

**A. I. N °** - 207668.0004/11-5  
**AUTUADO** - METROWEB TELECOMUNICAÇÕES LTDA.  
**AUTUANTES** - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 01.11.2011

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0274-02/11**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não coube acolhimento às arguições do impugnante, quanto a não aplicabilidade do dispositivo constitucional ao presente caso, bem como a existência de notas fiscais de transferências ou mesmo a não aplicabilidade da presente exigência nas operações interestaduais com ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma empresa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 13/06/2011, refere-se à exigência de R\$138.782,23, concernente ao descumprimento de obrigação principal, por deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao Ativo Imobilizado do próprio estabelecimento. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 78 a 81 dos autos, afirma que, conforme se afere na documentação que instrui o Auto de Infração ora impugnado, os produtos que estavam sendo transportados no momento da fiscalização constituem parte do seu Ativo Imobilizado sendo destinados à filial da mesma, fato este incontroverso.

Considera inviável a exigência da diferença de alíquotas, que só é aplicável quando se trata de consumo final – art. 155, § 2º, VII, da CF, que somente seria devido em caso de aquisição por consumidor final.

Afirma que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, nos termos do art. 543-C do CPC, no sentido de que na aquisição de equipamentos para insumo, integrando o ativo fixo do contribuinte, não incide o diferencial de alíquota interestadual do tributo.

Alinha que os bens constantes do Ativo Permanente, pertencem à empresa Impugnante, sendo o patrimônio da mesma um só, sendo assim, a simples movimentação de bens de um estabelecimento para outro não constitui fato gerador do ICMS, não havendo diferenças de valores a recolher e muito menos “a menor” de nenhuma espécie, o que torna prejudicada, inclusive a cobrança de multa.

Argumenta que, independente da natureza do bem, o mais importante é saber se realmente houve circulação jurídica ou econômica do bem, hipótese que jamais ocorre quando a remessa é feita de um para outro estabelecimento da mesma empresa.

Salienta que não é admissível ocorrer o fato gerador do ICMS no presente caso, pois é juridicamente impossível haver compra e venda envolvendo a mesma pessoa física ou jurídica, em se tratando de bens do ativo fixo.

Argui que o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento pacificado pela Súmula 166 do STJ que aduz: “não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Entende que a obrigação de recolher o ICMS só se configura com a mudança de titularidade do proprietário da mercadoria, o que, de fato, não ocorreu no presente caso, pois se trata da transferência de bens do seu ativo imobilizado permanente da Matriz para uma de suas filiais.

Insurge-se contra os dispositivos legais lançados no auto de infração ao afirmar que a exigência fiscal era indevida, visto que a mera circulação física de um bem não poderia deflagrar o fato imponible do ICMS.

Afirma que a legislação estadual, no presente caso, violou frontalmente a Constituição Federal, porquanto pretende ilegítimamente estabelecer uma nova ordem para cobrança do ICMS, impondo exigência fiscal sobre fato que não se caracterizava como circulação de mercadorias. Assim, a norma que não se harmoniza com o texto constitucional, é por si só desprovida de validade.

Aduz que, da mesma forma se posiciona de forma uníssona a jurisprudência da Colenda Corte do STJ, conforme se afere nos arestos abaixo colacionados:

*“AgRg no Ag 1208170 / RJ - AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2009/0182678-6 - Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142), Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 12/04/2011, Data da Publicação/Fonte: DJe 15/04/2011*

*Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE MATRIZ PARA FILIAL DA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. RESP 1.125.133/SP, JULGADO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC.*

*1. Não há que se falar em violação ao artigo 535 do CPC, se o Tribunal de origem examinou e decidiu as questões atinentes à lide, declinando os fundamentos em que apoiou as conclusões assumidas. 2. A jurisprudência pacífica deste Sodalício consolidada no julgamento o REsp 1.125.133/SP, julgado pela sistemática prevista no art. 543-C do CPC, é no sentido de que não incide ICMS na operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, por não constituir fato gerador do imposto, consoante disposto no enunciado da Súmula 166/STJ. 3. Agrado regimental não provido”.*

*“AgRg no AgRg no RMS 30616 / AC*

*AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0196434-4, Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 16/11/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 29/11/2010*

*Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMEAÇA CONCRETA. CABIMENTO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE MATRIZ PARA FILIAL DA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166/STJ. RECURSO REPETITIVO RESP 1.125.133/SP. 1. É cabível o mandado de segurança preventivo com a finalidade de se resguardar de autuações pelo não pagamento do ICMS sobre as operações de transferência de bens de ativo imobilizado entre estabelecimentos de mesma empresa. 2. Nos termos da Súmula 166/STJ, “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”. 3. No mesmo sentido, o recurso especial repetitivo 957.469/DF: “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 imponible é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.” (REsp 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 10.9.2010, julgado nos termos do art. 543-C, do CPC). Agrado regimental improvido”.*

Considera demonstrado que o simples deslocamento de bens do Ativo Imobilizado não equivale à circulação econômica, que é o fato gerador do ICMS, o que, diante dos argumentos relatados não encontra guarida no Auto de Infração objeto da presente Impugnação.

Pede a improcedência do auto de infração.

O autuante, às fl. 97 a 100 dos autos, afirma a empresa autuada inquestionável e comprovadamente promoveu entradas interestaduais de mercadorias/bens destinados ao seu

Ativo Fixo nos exercícios fiscalizados. Entradas estas, vindas tanto da matriz (transferências), quanto de outras empresas (compras) localizadas em outros estados da federação.

Argumenta que o RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, no artigo 5º (da Seção IV que trata da ocorrência do Fato Gerador para fins de pagamento da Diferença de Alíquotas) prevê, no seu inciso I, a ocorrência de fato gerador de ICMS no momento da entrada no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Argumenta que, estranhamente, a defesa da autuada está focada apenas nas entradas oriundas da matriz localizada noutro estado. Afirma que, após analisar essas transferências, remessas de bens da matriz para integrar o ativo da filial, de ter solicitado documentação relativa à compra dos mesmos (para que pudesse conferir a época da entrada e consequente tempo de uso do bem, antes da sua desincorporação) e tendo constatado o uso de mais de 01 ano, entendeu pela impossibilidade da cobrança da diferença de alíquota para esta situação específica, em função da isenção prevista no Art. 6º, inciso VIII do RICMS/BA: O ICMS não incide na seguinte situação: VIII - 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.

Tudo discutido com representantes da empresa e constante no relatório da fiscalização.

Assim, assegura o autuante, que, além da interpretação equivocada do autuado inciso VII do § 2º da Constituição Federal, que apenas estabelece as alíquotas a serem adotadas em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, não inviabilizando, impondo ou mesmo afastando cobrança alguma de imposto (de competência estadual) relativo à diferencial de alíquota, a defesa da autuada está respaldada única e exclusivamente na tentativa de descaracterizar a incidência do imposto relativo à diferença de alíquota nas transferências de bens do ativo fixo da matriz para esta filial.

Aduz que, sem entrar no mérito de toda a argumentação quanto a não circulação jurídica ou econômica do bem, a não mudança da titularidade, a violação da CF pela legislação estadual, etc., cobrou, respaldados por lei, a diferença de alíquota das compras de bens destinados ao ativo fixo promovidas pela filial localizada neste estado, oriundas de empresas diversas situadas em outros estados, conforme notas fiscais e demonstrativos anexados ao PAF (fls.06 a 67).

Para esta situação, afirma que não há que se questionar a inexistência de fato gerador de ICMS; a mudança de titularidade do bem (por tratar-se de pessoas jurídicas diversas); nem o tipo de negócio jurídico celebrado (compras interestaduais), e muito menos a existência da circularização (jurídica ou econômica) do bem (uma vez que as compras foram comprovadas mediante notas fiscais apresentadas e registradas); que a coisa, não é mercadoria (já que foi objeto de compra e venda).

Pede pela procedência do Auto de Infração.

#### **VOTO**

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O autuado não se conforma com a exigência tributária e apresenta impugnação do presente crédito tributário reclamado, mediante Auto de Infração, alegando, basicamente que não cabe exigir o ICMS em questão, posto que a diferença de alíquota somente seria devida em caso de aquisição por consumidor final, conforme o art. 155, §2º da CF, bem como as suas aquisições foram efetuadas mediante transferência de sua Matriz. Traz para amparar tal arguição a Súmula 166 do STJ, "*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*".

Verifico, quanto à primeira arguição, não caber acolhimento, pois esquece o autuado de mencionar que o adquirente de bens destinados ao ativo imobilizado é o consumidor final desses

bens, cabendo, contudo, novo tratamento tributário, caso o bem não permaneça nessa condição, cabendo, assim, acolher a previsão contida no art. 155, §2º incisos VII, “a” e VIII da CF.

A incidência do ICMS na entrada de bens destinados ao Ativo Imobilizado é prevista no art. 2º, inciso IV da Lei 7014/96, bem como no RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, no artigo 5º (da Seção IV que trata da ocorrência do Fato Gerador para fins de pagamento da Diferença de Alíquotas) prevê, em seu inciso I, a ocorrência de fato gerador de ICMS no momento da entrada no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do próprio estabelecimento.

Quanto à segunda arguição do autuado de que as entradas de bens do Ativo Imobilizado, alvo da exigência, são oriundas da Matriz localizada em outro Estado, também não prospera, pois, além de não conseguirmos localizar entre as notas fiscais relacionadas pelo autuante, concernentes a presente infração, qualquer transferência alegada, ou seja, qualquer nota fiscal originada da Matriz ou de outra Filial do autuado, cabe alinhar que, apesar da aludida Súmula 166 do STJ, tal decisão não vincula os atos administrativos desse Estado, bem como não afasta a aplicabilidade de nossa Legislação Tributária Estadual.

Assim, verifico que a aludida Legislação Tributária do Estado da Bahia, conforme dispositivos citados, exigem a diferença de alíquota nas aquisições interestaduais, ainda que originárias de outro estabelecimento da mesma empresa, de bens destinados ao ativo imobilizado, efetuadas por contribuintes do ICMS.

Cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207668.0004/11-5**, lavrado contra **METROWEB TELECOMUNICAÇÕES LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$138.782,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR