

A. I. N° - 279268.0053/16-3
AUTUADO - AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA.
AUTUANTE - RAFAEL LIMA SERRANO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0007-03/17

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE 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. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Constitui infração à lei tributária o não recolhimento do ICMS escriturado no livro fiscal próprio. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O IMPOSTO RECOLHIDO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não impugnada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2016, refere-se à exigência de R\$68.832,77 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2011; janeiro a abril, junho, julho, outubro e novembro de 2012; janeiro a março, junho, julho, setembro e outubro de 2013; janeiro a junho, agosto a dezembro de 2014; fevereiro, março, maio a julho e novembro de 2015. Valor do débito: R\$66.146,89. Multa de 60%.

Infração 02 – 02.01.01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de maio de 2013. Valor do débito: R\$1.683,54. Multa de 60%.

Infração 03 – 03.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses fevereiro, março e novembro de 2015. Valor do débito: R\$1.002,34. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 170 a 184. Comenta sobre a tempestividade da defesa e pede a nulidade da autuação. Diz que no presente caso a discussão gira em torno da validade da autuação para cobrança de diferença de alíquota de ICMS de mercadorias transferidas pela matriz e filiais do defendant e encaminhadas para a filial em Camaçari – Bahia.

Afirma que essa questão já foi muito discutida na doutrina bem como na jurisprudência, chegando-se ao entendimento de que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, já que para a ocorrência do fato gerador deste tributo é essencial a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.

Reproduz o art. 155, II da Constituição Federal e diz que a hipótese de incidência do ICMS decorre da iniciativa do contribuinte que implique movimentação física e econômica de mercadorias com transferência de titularidade. Diz que se deve considerar a possibilidade de não movimentação física de mercadoria, permanecendo esta no mesmo lugar, mas ocorrendo a transferência econômica e de titularidade, é o caso, por exemplo, de venda para entrega futura.

Afirma que, para que ocorra incidência do ICMS é necessário que haja uma operação relativa à circulação de mercadorias não houve operação, mas sim mera transferência, restando impossível à incidência do imposto.

Entende que no presente caso, está sendo cobrado ICMS decorrente da transferência entre filiais de material de uso e consumo, livre de ser considerado com o fim de mercancia, uma vez que, se trata de operação comum para o perfeito andamento de suas atividades entendendo o Fisco Estadual que há circulação de mercadoria nos termos da hipótese de incidência do ICMS.

Ressalta que cumpre todos os deveres instrumentais, emitindo a Nota Fiscal para acompanhar o trânsito da mercadoria, entretanto, não está obrigado ao recolhimento do tributo, em face da operação praticada. Afirma que nestes casos, não há critérios suficientes para compor a regra matriz de incidência tributária do ativo imobilizado entre estabelecimentos da mesma titularidade econômica ou jurídica das mercadorias.

Sobre o tema reproduz ensinamentos de Roque Carrazza e a jurisprudência do STF e STJ. Diz que mesmo antes do julgamento pelo STJ aquela Corte Especial já havia sedimentado seu entendimento através da Súmula 166, reconhecendo a não incidência do ICMS no simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte. Diante da impossibilidade de exigência do ICMS, por não ter o impugnante praticado fato gerador que enseja a cobrança do referido tributo, o presente Auto de Infração deve ser julgado improcedente, com a consequente extinção do débito.

Também alega que se deve analisar, ainda, a pertinência do tributo sobre as operações de locação, sublocação do impugnante, que fazem parte de sua atividade mercantil. Comenta que o ICMS tem como fato gerador a circulação de mercadorias e a prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação, ressaltando que a circulação aqui deve ser jurídica, ou seja, de natureza mercantil, com a transferência de propriedade, conforme já combatido.

Afirma que a atividade de locação não se pressupõe a circulação jurídica da mercadoria, elemento *sine qua non* do ICMS. Diz que falta fundamento legal ao alargar a hipótese de incidência do ICMS abarcando fatos geradores de outro tributo. Cita o art. 5º da Constituição Federal. Entende que se trata de vício de ilegalidade e constitucionalidade, sendo nulo de pleno direito. Corrobora tal entendimento os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira da Melo.

Quanto à infração 02, alega que a escrita fiscal do mês de maio de 2013 foi enviada de forma incorreta. Considerando que o sistema não permite a retificação do documento, deve ser autorizado por esta SEFAZ.

Requer por meio desta autuação, a autorização para que o defendant possa efetuar a retificação da declaração, com as informações corretas para que não haja débitos.

Apresenta o entendimento de que restou demonstrado, de acordo com a documentação acostada aos autos, quanto à operação de simples deslocamento das mercadorias pelas filiais da empresa, e que, negar validade a estas evidências e provas, seria negar a realidade dos fatos, em afronta ao princípio da verdade material.

Diz que é obrigação da administração pública sempre buscar a aplicação da legislação, conforme a constituição e de acordo com a realidade fática, motivo pelo qual, eventual lançamento deverá lastrear-se nas regras aplicáveis às empresas.

Comenta sobre a idoneidade da documentação fiscal e diz que no caso em questão, não restou comprovado pelos autuantes qualquer demonstração contaria à idoneidade das Notas Fiscais apresentadas, inclusive no que tange à desconsideração das operações de transferência de bens para estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Afirma que os documentos, bem como a operação efetuada, gozam de presunção de veracidade, pelo princípio da presunção de inocência, cabendo à Fiscalização a apresentação de prova acerca de sua inidoneidade, o que não correu.

Requer a improcedência do presente Auto de Infração, nos termos das fundamentações apresentadas, afastando a necessidade de recolhimento da diferença de alíquota.

O autuante presta informação fiscal às fls. 294 a 297 dos autos. Após reproduzir os itens da autuação e fazer uma síntese das alegações defensivas, esclarece que o Convênio ICMS 19/91 é bastante claro ao dispor, em sua cláusula 1ª, II, que é devido o imposto relativo à diferença de alíquota decorrente das transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens do ativo imobilizado ou de material de uso e consumo, e que nas entradas no estabelecimento destinatário, este pagará a diferença de alíquota, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação.

Diz que a legislação tributária do Estado da Bahia, acompanhando as regras ditadas no referido Convênio, estabeleceu nos arts. 2º, inciso IV, inciso XV e 17, inciso XI e § 6º da Lei 7.014/96, reproduzindo o mencionado dispositivo legal.

Informa que no presente caso, o recolhimento da diferença de alíquota é totalmente devido, eis que cada estabelecimento comercial é considerado um contribuinte autônomo, para fins de exigência do ICMS, conforme estabelece no § 3º, inciso II, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96. Dessa forma, a transferência de bens de consumo entre estabelecimentos da mesma empresa figura como circulação de mercadoria, não havendo que se falar em ausência do fato gerador do imposto, estando, deste modo, a exigência do pagamento da diferença de alíquota, conforme previsto no art. 155, § 2º, inciso VIII, da Constituição Federal.

Contesta o argumento defensivo relacionado à Súmula 166 e diz que o defendant está inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, desde 17/10/2011, na condição de normal e com apuração do imposto no regime de conta-corrente fiscal. Diz que não entendeu o questionamento do autuado sobre a demonstração contrária à idoneidade das Notas Fiscais, já que no Auto de Infração e documentos anexos não há qualquer referência a documentos inidôneos.

Ressalta que esta questão sobre a incidência do ICMS diferença de alíquotas nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, tem diversas decisões favoráveis deste CONSEF, a exemplo aos Acórdãos CJF Nº 0071-12/05 e CJF Nº 0296-12/09, ambos da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Diante das considerações apresentadas, acredita ter abrangido todos os aspectos da defesa, com fundamentação, e pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O defendant pede a nulidade da presente autuação, alegando que no caso da infração 01, a discussão gira em torno da validade da autuação para cobrança de diferença de alíquota de ICMS de mercadorias transferidas pela matriz e filiais do defendant e encaminhadas para a filial em Camaçari – Bahia. Afirmou que, para a ocorrência do fato gerador deste tributo é essencial a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.

Nas operações interestaduais, referentes a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens do ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, quando da entrada no estabelecimento destinatário, é devido o pagamento do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação.

Vale salientar que o legislador constituinte não disse que o imposto relativo à diferença de alíquota recai sobre vendas. No caso de transferência de bens 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, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Quanto à descrição dos fatos, verifico que foi utilizada a palavra aquisições, tendo sido empregada esta palavra no sentido amplo, compreendendo-se como entradas dos bens procedentes de outros Estados (art. 6º, I do RICMS/BA). Conforme já comentado anteriormente, para efeito da legislação tributária, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, conforme estabelece o § 3º, II, do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, e o pagamento da diferença de alíquotas é prevista no art. 155, § 2º, VIII, da Constituição Federal; no art. 4º, XV, e art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao argumento defensivo de que se deve aplicar ao caso em comento a Súmula 166, observo que as operações objeto da autuação estão submetidas ao rigor da Lei Complementar 87/96, portanto, sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo lícito aos Estados a cobrança do referido imposto, concluindo-se que após a edição da mencionada Lei Complementar nº. 87/96, configura-se fato gerador do ICMS a operação de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatado que houve violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2011; janeiro a abril, junho, julho, outubro e novembro de 2012; janeiro a março, junho, julho, setembro e outubro de 2013; janeiro a junho, agosto a dezembro de 2014; fevereiro, março, maio a julho e novembro de 2015.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O defendente afirmou que, para que ocorra incidência do ICMS é necessário que haja uma operação relativa à circulação de mercadorias e que não houve operação, mas sim mera transferência, restando impossível à incidência do imposto. Diante da impossibilidade de exigência do ICMS, por não ter o impugnante praticado fato gerador que enseja a cobrança do referido tributo, o presente Auto de Infração deve ser julgado improcedente, com a consequente extinção do débito.

Como já mencionado na preliminar de nulidade, no caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, é devido o pagamento do ICMS a título de diferença de alíquotas, haja vista que se considera ocorrido o fato gerador do referido imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de maio de 2013.

O defendente alegou que sua escrita fiscal do mês de maio de 2013 foi enviada de forma incorreta, e que o sistema não permite a retificação do documento, que deve ser autorizado por esta SEFAZ.

Requereu por meio desta autuação, a autorização para que possa efetuar a retificação da declaração, com as informações corretas para que não haja débitos.

Conforme estabelece o art. 247 do RICMS-BA/2012, a Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

No § 1º do referido artigo consta a informação de que a EFD substitui os seguintes livros: (i) Registro de Entradas; (ii) Registro de Saídas; (iii) Registro de Inventário; (iv) Registro de Apuração do ICMS; (v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP .

Por outro lado, consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega e, havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações, o § 2º desse mesmo art. 247 RICMS-BA/2012 prevê que se consideram escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

O levantamento fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração foi efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio de EFD. A correção de erros, se existirem é de responsabilidade do contribuinte e os registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias e inventário efetuado com base na contagem física do estoque. Portanto, no caso de existência de erros, compete ao contribuinte informar e corrigir o erro antes de qualquer ação fiscal.

Vale salientar que a remessa de arquivo retificador da EFD, após o prazo previsto no inciso II da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09, dependerá de autorização da inspetoria fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte, o que não ficou comprovado nos autos.

Neste caso, não há como acatar as alegações defensivas, inexistindo previsão legal para que este Órgão Julgador autorize a alegada retificação. Mantida a exigência fiscal.

De acordo com as alegações defensivas, o defendente não impugnou a infração 03, tendo apresentado contestação somente quanto aos itens 01 e 02 do presente Auto de Infração. Dessa forma considero procedente a infração não impugnada por inexistência de lide a ser decidida.

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 279268.0053/16-3, lavrado contra **AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$68.832,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA