

A. I. Nº - 279468.0011/15-7
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24.10.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-02/16

EMENTA: ICMS. 1. 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, inclusive por transferência, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1%. Indeferido o pedido de perícia e não apreciado o pedido de inconstitucionalidade por faltar competência a o órgão julgador nesta instância de julgamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 10/12/2015 objetivando reclamar crédito tributário (ICMS e MULTA), no montante de R\$721.357,18, tendo em vista as seguintes infrações:

01 – 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$591.030,18, 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, conforme CD à fl.11. Em complemento consta: *Como também ocorreu nas seguintes situações: a) Entradas de bens em simples remessa, sem apresentar nota fiscal de venda à ordem; b) Entradas, por transferências, de bens do ativo ou para consumo; c) Entradas de bens em doação; d) Entradas de bem para demonstração, sem apresentar nota fiscal de devolução; e) Outras entradas, conforme coluna “Informação para o Fisco”, do anexo 01. Estas NFe informadas no sistema das SEFAZ NFe_Nota Fiscal Eletrônica não foram escrituradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD). Infração demonstrada no Anexo 01.*

02 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, sendo exigida multa no valor de R\$130.327,00. Em complemento consta: *Esta infração foi detectada no confronto entre as NF-e, destinadas ou emitidas pela Telemar e informadas no sistema da SEFAZ NF-E NOTA FISCAL ELETRÔNICA e na Escrituração Fiscal Digital (EFD). Infração demonstrada no Anexo 01.*

O sujeito passivo, representado por seus advogados constituídos nos autos, em sua manifestação às fls.23 a 32, após destacar a tempestividade de sua defesa, descrever as imputações e o enquadramento legal, impugnou as imputações pelas seguintes razões de fato e de direito, arguindo que:

a) na esteira do entendimento consolidado pelo STJ, não há que se falar em recolhimento de ICMS-DIFAL em operações de mera transferência de bens entre os estabelecimentos filiais da própria Telemar Norte Leste S/A (Súmula 166 do STJ);

- b) não há que se falar em cobrança de ICMS quando a aquisição se dá a título de mera bonificação; e
- c) no caso de bens destinados ao ativo fixo ou uso e consumo, a empresa não é consumidora final, pois tais bens são aplicados diretamente na prestação do serviço, não atraindo a incidência do diferencial de alíquota.

Analisando o direito, formulou sua defesa nos seguintes itens:

- a) Da ilegitimidade da exigência do ICMS sobre a transferência de bens entre estabelecimento do mesmo titular, inocorrência do fato gerador tributário do imposto estadual.

Alega que grande parte do ICMS_Difal cobrado, decorre da transferência de bens entre estabelecimento da própria empresa conforme doc. 04, fl. 63, referente às Notas Fiscais 14445 e 698125 que foram escaneadas à fl.25.

Cita o art. 1º da LC 87/96 e art. 155, inciso II da CF/88, em que o fato gerador do ICMS é a ocorrência de operação de circulação de mercadoria, que, com base em tese doutrinária, não há circulação sem transferência de propriedade das mercadorias.

Utilizando conceitos de contrato de compra e venda, do Direito Civil, Comercial e Tributário, afirma que só com a tradição, modo comum de alterar o domínio das coisas móveis, há circulação jurídica da mercadoria, com ocorrência do fato gerador do ICMS.

Salienta que no caso da transferência entre estabelecimentos de mesmo titular, não há negócio jurídico mercantil, há mero deslocamento físico da mercadoria numa mesma pessoa jurídica e que este é o posicionamento do STF, copiando Ementa onde consta que o mero deslocamento físico do bem para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não ocorre circulação jurídica, não havendo incidência do tributo estadual.....”(STF, AI 618.947-AgR, RELATOR MIN. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010)”

Que desta forma entende o STJ - (Súmula 166/STJ): “Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, conforme transcrição da Ementa (JRF-RJ) - E-04/895.729/1999 – 10/01/2007, Recurso Especial repetitivo 1.111.156/SP. SÚMULA 83/STJ. (...), solicitando ao CONSEF para extirpar a cobrança do diferencial de alíquota.

- b) Da impossibilidade de cobrança do ICMS pela entrada de bens em “doação”.

Alega que neste caso há impossibilidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS porque a bonificação é uma forma de desconto dado por entrega de maior quantidade do produto vendido, no lugar de concessão de redução de valor, transcreve SÚMULA 7/STJ, RESP REPETITIVO 1.111.156/SP. SÚMULA 83/STJ. (...) e AgRg no AREsp 661.673/RS, para fundamentar seu entendimento.

- c) Da ausência de fato gerador a ensejar o recolhimento do ICMS-DIFAL nos casos de bens destinados ao ativo fixo e bens de uso ou consumo.

Argui que não sendo seu estabelecimento “consumidor final”, não é devido o pagamento do ICMS-DIFAL. Diz que se tratando de cartões indutivos ou são mercadorias destinadas à comercialização ou insumos, ou ainda como bens intermediários, consumidos gradualmente na prestação de serviços, como os bens do ativo permanente, transcrevendo os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Carta Magna.

Prossegue argumentando que se a empresa, contribuinte do ICMS, adquire mercadorias para revenda, não há de se falar em diferencial de alíquota, por não ser consumidor final.

Argumenta que para haver a cobrança do diferencial de alíquota é necessário que o adquirente seja contribuinte do ICMS e faça aquisição na condição de consumidor final.

Cita e transcreve lição de ANDRÉ DE ELALI SOUZA DANTAS, reproduzida na obra de LEANDRO PAULSEN, transcrevendo trecho que consideram indevido o pagamento do diferencial de alíquota das mercadorias destinadas ao ativo ou como insumos.

Transcreve Ementas (TJ/PR, Apelação Civil 111.786-4, 4ª CC, Relator Octávio Valeixo, dj de 25/03/02); CAT-GO, 2ª Câmara Processo 5069346334874; Recurso Voluntário 01818/03, Acórdão 03156/03.

Acrescenta que a distinção entre bens do ativo imobilizado e bens de uso ou consumo é feita pela própria LC 87/96 e como a Constituição refere-se a consumo final, não inclui na materialidade do DIFAL bens que integram o ativo imobilizado.

d) Prova pericial

Para comprovar o alegado, suscita a realização de perícia fiscal, dada a especialidade da matéria em questão (arts. 123, § 3º c/c 145 do RICMS/BA), para o qual o conhecimento técnico, afigura-se imprescindível, apresentando os quesitos:

- *Das notas fiscais autuadas, quais são decorrentes da mera transferência de bens entre estabelecimentos da Impugnante?*
- *As notas fiscais classificadas pelo Fisco como “entradas de bens em doação” são, em verdade, mercadorias dadas em bonificação?*
- *Dentre os bens descritos nas notas fiscais autuadas, há mercadorias que se aplicam diretamente na atividade-fim da Impugnante?*

Requer a procedência da presente impugnação para cancelar o auto de infração e extinguir o crédito tributário nele consubstanciado e se for necessário, que provará o alegado por todos os meios de provas admitidos e por prova pericial que desde já requer.

Por fim, solicita o cadastramento do advogado EDUARDO FRAGA, OAB/BA Nº 10.658, para fins de recebimento das intimações no presente feito e anexo às fl. 63 notas fiscais gravadas no CD.

Na informação fiscal às fls. 66 a 70, as autuantes, preliminarmente, destacam que no exame da defesa apresentada pelo Contribuinte constataram que a mesma não tem como prosperar, porque todo o procedimento fiscal foi embasado na Legislação estadual.

Argumentam que a autuação relativa a bens de uso ou consumo e ativo imobilizado está respaldada no artigo 2º, inciso IV, 4º, inciso XV e 13, inciso i, alínea “j”, 305, § 4º, incisos I, II e III, da Lei nº 7.014/96.

Destacam que a exigência fiscal diz respeito ao imposto sobre o diferencial de alíquota relativa às entradas de bens destinados a uso ou consumo e ativos imobilizados, sendo a forma como estes bens entraram no estabelecimento irrelevante para caracterizar a incidência do ICMS_DIFAL, como (transferência, doação, simples remessa sem apresentar a nota fiscal de venda à ordem, entradas para demonstração, sem comprovar o retorno e outras formas de entradas), que permaneceram no estabelecimento, já que nos casos que deveriam ter retornado, a empresa não apresentou a prova.

Informam que consta na Receita Federal que a empresa tem como atividade a prestação de serviços de Serviços de telefonia fixa comutada - STFC ou Outras atividades de prestação de serviços de informação não especificadas anteriormente. Além do que a fiscalização constatou na verificação das operações de saídas, que eventualmente realiza vendas, apenas, de sucatas, descaracterizando o argumento da autuada de que adquire mercadorias para revenda.

Esclarecem que em relação aos cartões indutivos não foi cobrada o ICMS-Difal, conforme pode ser observado nas NFe gravadas no CD fls. 63 (pelo contribuinte). Dizem que na verificação das operações de entradas, a fiscalização detectou que as aquisições destes cartões foram feitas em 2014, através do fornecedor Interprint Ltda, CNPJ 42.123.091/0045-13, o qual não consta no Anexo 01 que faz parte do auto de infração em lide.

Quanto a perícia requerida, transcreveram os quesitos e apresentaram as respectivas respostas, a saber:

- > *Das notas fiscais autuadas, quais são decorrentes da mera transferência de bens entre estabelecimentos da Impugnante?*

Resposta: basta verificar as NFE gravadas pelo contribuinte no CD, fls 63, que trata-se de transferência interestaduais de bens destinados a bens de uso ou consumo ou ativo permanente, com incidência do ICMS.

> As notas fiscais classificadas pelo Fisco como “entradas de bens em doação” são, em verdade, mercadorias dadas em bonificação?

Resposta: independente se a entrada dos bens doados foram destinados ao uso, consumo ou ativo permanente está sujeita a incidência do difal, conforme legislação em vigor, acima transcrita.

> Dentre os bens descritos nas notas fiscais autuadas, há mercadorias que se aplicam diretamente na atividade-fim da Impugnante?

Resposta: as entradas destes bens que oras são utilizados para uso e consumo oras como ativo imobilizado, estão, como já dito, sujeitos a incidência do difal.

Além disso, informaram que se encontra anexado ao PAF, CD à fl. 70, contendo os Relatórios do Difal 2014, elaborado pela empresa, onde se pode verificar que a empresa, atendendo à legislação, recolhe o ICMS relativo ao DIFAL nas entradas de bens em transferências, demonstrando assim que só não recolheu o Difal, porque estas entradas não foram escrituradas.

Concluem pedindo a procedência total do Auto de Infração, e informando que a empresa não se manifestou em relação à penalidade aplicada na **infração 02- 16.01.02**.

Quanto às decisões citadas e dispositivo Constitucional, aduzem não cabe entrar no mérito, porque foge à suas competências, pois estão obrigadas a observar a Legislação Estadual e Complementar que disciplinam sobre o ICMS.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.72 e 73, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 66 a 70, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls.75 a 79, arguindo que as Auditoras reiteraram os termos do auto de infração impugnado, porém, que a autuação não tem condições de prosperar.

Ressalta que as respostas das Auditoras aos questionamentos feitos pela Impugnante se esquivam da abordagem do que realmente foi inquirido, pois se limitaram a ratificar os dispositivos legais que embasaram o auto de infração, evitando adentrar no mérito da defesa trazida pela Empresa, remetendo tal tarefa à competência deste c. CONSEF.

Aduz que, questionadas sobre quais notas fiscais são decorrentes de meras transferências de bens entre estabelecimentos da mesma Empresa, as Auditoras se limitaram a replicar da seguinte forma: “*trata-se de transferências interestaduais de bens destinados a uso ou consumo ou ativo permanente, com incidência do ICMS*”.

Frisa que, apesar de ser inconclusiva a resposta obtida, a indagação da Impugnante é extremamente relevante para o caso em tela, isto porque *grande parte do ICMS-Difal cobrado na presente autuação é decorrente da mera transferência de bens entre estabelecimentos da própria Telemar Norte Leste S/A*, conforme pode ser verificado na simples análise das notas fiscais autuadas nº 14445 e 698125 (doc. nº 04, fl.63).

No mais, reafirmou integralmente os demais termos de sua defesa originária, reiterando seu pedido de integral procedência de sua impugnação.

Uma das autuantes presta informação fiscal nos seguintes termos.

Quanto a infração 01, diz que as NFe informadas no Sistema da SEFAZ NFe (Nota Fiscal Eletrônica) não foram escrituradas na Escrita Fiscal Digital (EFD).

Com relação a infração 02, esclarece que esta foi detectada no confronto entre as NFe, destinadas ou emitidas pela Telemar e informadas Sistema da SEFAZ NFe (Nota Fiscal Eletrônica) e na Escrita Fiscal Digital (EFD).

Observa que o autuado apenas repete sumariamente os argumentos prestados na defesa às fls.24 a 27, em relação à alínea “b” da infração 01, que versa sobre a tributação do ICMS-Difal cobrado nas transferências de bens entre estabelecimentos da Telemar, os quais já foram refutados na informação de fls.68 a 71.

Complementa que no Estado da Bahia as transferências internas e as interestaduais de bens do Ativo Imobilizado e de uso e consumo recebem tratamento diferenciado para efeito de tributação do ICMS, ou seja:

- a) As transferências internas entre estabelecimentos de uma mesma empresa são beneficiadas pela isenção, conforme alínea “a” do inciso XXII do art.265, do Decreto nº 13.780/12.
- b) As transferências interestaduais são tributadas de acordo com os dispositivos já citados na informação fiscal, além de ser regulada pelo inciso II da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 19/91, tendo como base de cálculo o valor da última entrada do bem imobilizado ou do material de consumo (alínea a do inciso I da citada cláusula).

Quanto ao argumento defensivo de que em relação aos relatórios do DIFAL 2014, gravados no CD-ROM à fl.[70], juntados pela fiscalização, de que o fato da empresa ter recolhido indevidamente o DIFAL sobre as transferências não torna devida a exigência fiscal, pois contraria o entendimento reiterado e sumulado no STJ.

Registra que durante a fiscalização observou nos exercícios anteriores que em observância ao Princípio da Autonomia dos Estabelecimentos, o contribuinte autuado tem por hábito pagar o diferencial de alíquota sobre as transferências interestaduais (CFOP 2552) e ao mesmo tempo utiliza estes valores como crédito no CIAP, conforme Tabela à fl.84.

Aduz que pelo fato de não ter escriturado as notas fiscais relacionadas no Anexo 01 do AI em lide, no livro fiscal, inclusive as relativas as operações de transferências dos ativos e material de uso e consumo, implicou na falta de pagamento do DIFAL objeto da autuação.

Transcreveu os artigos 11, § 3º, II, 25 e 12, da LC 87/96, que tratam da autonomia dos estabelecimentos.

Conclui mantendo o procedimento fiscal.

VOTO

Inicialmente, cabe consignar que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. O autuado não apresentou qualquer proposição de nulidade do presente auto de infração.

Constato que, quando da apresentação da peça impugnatória, o sujeito passivo fez dela constar o pedido de realização de prova pericial, formulando os quesitos à fl.31. No entanto, a realização da mesma, seja pelas indagações contidas nos quesitos apresentados, seja pelo que dos autos já se tem, desnecessária se faz a realização da prova pericial para o julgamento do presente feito. As questões suscitadas na defesa restaram esclarecidas na informação fiscal, e são suficientes para uma decisão sobre a lide, ou seja, que *as NFE* gravadas pelo contribuinte no CD, fls. 63, que se tratam de transferências interestaduais de bens destinados a uso ou consumo ou ativo permanente, com incidência do ICMS, e quanto às entradas de bens por doação ou outro título, ante a falta de comprovação, estão sujeitas a incidência do Difal, conforme será apreciado por ocasião do mérito

Portanto, os autos contêm todos os elementos para a decisão sobre a lide, ou seja, os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despiciendo o objeto da perícia requerida, motivo pelo qual, com fulcro no art. 147, inciso I, do RICMS/97, fica indeferido o pedido do autuado.

Em relação às alegações de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, inciso I, do RPAF/BA. Portanto, não é esta Junta de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível ilegalidade de norma tributária estadual, como argüido pelo autuado, cuja jurisprudência e doutrina citadas na defesa não se aplicam aos fatos objeto do presente processo administrativo fiscal.

Sobre a juntada posterior de documentos requerida na peça defensiva, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que conforme artigo 123, § 5º, do RPAF/99, *in verbis*: § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: **I** - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; **II** - se refira a fato ou a direito superveniente; **III** - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

No que concerne a solicitação do sujeito passivo no sentido de que seja cadastrado EDUARDO FRAGA, OAB/BA nº 10.658, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das intimações nos presente feito, inexistente óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, a infração 01 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 a consumo do estabelecimento autuado nos meses de janeiro a dezembro de 2014, conforme demonstrativo em arquivo magnético constante do CDR, fl. 11, devidamente entregue ao autuado consoante Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl. 10.

O sujeito passivo, impugnou a autuação com base no argumento de que não é devida a exigência do pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, arguindo que:

1. na esteira do entendimento consolidado pelo STJ, não há que se falar em recolhimento de ICMS-DIFAL em operações de mera transferência de bens entre os estabelecimentos filiais da própria Telemar Norte Leste S/A (Súmula 166 do STJ);
2. não há que se falar em cobrança de ICMS quando a aquisição se dá a título de mera bonificação; e
3. no caso de bens destinados ao ativo fixo ou uso e consumo, a empresa não é consumidora final, pois tais bens são aplicados diretamente na prestação do serviço, não atraindo a incidência do diferencial de alíquota.

Quanto a primeira razão defensiva, foi aduzido que as 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, neste item, a lide a ser decidida diz respeito sobre a 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 decorrentes das operações de transferências interestaduais ocorre a entrada 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, 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.

Com relação a segunda razão defensiva, sustenta o defendente não há que se falar em cobrança de ICMS quando a aquisição se dá a título de mera bonificação.

De acordo com os artigo 2º, inciso IV, 4º, inciso XV e 13, inciso i, alínea “j”, 305, § 4º, incisos I, II e III, da Lei nº 7.014/96), a forma como os bens entraram no estabelecimento é irrelevante para descaracterizar a incidência do ICMS_DIFAL, seja como transferência, doação, simples remessa. No caso das entradas a título de “simples remessa”, o autuado não apresentou a nota fiscal de venda à ordem, e no caso das entradas para demonstração, não foi comprovado o retorno das mesmas.

Cabe consignar que conforme aduziram as autuante, as transferências internas entre estabelecimentos de uma mesma empresa são beneficiadas pela isenção, conforme alínea “a” do inciso XXII do art.265, do Decreto nº 13.780/12.

Contudo, no caso de que trata os autos, por se tratar de DIFAL sobre entradas por transferências interestaduais, são tributadas de acordo com o inciso II da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 19/91.

Sobre a alegação de que no caso de bens destinados ao ativo fixo ou uso e consumo, a empresa não é consumidora final, pois tais bens são aplicados diretamente na prestação do serviço, não atraindo a incidência do diferencial de alíquota, o sujeito passivo não apresentou qualquer demonstrativo relacionando as notas fiscais que se encontram nesta situação.

Com base no acima alinhado, restou caracterizada a infração impondo a subsistência da mesma.

Em relação à infração 02, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, sob acusação de que o autuado deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Consta na descrição dos fatos que esta infração foi detectada no confronto entre as NF-e, destinadas ou emitidas pela Telemar e informadas no sistema da SEFAZ NF-E NOTA FISCAL ELETRÔNICA e na Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Na impugnação o sujeito passivo não fez qualquer referência a este item da autuação. Diante desse silêncio, aplico, ao caso em análise o disposto no art. 140 do RPAF/99, o qual prevê que *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*. Assim, tendo em vista que o autuado não contestou a acusação que lhe foi imputada, a infração subsiste em sua totalidade conforme encontra-se demonstrada nos autos.

Face ao 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 **279468.0011/15-7**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$591.030,18**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, incisos VII "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$130.327,00**, prevista no inciso XI, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR