

A. I. Nº - 269130.0004/10-1
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 05.07.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0191-04/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Documentos juntados com a defesa comprovam recolhimento integral do imposto no prazo legal. Infração improcedente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO.** a) MATERIAL DE CONSUMO. Restou comprovado que se trata de transferência em caráter definitivo e devido o imposto correspondente. Infração não elidida. b) ATIVO PERMANENTE. DESENVOLVE. DOCUMENTOS FISCAIS. **3. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE DESTAQUE DO ICMS.** Documentos juntados ao processo comprovam que as notas fiscais da infração 3 trata-se de operação de remessa de bens do ativo imobilizado em caráter temporário com suspensão do imposto que tiveram retorno pelas notas fiscais relacionadas no demonstrativo da infração 4, cuja operação não há incidência do imposto. Infrações 3 e 4 não caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 10/12/10 exige ICMS no valor de R\$136.665,89, acrescido da multa 60% em decorrência das seguintes infrações:

1. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (06/06 e 10/06) - R\$761,99.
2. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (março e abril/06) - R\$308,76.
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo imobilizado (2006) - R\$56.845,50.
4. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - R\$78.749,64.

O autuado, na defesa apresentada (fl. 62/80), discorre sobre as infrações e passa a contestá-las conforme passou a expor. Cumpre observar que há pequenas divergências entre o conteúdo existente no arquivo da defesa gravada no CD juntado à fl. 104 e o impresso juntado às fls. 62/80. O Relatório foi elaborado aproveitando o conteúdo pertinente às infrações apontadas.

Relativamente à infração 1, esclarece que procedeu ao recolhimento do imposto, porém houve um erro no preenchimento da guia do ICMS FECF de junho de 2006 (valor de R\$ 374,07), tendo indicado no campo de “referência” o mês de julho/06, quando o correto seria junho/06, fato esse que gerou a presente confusão quanto a certeza ou não do pagamento do imposto.

Ressalta que no campo “Informações Complementares” indicou corretamente a competência de junho/06 e junta à defesa os comprovantes de pagamento, bem como o extrato de pagamentos realizados no período comprovando, assim, o recolhimento do ICMS.

Esclarece que exerce atividade de prestação de serviços de telecomunicações utilizando sistema de radiocomunicação e para consecução dos serviços prestados transfere equipamentos do ativo imobilizado para outros estabelecimentos pertencentes à mesma empresa (matriz – filiais e filial-filial), obedecendo às regras da ANATEL, devidamente acompanhada da documentação fiscal.

Argumenta que a documentação fiscal objeto da autuação trata-se de transferência de bens que lhe pertencem para sua filial na Bahia “não sendo, portanto, devido o diferencial de alíquotas” e “sim TRANSFERÊNCIA DE BENS PERTENCENTES AO ATIVO IMOBILIZADO DA impugnante, cuja saída goza de NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS”, nos termos da legislação e da jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Discorre sobre a regra matriz do ICMS na Constituição Federal (art. 155), outorga de competências, limites, condições para tributar, regra do artigo 110 do CTN acerca de que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal.”, sendo fundamental interpretar o direito privado para conhecer a definição, conteúdo e alcance.

Afirma que o termo operação na tributação de ICMS significa negócios jurídicos de circulação de mercadorias, transferindo-as de produtores ou revendedores dentro de sua jurisdição territorial, em sucessivas etapas, até o consumidor ou usuário final. Já o termo circulação é empregado no sentido de tradição, mudança de titularidade de mercadoria numa operação mercantil.

Aduz que no texto constitucional mercadoria tem o significado “pretender tributar a transferência de ativo imobilizado entre estabelecimentos pertencentes à mesma empresa, implicaria afirmar que bens do ativo é mercadoria e que há operação de mudança de titularidade do bem entre estabelecimentos pertencentes à mesma empresa”.

Ressalta que no presente caso a transferência de bens do ativo entre estabelecimentos pertencentes à mesma empresa, não configura circulação de mercadoria, e é inconstitucional e ilegal a exigência de ICMS destas operações, na medida em que não estão presentes as hipóteses constitucionais e legais que caracterizam o fato gerador do ICMS.

Destaca que as notas fiscais objeto da autuação indica “ausência de alíquota do Estado de origem (o diferencial corresponde a diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna do Estado de destino – artigo 155, § 2º, inciso VIII da CF/88)” e o próprio RICMS/GO [BA] (Decreto nº 6.284/97), dispõe que na saída de bens do ativo imobilizado não há incidência do ICMS, quando tiver sido objeto de uso por mais de um ano (art. 6º, VIII).

Ressalta que a operação de alienação é tributada pelo ICMS, mas na transferência de bens sem mudança de titularidade não ocorre a incidência do imposto, inclusive “no Estado de origem não há incidência do ICMS na saída de bens do ativo imobilizado (art. 7º, XIV do RICMS/SP)”.

Afirma que persistindo a presente cobrança do ICMS, estaria sendo desrespeitada a Constituição Federal, a LC nº 87/96, a própria legislação baiana, bem como as jurisprudências cristalizadas do STF e do STJ a exemplo de diversos julgados transcritos (fls.71/73 – RE 194300/97; AGRAG 1777.698-7/96; RESP 61.223-3-SP e RESP nº 58.729-SP).

Salienta que para espantar de vez qualquer dúvida, a matéria encontra-se hoje sumulada no STJ, na “Súmula 166 – Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Cita o disposto no art. 5º, I, do Dec. 6.284/97, que estabelece a incidência do diferencial de alíquota relativo à entrada de bens oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento e afirma ser necessário os requisitos jurídico

tributário de: circulação de bem do ativo permanente, ou de consumo, originária de outro Estado da Federação; existência de alíquotas externa e interna, e; valor utilizado para cobrança do imposto na origem (base de cálculo).

Reitera que na operação realizada, o remetente e o destinatário dos bens transferidos é a Nextel Telecomunicações Ltda, de acordo com as aceitas e melhores práticas contábeis e fiscais, não havendo incidência do tributo (art. 7o., XIV e XV, do Decreto Paulista nº 45.490/00, RICMS/SP).

Transcreve parte de texto da resposta da Consulta a Fazenda Estadual-SP nº 116/98, informando da inexistência de diferencial de alíquota na entrada de bem no estabelecimento e da mesma forma o Fisco Mineiro e o Paranaense respondendo Consulta Fiscal nº 220/05 e Consulta Fiscal nº 105/92, que definiram que “Na hipótese de recebimento neste Estado de mercadoria proveniente de São Paulo sem incidência do ICMS, não há que se falar em recolhimento de ICMS referente à diferença de alíquota.”

Destaca que na situação presente, os bens transferidos da matriz em São Paulo, para o estabelecimento na Bahia, não foram tributados pelo ICMS, inexistindo, portanto, alíquota externa, aplicável à operação (art. 5º, I e VI, VIII do RICMS/BA).

No arquivo magnético chama a atenção para as notas fiscais nºs 258.377 e 180.043 que trata de operação de composição gráfica sujeita ao ISS nos termos da LC nº 116/2003, item 13.05 da Lista Anexa e não há incidência de ICMS conforme Súmula 156 do STJ.

Por fim, requer a procedência da impugnação para afastar a cobrança do crédito tributário, multa e juros, produção de provas, juntada de documentos e o deferimento de sustentação oral.

A autuante na sua informação fiscal (fls. 106/107) descreve as infrações e diz que “analisando a argumentação e comprovantes anexados pelo contribuinte, concordo com o pedido da Nextel Telecomunicações Ltda”.

VOTO

O Auto de Infração acusa recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre valores recolhido e escriturado, da diferença de alíquotas (ativo e consumo) e por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Relativamente à infração 1, o autuado alegou erro de preenchimento do DAE, fato não contestado pela autuante. Verifico que a cópia do DAE juntada à fl. 82 indica recolhimento efetuado em 10/07/06 no valor de R\$374,07 tendo grafado no campo de informações complementares o ADICIONAL FUNDO DE POBREZA (AFP) – JUNHO/2006. Como foi indicado no campo 4 REFERÊNCIA 07/06 restou comprovado que o valor exigido relativo ao mês de junho foi recolhido tempestivamente e indevida a exigência fiscal.

Quanto ao valor de R\$387,92 exigido relativo ao mês de outubro/06 foi juntado também com a defesa à fl. 83 cópia do DAE comprovando o recolhimento deste valor em 09/11/06, logo, comprovado o recolhimento do AFP no prazo legal e improcedente o valor exigido.

Pelo exposto, é improcedente a infração 1.

No tocante às infrações 2, 3 e 4, a empresa se defendeu de forma genérica afirmando que se trata de transferências de bens de ativo pertencente ao mesmo titular e que não há incidência do ICMS da diferença de alíquota.

Com relação à infração 2, embora a fiscalização tenha mencionado operação com material de uso e consumo, o autuado ressaltou que trata-se de bens do ativo imobilizado de acordo com as notas fiscais 181909 e 182543, relacionadas no demonstrativo à fl. 24.

Verifico que a cópia da nota fiscal 181909 (fl. 25) indica operação de transferência de bem do ativo imobilizado da Nextel localizada em São Paulo para o estabelecimento autuado localizado neste

Estado. Foi indicado no documento fiscal que não incide ICMS de acordo com o art. 7º, XIV do RICMS/SP.

Observo que de acordo com as regras estabelecidas no Convênio ICMS 19/91 (art. 624 do RICMS/BA), é suspensa a incidência do ICMS nas saídas interestaduais de bens integrados ao ativo permanente, desde que retornem ao estabelecimento num prazo determinado. Porém, não se aplica a suspensão quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que há previsão de tributação inclusive do pagamento da diferença de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Em se tratando de operação não amparada por Convênio ICMS a base de cálculo é a prevista no art. 69, § único, I, “a” do RICMS/BA, o qual estabelece que para fins de pagamento da diferença de alíquotas é devido o pagamento:

- a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

Convém ressaltar que a CF 88 determina que cabe à lei complementar fixar a base de cálculo e estabelecer normas gerais definindo os fatos geradores e contribuintes (art. 155, § 2º, XII, “i” e art. 146, III, “a”), e o art. 12. Da LC 87/96 define que 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”.

Por sua vez, o art. 2º, IV da Lei nº 7.014/96 estabelece que incide o ICMS sobre a entrada de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes. Logo, é legal a exigência do ICMS da diferença de alíquota sobre a operação de transferência interestadual de bens feita pelo mesmo titular.

Ressalte-se também, que a Súmula 166 do STJ define que não constitui fato gerador do ICMS “o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. Esta situação é prevista no art. 624 do RICMS/BA que contempla suspensão do ICMS, mas uma vez efetivada a transferência em caráter definitivo, há incidência do imposto (Convênio ICMS 19/91).

Portanto, não tendo comprovado que se trata de transferência de bem do ativo permanente com mais de um ano de uso no próprio estabelecimento, há incidência do ICMS e correta a exigência fiscal. Infração procedente.

No tocante às infrações 3 e 4, verifico que apesar de uma tratar da exigência do ICMS da diferença de alíquota e a outra em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, ao verificar os documentos fiscais pertinentes constato haver correlação entre elas.

Verifico que na infração 3, o demonstrativo à fl. 27 relaciona diversas notas fiscais de entradas cujas cópias foram juntadas às fls. 28/34 e na infração 4, o demonstrativo à fl. 36, relaciona diversas notas fiscais de saídas cujas cópias estão acostadas às fls. 37/56.

Tomando como exemplo a nota fiscal 280999 (fl. 29) a mesma foi emitida em 13/01/06 pela Nextel situada em São Paulo (CNPJ 66.970.229/0027-04) indicando como natureza da operação a REM. MERC OU BEM DEMONSTR (CFOP 6.912) consignando 7 unidades de “Kit transceptor portátil LTR série Pro 7350 MPROL-KL” com valor unitário de R\$1,500,00 totalizando R\$10.500,00. Foi grafado no corpo da nota fiscal MATERIAL PERTENCENCE AO ATIVO IMOBILIZADO DEVENDO RETORNAR.

Já na infração 4, a nota fiscal 879 (fl. 44) emitida em 06/03/06 pelo estabelecimento autuado indica como natureza da operação a DEVOLUÇÃO REM. BEM LOC (CFOP 6.949) consignando 3 unidades de “Kit transceptor portátil GTX LTR” com valor unitário de R\$1,500,00; Também as notas fiscais

de nºs 880, 881, 883 de 07/03/06 e 15/03/06 (fls. 45, 46 e 48) consignam uma unidade da mesma mercadorias com o mesmo valor. O mesmo ocorre com outras mercadorias recebidas a exemplo de antenas (fl. 28); baterias (fl. 30) e devolvidas conforme cópias de notas fiscais às fls. 37, 38, 40, 43 e 47.

Pelo exposto, restou caracterizado que o demonstrativo da infração 3 relaciona remessa de bens do ativo imobilizado enviados com suspensão do ICMS, conforme previsto no art. 624 do RICMS/BA e a infração 4, trata da devolução dos bens de ativo recebidos dentro do prazo estabelecido que são contemplados com a suspensão do imposto. Só haveria incidência do ICMS caso a remessa ocorresse em caráter definitivo, o que não ocorreu.

Quanto às notas fiscais nºs 258.377 e 180.043 citadas na defesa contidas no arquivo magnético, não existe nenhuma nota fiscal com estes números nos demonstrativos. Logo, trata-se de um equívoco, motivo pelo qual não aprecio. Portanto, são improcedente as infrações 3 e 4.

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 n.º **269130.0004/10-1**, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$308,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR