

A. I. Nº - 279468.0018/15-1
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 31/08/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-03/15

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA O ATIVO FIXO e MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/03/2015, refere-se à exigência de R\$507.331,01 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Como também nas seguintes situações: a) Entradas de bens para substituição em garantia, sem apresentar nota fiscal das peças defeituosas; b) Retorno de bens enviados para conserto, sem apresentar nota fiscal de Remessa; c) Entrada de bens em simples remessa, sem apresentar nota fiscal de venda a ordem; d) Entradas por transferência; e) Entradas de bens em doação; f) Entradas de material complementar; g) Outras entradas, conforme coluna “Natureza da operação” do Anexo 01, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.(Infração - **06.05.01**).

Consta que “Estas NF-e informadas no Sistema da SEFAZ NFe Nota Fiscal Eletrônica não foram escrituradas na Escrituração Fiscal Digital - EFE.”

O autuado apresenta defesa, fls. 19 a 28, depois de frisar sua tempestividade, aduz a argumentação a seguir sumariada.

Em breve explanação acerca de sua constituição societária observa inicialmente que se dedica, basicamente, à exploração de serviços de telecomunicação e atividades necessárias ou úteis à execução destes serviços, na conformidade das concessões, autorizações e permissões que lhe forem outorgadas

Destaca que no desempenho de suas atividades, a Impugnante prima por sua regularidade fiscal, até mesmo por ser algo imprescindível à manutenção de sua própria subsistência, dada a sua qualidade de concessionária de serviço público.

Depois de revelar que fora intimado da lavratura do Auto de Infração que exige ICMS por ter deixado de recolher o Imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ ou consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$507.331,01, afirma que efetuará o pagamento da parte considerada incontroversa e pugna pela anulação da outra parte remanescente da autuação.

Observa que o diferencial de alíquotas no ICMS encontra-se previsto e disciplinado no, art. 155, inciso II, §2º, incisos VII e VIII, da CF/88.

Reproduz os incisos IV e V do §1º do art. 1º do RICMS/MT (Dec. nº 1.944/1989) para assinalar que da diferença positiva entre a alíquota interna e a praticada no outro estado configura o diferencial de

alíquota. Afirma que a obrigação do contribuinte consiste, afinal, em pagar o imposto correspondente à diferença de cargas tributárias entre a operação interna e a interestadual. Assevera que na redação legal apresentada, verifica-se que, para a aplicação da alíquota interestadual, o destinatário deve ser contribuinte do imposto, e neste caso, recolherá o diferencial de alíquotas, mas apenas quando adquirir bem para uso, consumo ou ativo fixo.

Informa que nesse contexto, nas operações em que efetivamente adquiriu de outros Estados bens para uso e consumo ou destinados ao seu ativo fixo, deixou de recolher o ICMS diferencial de alíquota devido. Destaca que se trata das operações autuadas que discrimina às fls. 22 e 23, cujo pagamento será realizado. Esclarece, que do valor principal de R\$507.331,01, exigido no Auto de Infração, apenas R\$310.631,98 se refere ao ICMS diferencial de alíquota devido, e conforme demonstra na referida planilha, montante que será devidamente recolhido.

Assinala que da análise dos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, Anexo I, constata-se que grande parte das operações, nas quais se baseou a autoridade fiscal para o lançamento, trata do recebimento de mercadorias oriundas de seus estabelecimentos situados em outros Estados.

Revela que o autuante insiste em exigir o crédito fiscal originário de transferência de bens entre estabelecimentos de Estados diversos da Federação do mesmo contribuinte, com aplicação da regra do art. 155, §2º, inciso VII, letra “a”, da CF/88.

Sustenta que, das notas fiscais objeto do Auto de Infração e ora acostadas às fls. 59 a 223 - doc. nº 03, se pode inferir que as operações que geraram a presente autuação referem-se a remessa de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, tendo em vista que a remetente e a destinatária são estabelecimento de uma mesma empresa. Assinala que essa hipótese, por não possuir qualquer caráter mercantil e não gerar qualquer circulação jurídica (transferência de titularidade) propriamente dita, não se submete à tributação ora discutida, conforme entendimento adotado nos termos da jurisprudência pátria, consolidada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ como pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, consoante arestos que transcreve.

Assevera que a questão se mostra tão pacífica em favor dos contribuintes que terminou sumulada pelo Colendo STJ, nos termos da Súmula nº 166, cujo trecho transcreve.

Registra que o STF vem mantendo tal posicionamento sobre o tema, citando o AgRg no AREsp 69931/RS.

Quanto à eventual argumentação de que a Súmula 166 do STF seria anterior à edição da LC nº 87/96, que instituiu seu art. 12 a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte como fato gerador do ICMS, revela que esta tese não deve prosperar, conforme já esclarecido pelo STJ, citando o Agravo Regimental no RE nº 809.752/RJ.

Arremata frisando que, tendo em vista a orientação já pacificada pelo STJ no enunciado 166 da sua Súmula, não incide o ICMS nos casos de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

O impugnante ingressa com petição, fls. 225 e 226, informando que recolheu o montante reconhecido, conforme DAE que anexa às fls. 228 e 229.

As autuantes prestam informação fiscal, fls. 232 a 235, depois de reproduzir as razões de defesa do impugnante, mantêm a autuação articulando os seguintes argumentos.

Inicialmente esclarece que Auto de Infração em lide foi lavrado com base na legislação vigente sob a acusação da falta de recolhimento mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, como também nas seguintes situações: a) Entradas de bens para substituição em garantia, sem apresentar nota fiscal das peças defeituosas; b) Retorno de bens enviados para conserto, sem apresentar nota fiscal de Remessa;

c) Entrada de bens em simples remessa, sem apresentar nota fiscal de venda a ordem; d) Entradas por transferência; e) Entradas de bens em doação; f) Entradas de material complementar; e g) Outras entradas, conforme coluna “Natureza da operação” do Anexo 01.

Apresentam o art. 4º e 13 da Lei nº 7.014/96 como dispositivos legais que amparam a autuação.

Frisam que também devem ser observados os artigos 230 e 268 do RICMS-BA/12, cujo teor transcreve.

Reproduzem o art. 272 do RICMS-BA/12 para explicitar as hipóteses de dispensa do pagamento do DIFAL, previstas na legislação tributária baiana.

Transcrevem a Cláusula Primeira do Convênio 19/91 que também trata da obrigação do pagamento do diferencial de alíquota.

Salientam que estabelecimentos de um mesmo contribuinte são autônomos, no tocante ao cumprimento das obrigações principal e acessória do ICMS, para impedir a integração vertical das empresas e as tentativas de condensação do ciclo econômico, que resultem na criação de cartéis, reduzem a circulação de riquezas e representem perda de arrecadação fiscal, prejudicando os Estados envolvidos.

Esclarecem que, caso prevaleça pleito do autuado devem ser estornados os créditos utilizados no CIAP relativo às transferências de bens do ativo - ICMS normal e DIFAL.

Registra que as ementas transcritas pelo impugnante apenas a do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reporta-se a Transferências de bens do ativo entre estabelecimentos do mesmo titular, cujos textos transcreverem.

Destacam que a Súmula e as demais Ementas citadas pelo defendente reportam-se a mercadorias, cujas operações não devem ser confundidas com a transferência de bens e como tal não pode amparar o pleito do Contribuinte.

Diante de exposto, firmam entender que o Auto de Infração é totalmente Procedente, cabendo ao autuado o pagamento da diferença não reconhecida, salvo melhor juízo de valor.

Concluem pugnano pela procedência do Auto de Infração.

Constam às fls. 237 e 238, extratos do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento autuado nos meses de janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativo em arquivo magnético constante do CDR, fl. 09, devidamente entregue ao autuado, fls. 07 e 08.

O sujeito passivo, em sede de defesa, reconheceu como devida a exigência do pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais somente em relação às aquisições de mercadorias interestaduais destinadas ao ativo fixo e/ou consumo realizadas no período fiscalizado arroladas no levantamento fiscal. Apresentou planilhas, fls. 22 e 23, discriminando essas operações que totalizam o valor de R\$310.361,98. Informa, inclusive, que procedera ao recolhimento do montante reconhecido, acostando aos autos cópia do DAE pago, fls. 228 e 229.

Sustentou sua convicção de que os valores por ele não reconhecidos e remanescentes da autuação, por se tratarem de transferências de mercadorias entre estabelecimento do mesmo titular não há incidência de ICMS.

Aduziu ainda que as demais operações de transferências interestaduais incluídas no levantamento fiscal, por não se constituírem de caráter mercantil e não gerarem qualquer circulação jurídica,

ou seja, transferência de titularidade, não se submetem a tributação pretendida pela acusação fiscal. Assegurou ser essa a jurisprudência prevalente nos Tribunais Superiores, trazendo a colação diversos arestos, com o fito de corroborar sua tese.

Como se depreende do exposto, nos presentes autos, a lide a ser decidida gravita em torno do alcance da incidência, ou não, do ICMS nas transferências interestaduais de bens e mercadorias entre estabelecimento do mesmo titular.

Inicialmente, deve ser observado que no caso de caso de transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, §3º, inciso II da Lei Complementar 87/96, *in verbis*:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

[...]

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

[...]

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”

Por outro lado, é indubitoso que ao receber as mercadorias ou bens decorrente das operações de transferências interestaduais ocorre a entradas dessas mercadorias ou bens no estabelecimento autuado, o que se configura a ocorrência do fato gerador do imposto, ao teor do inciso XV do art. 4º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido 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 subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.

Já o §1º do citado dispositivo legal prevê que:

“§ 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;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;”

Logo, não deve prosperar o argumento da defesa ao aduzir que nas transferências não ocorre circulação jurídica.

No caso presente, para a exigência do diferencial de alíquota, salvo às exceções expressas no art. 272 do RICMS-BA/12, como bem enunciaram as autuantes à fl. 234, é irrelevante o fato de a saída do bem ou do material de uso e consumo, com destino a outro estabelecimento, se tratar de operação de transferência da propriedade (sem circulação econômica ou jurídica), como alega o defendente. Eis que, se configura sim, nestas hipóteses, o fato gerador do ICMS.

Em suma, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, concomitantemente, com a expressa previsão legal na legislação baiana, resta caracterizada integralmente a ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações arroladas no levantamento fiscal que resultou na exigência fiscal, ora em lide.

Ademais, a exemplo dos Acórdãos de Nºs 001-11/14, 263-12/14 e 375-11/14, prolatados pelas 1ª e 2ª Câmaras de Julgamento Fiscal, já se afigura pacificado neste CONSEF o entendimento de que é legalmente devida, nas transferências interestaduais, a exigência do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Logo, concluo pela subsistência da autuação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no valor total de R\$507.331,01, conforme demonstrativo elaborado pelas autuantes, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279468.0018/15-1**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$507.331,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR