantil Rodrigues Comercial Ltda.)?”*

IV. CONCLUSÃO E PEDIDO

Por todas as razões aqui expostas e considerando a não ocorrência do fato gerador do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, requer seja dado integral provimento à presente defesa, com o consequente cancelamento do auto de infração e da exigência nele contida, determinando-se, por consequência, o seu arquivamento.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal à fl. 53, que a seguir passo a descrever:

Diz que o Contribuinte Autuado apresentou, tempestivamente, defesa ao A.I. 279266.0006/20-8, trazendo novos elementos à fiscalização. Da análise do que foi trazido a este PAF apresenta a seguinte conclusão:

Consigna que restaram comprovadas as transferências entre estabelecimentos do contribuinte, consideradas por decisão recente do STF como fora do campo de incidência do ICMS. Assim, diz alterar o valor devido para os meses de abril, junho e novembro de 2016 da Infração 01, conforme a seguir:

Total Abr/2016	2.758,15
Total Jun/2016	1.106,15
Total Nov/2016	2.282,05

Pelo exposto acima, pede a alteração dos valores da Infração 01 deste Auto de Infração, conforme abaixo:

Data Ocorr	Valor Autuado	Valor Corrigido
31/03/2016	5.192,08	5.192,08
30/04/2016	13.626,60	10.868,45
31/05/2016	9.609,03	9.609,03
30/06/2016	25.304,55	24.198,40
31/07/2016	51.487,93	51.487,93
31/08/2016	28.222,87	28.222,87
30/09/2016	102,30	102,30
30/11/2016	2.386,98	104,93
31/12/2016	104,93	104,93
Total	136.037,27	129.890,92

À fl. 57 o Contribuinte Autuado, representada por sua Advogada constituída nos autos, manifesta sua concordância com os termos da conclusão do trabalho fiscal, objeto da Informação Fiscal de fl. 53 dos autos.

À fl. 63, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo, apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para a formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 30/06/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP SERVIÇOS, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O. S.: 501899/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) por ter recolhido a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de março a dezembro de 2016, conforme demonstrativo de fls. 4/8 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 121. Lançado ICMS no valor de R\$136.037,27, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Em sede defesa, o sujeito passivo arguiu a inoccorrência do fato gerador do ICMS, em relação às operações, objeto da autuação, por relacionar a transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, com arrimo na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, ao tempo que, complementa suas considerações de defesa, consignando que o imposto incidente sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), decorrentes das referidas operações, encontra fulcro na Constituição Federal, em seu artigo 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alíneas “a” e “d”.

O agente Fiscal Autuante, na Informação Fiscal de fl. 53 dos autos, diz ter restado comprovado tratar-se de transferências entre estabelecimento do Contribuinte Autuado, isso, em relação as operações que indica na fl. 53 dos autos. Neste sentido fez a exclusão dessas operações da atuação, então apresentou novo demonstrativo de débito, à fl. 53 dos autos, com os saldos remanescentes, por data de ocorrência, totalizando o montante de R\$129.890,92.

Compulsando, então, o demonstrativo original da autuação, de fls. 4/8 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 121, vê-se tratar, de fato, operações com o CFOP 5102 Vendas de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros e CFOP 5152 Transferências de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

Neste contexto, de forma assertiva, observo que o agente Fiscal Autuante, excluiu da autuação as operações com “*CFOP 5152 Transferências de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*”, mantendo, então, somente as operações com “*CFOP 5102 Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*”, dado não incidir, de fato, ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, entendimento este, exposto pela PGE, através do Incidente de Uniformização nº 2016.169506-0, com conhecimento deste Conselho de Fazenda por meio do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016.

À fl. 57, o Contribuinte Autuado, representada por sua Advogada constituída nos autos, manifesta sua concordância com os termos da conclusão do trabalho fiscal, objeto da Informação Fiscal de

fl. 53 dos autos, em que apresenta um novo demonstrativo de débito, totalizando o montante de R\$129.890,92.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações do demonstrativo de débito da autuação, em lide, vejo restar subsistente parcialmente o Auto de Infração, em tela, na forma do demonstrativo de débito a seguir:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico
31/03/2016	09/04/2016	5.192,08
30/04/2016	09/05/2016	10.868,45
31/05/2016	09/06/2016	9.609,03
30/06/2016	09/07/2016	24.198,40
31/07/2016	09/08/2016	51.487,93
31/08/2016	09/09/2016	28.222,87
30/09/2016	09/10/2016	102,30
30/11/2016	09/12/2016	104,93
31/12/2016	09/01/2017	104,93
Total	136.037,27	129.890,92

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 279266.0006/20-8**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$129.890,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA