

A. I. Nº - 281508.0190/04-9
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 02.12.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0471-03/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular são tributadas pelo imposto. Caracterizada a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/08/04, exige ICMS no valor de R\$85.590,48 e multa de 60% pela falta de destaque do ICMS em operação de transferência de mercadorias para outra unidade da Federação. Nas informações complementares consta que as mercadorias relacionadas na Nota Fiscal nº 43.476 foi grafado no campo de dados adicionais “que não incide o ICMS conf. art. 6, inciso 8” do RICMS/97 e foi constatado pela fiscalização que se tratava de mercadorias novas com manual e embalagens originais (aparelho velox) produzidas nos meses de fevereiro a julho de 2004, conforme registrado nas etiquetas das embalagens.

O autuado, em sua impugnação fls. 27 a 34 dos autos, alega que na nota fiscal que transportava as mercadorias foi indicado o art. 6º, VIII do RICMS/97 que se refere à não incidência de: “saída de bem integrado ao ativo permanente, desde que tenha sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação” e que ocorreu um erro material no preenchimento da referida nota fiscal tendo em vista que “o dispositivo que acoberta a transferência não-tributada da mercadoria é outro – o art. 6º, XVI do RICMS/BA, *in verbis*: Art. 6º - O ICMS não incide nas seguintes situações: ...XVI – demais situações em que não se configure o fato gerador do imposto.”

Afirma que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador do ICMS e independe da natureza (bens de ativo, consumo ou intermediários) e estado (novas, seminovas ou usadas), tendo ocorrido apenas uma indicação incorreta na nota fiscal do dispositivo legal que acobertava a operação, o que afasta a pretensão do fisco em exigir o imposto desta operação.

Diz que a fiscalização entendeu que a operação configurava desincorporação de bens do ativo permanente com menos de um ano de uso o que ensejaria a exigência do ICMS, porém a situação real foi de transferência de mercadorias de Salvador para a matriz no Rio de Janeiro o que configura uma mera circulação física, não mercantil, com alteração da posse, mas não de seu domínio, não ocorrendo o fato gerador do imposto que exige circulação jurídica e transferência de titularidade.

Discorre sobre o entendimento de diversos tributaristas quanto ao fato gerador e conceitos de operação, circulação e mercadoria, que se insurge contra a tese das autoridades fiscais de que fato gerador ocorre com a “[...] saída física de mercadorias do estabelecimento comercial, industrial ou produtor, pouco importando a causa, o título jurídico ou o negócio [...]” e que o entendimento corrente dos doutrinadores é de que não há circulação sem a transferência de propriedade das mercadorias e mudança de titularidade.

Afirma que, no caso em pauta, aplica-se a tese dos doutrinadores de que a transferência de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo titular, não é hipótese de incidência do ICMS, e cita decisões do STF e STJ (fl. 31) para demonstrar que este também é o posicionamento dominante na jurisprudência, pelo fato de que há diversas decisões que decretaram a inconstitucionalidade de várias leis estaduais que pretendiam alcançar a tributação de operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Faz alusão às disposições contidas no Código Civil Brasileiro quanto à transferência de propriedade com base na tradição e que não ocorrendo transferência de titularidade não se consuma o fato impositivo do ICMS.

Afirma que “a simples circulação física de bens da impugnante para outro estabelecimento seu não constitui fato gerador do ICMS, que exige a circulação econômica e, primordialmente, a jurídica, que se perfaz somente quando ocorre alteração na titularidade da res, como já afirmado. Desta forma, desnecessário o destaque do imposto na documentação fiscal”, conforme disposto no art. 6º, XVI do RICMS/97.

Por fim, requer a improcedência da autuação de modo que fique extinto o crédito tributário.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 79 a 83, inicialmente discorre sobre os fatos que conduziram à autuação e diz que a alegação do autuado, de que ocorreu um suposto erro material não prospera tendo em vista que consignou como natureza da operação na nota fiscal objeto da autuação “Transferência Ativo Imobilizado adquirido a partir de janeiro/2001 (LC102/00)” e ainda que fez constar no campo de observações que se tratava de transferência do ativo imobilizado com mais de um ano de uso pelo fato de que grafou “01 Isento ou não sujeito a ICMS – Não Incidência conf. art. 6, inc 8...” que trata da não incidência do ICMS.

Diz que constatou que as mercadorias foram fabricadas no ano de 2004, tinha menos de um ano de fabricação, e tendo sido transferido de um estabelecimento para outro do autuado se enquadra no campo de incidência do ICMS conforme disposto na legislação tributária (CF e LC 87/96) e de forma específica o art. 2º, I da LC 87/96 que estabelece “Nas operações internas, interestadual e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento: I – da saída de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo titular”

Afirma que a citada Lei define também qual a base de cálculo nas operações de saída de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular localizado em outro Estado, o que autoriza o Estado a exigir o ICMS sobre estas operações e que, ao contrário do que foi alegado pelo autuado, as mercadorias de fato foram transferidas e não “apenas passear no Rio de Janeiro, para depois retornar ao Estado da Bahia”, o que caracteriza de fato sua transferência que é operação contemplada no campo de incidência do ICMS.

Quanto às teses doutrinárias de ilustres tributaristas invocadas na defesa diz que contribuem no presente para disseminar o conhecimento e pode servir de base para aperfeiçoar a legislação, no entanto aos operadores do direito cabe observar e respeitar fielmente a legislação vigente.

Conclui mantendo integralmente a infração e requer a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto em operação de transferência de bens do ativo imobilizado com menos de um ano de uso do estabelecimento do autuado localizado em Salvador para o estabelecimento do mesmo titular localizado no Rio de Janeiro.

O autuado alegou que ocorreu um erro material no preenchimento da nota fiscal e que a operação de fato trata de transferência de mercadorias de um estabelecimento para o outro do mesmo titular que na sua interpretação fica fora do campo de incidência do ICMS, uma vez que não há transferência da titularidade das mercadorias.

A primeira questão que se coloca é se a operação se refere a desincorporação de bens do ativo como grafado na nota fiscal ou de transferência de mercadorias como alegado pelo autuado. Pela análise dos dados apostos na Nota Fiscal nº 43.473 juntada à fl. 08 do processo constata-se que foram transferidos 4.500 Filtros Modem Adsl, 3.000 Filtros Modem T e 3.846 Velox (modem de transmissão e recepção de dados) e as fotocópias das embalagens acostadas pelo autuante nas fls. 14 a 18 identificam que foram produzidas em junho (fl. 16), fevereiro (fl. 17) e julho de 2004 (fl. 18). Infere-se pela quantidade, data de fabricação e destinação de uso (prestação de serviço de conexão) que não se trata de desincorporação de bens do ativo e sim de transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, o que confirma a alegação do autuado.

Definido que se trata de operação de transferência interestadual de mercadoria, mesmo que a nota fiscal não indique isso, resta saber se essa operação se enquadra ou não no campo de incidência do ICMS. O autuado alegou que a operação estava contemplada no campo da não incidência de acordo com o art. 6º, XVI do RICMS/97, ou seja, situação em que não se configura o fato gerador do imposto. Entretanto, entendendo que razão assiste ao autuante conforme o disposto no art. 2º, I da LC nº 87/96 que “considera ocorrido o fato gerador do ICMS no momento: I - da saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular.”

Sabe-se que o ICMS é um imposto de consumo, não cumulativo, plurifásico, tributado na origem (em raros casos no destino) e de competência dos Estados. No momento em que o estabelecimento autuado adquiriu as mercadorias ou as recebeu em transferências quer seja em operação interna ou interestadual fez jus ao crédito do imposto destacado na nota fiscal tendo em vista que a operação subsequente é tributada. Se por acaso a legislação tributária contemplasse no campo da não incidência as transferências entre os estabelecimentos do mesmo titular, tese dos doutrinadores invocada pelo autuado, sendo o imposto de competência dos Estados, no caso presente a Fazenda Pública Estadual suportaria o ônus do crédito fiscal, mas não receberia o correspondente débito pela saída, motivo pelo qual a LC 87/96 considerou como “autônomo cada estabelecimento do mesmo titular” (art. 11, II) e ainda que a base de cálculo é o “valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria” (art. 13, § 4º).

Concluo que as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular são operações tributadas pelo ICMS, ainda mais porque se trata, na situação em tela, de operação interestadual. Como a base de cálculo definida na citada LC 87/96 é o valor da entrada mais recente, produz o efeito de anulação do crédito no estabelecimento remetente e resulta em montante de crédito fiscal de valor idêntico ao estabelecimento do mesmo titular no destino.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281508.0190/04-9**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.590,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR