

A. I. N° - 210943.1113/16-6
AUTUADO - OI MOVEL S.A.
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0019-04/17

EMENTA: ICMS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE. ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. Operações de saídas de material de consumo do mesmo contribuinte situado em outra unidade da Federação, sem destaque o imposto. Não acatada a tese de inexistência de fato gerador da obrigação tributária no caso de transferências. Os estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular são juridicamente autônomos. Nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do imposto. As decisões dos tribunais superiores, como a doutrina, constituem balizamentos respeitáveis, porém não são vinculantes. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/07/2016, reclama o valor de R\$194.564,91, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de destaque do ICMS em operação de devolução de mercadorias tributadas. Consta ainda na descrição dos fatos: *“Não registrou como tributada as operações interestaduais de transferência de mercadoria para uso e consumo (Notas Fiscais nºs 5174, 5176 e 5177) sob o fundamento de que as mesmas encontram-se amparadas por benefício fiscal de isenção; contudo o referido benefício, nos termos do Convênio CONFAZ 70/90 cc art. 265, inciso XXII, letra "b" do Decreto Regulamentar nº 13.780/2002 restringe-se às operações internas, de maneira que o registro correto das operações no campo CST é o 000 (produto de origem nacional em operação integralmente tributada).”*.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente habilitado, fls. 21 a 34, após falar sobre a tempestividade da defesa, diz que de acordo com os atos societários da Impugnante, verifica-se que esta tem como atividade a exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias ou úteis à execução destes serviços, na conformidade das concessões, autorizações e permissões que lhe forem outorgadas.

Esclarece que os serviços de telecomunicações, embora sejam classificados na categoria de serviços públicos essenciais que devem ser garantidos pela União Federal, são realizados por empresas públicas e privadas, tal qual a Impugnante, mediante concessão da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador, de acordo com as disposições da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT).

Enquanto pessoa jurídica de direito privado que presta serviços de telecomunicações e atividades afins, a Impugnante se subsume a hipótese de incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), cuja instituição está reservada aos Estados, de acordo com a regra da competência delimitada no art. 155, II da Constituição Federal.

Diz que para a consecução de seu objeto social, a Impugnante possui várias filiais no Brasil, que realizam transferências de diversos produtos, sejam, estes destinados à composição de seu ativo imobilizado, sejam produtos destinados ao uso e consumo, como é o caso das antenas descritas nas notas fiscais objeto da Autuação ora combatida, as quais foram simplesmente transportadas de unidades de João Pessoa/PB, Recife/PE, Curitiba/PR e Rio de Janeiro/RJ para a unidade localizada neste estado.

Explica que tais operações levou a Secretaria de Estado de Fazenda do Bahia a autuar a filial da Impugnante localizada neste estado, em razão da suposta ausência de recolhimento do ICMS. Reproduz na íntegra a acusação inserida no Auto de Infração e os dispositivos ditos como infringidos.

Afirma que a presente exigência não merece prosperar, ante a sua evidente ilegalidade, pelo que deve a presente Impugnação ser julgada procedente.

Fala sobre os princípios estabelecidos na Carta Magna de 1988, no rol das garantias individuais (contraditório, ampla defesa e produção) e assevera que o ato de lançamento da Administração Pública está restrita à observância destes princípios constitucionais, sob pena de acarretar a nulidade, que deve ser declarada de ofício ou pelo Poder Judiciário.

Enfatiza ser essencial que o fundamento da infração seja claro e objetivo, o que, apenas pelo até aqui exposto, se vê que não ocorreu no presente caso. Isso porque, apenas assim será possibilitado ao autuado o amplo exercício de seu direito de defesa, garantido constitucionalmente.

Entende ser essencial que os elementos contidos no Auto de Infração não gerem dúvidas e/ou obscuridades acerca da imposição fiscal. Porém, no presente caso, note-se que em sua breve descrição do “*relato da infração*”, a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia se limita dispor que a operação não foi registrada como tributada.

Transcreve mais uma vez o teor da infração e os dispositivos infringidos concluindo que “*relato da autuação*” NÃO menciona uma única razão pela qual os art. 34, incs. VI-A, XII e XV da Lei nº 7.014/96 C/C art. 451, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 estariam sendo violados.

Esclarece que os DANFES (doc. 04) objeto da Autuação combatida preenchem todos os requisitos prescritos em lei, revelando-se absolutamente idôneas, o que pode se ver a partir de simples análise da referida documentação fiscal.

Aduz que o eventual recolhimento a menor, ou ausência de recolhimento do ICMS, não se trata de má-fé, mas sim mero erro cometido pelo contribuinte. Tanto é que, a própria legislação deste Estado, quando da aplicação da multa no caso de tais infrações, individualiza as condutas e as impõem percentuais distintos. Por esta razão, ainda que as operações não tenham sido registradas como tributadas (ausência do recolhimento de ICMS em favor do estado da Bahia), certo é que esta restou omissa a este respeito. em absoluta afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório e à legislação tributária estadual, é de fácil percepção que, no presente caso, não houve descrição circunstanciada do fato como um todo. Transcreve ensinamentos sobre o tema de Celso Antônio Bandeira de Mello e orientação dos Tribunais Estaduais administrativos pátrios e conclui que a Impugnante está impossibilitada de exercer amplamente o seu direito de defesa e ao contraditório, haja vista a falta de informações conclusivas que, na hipótese de improcedência da infração, permitam, inclusive, a produção de prova em contrário.

Diz que pelas razões expostas negativamente afetada qualquer discussão acerca do mérito da questão, eis que estão ausentes os requisitos mínimos para validar o Auto de Infração em referência, não restando outra conclusão senão a completa improcedência e invalidação da autuação em voga, para que, uma vez atendidas às exigências constitucionais e legais, possa ser devidamente combatida.

Após fala sobre a impossibilidade de cobrança de ICMS nas operações de transferência de mercadorias realizadas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte em virtude da aplicação da Súmula 166 do STJ.

Esclarece que no presente caso, é nítido que o ilustre fiscal ao lavrar o aludido auto de infração partiu de premissas equivocadas, salienta que o imposto previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988, a saber, o ICMS, incide como o próprio nome diz, sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, envolvendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação.

Explica que segundo a regra constitucional, a ênfase se dá na OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO FÍSICA E ECONÔMICA COM TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE, e transcreve o entendimento do professor Roque Antônio Carrazza.

Entende que a hipótese de incidência decorre da iniciativa do contribuinte que implique movimentação física e econômica de mercadorias com transferência de titularidade. Há ainda, *mutatis mutandis*, que se considerar a possibilidade de não movimentação física de mercadoria, permanecendo esta no mesmo lugar, mas, ocorrendo à transferência econômica e de titularidade, é o caso, por exemplo, de venda para entrega futura, neste caso não houve circulação física, mas, econômica e por consequência, incidência do imposto.

Enfatiza que este não é o caso dos autos, pois a transferência se deu de estabelecimentos de mesma titularidade do estabelecimento autuado e para estabelecimento localizado neste mesmo estado, conforme DANFES que anexou (doc. 03). Transcreve decisões do Supremo Tribunal Federal.

Destaca que não havendo operação de mercancia, ainda que a TRANSFERÊNCIA dos equipamentos tenha se dado de estabelecimentos da Impugnante localizados em outras unidades da Federação, não se legitima a incidência do ICMS. Tal entendimento significa que o Direito Tributário acompanha a regulação da matéria, tanto no Direito Civil, quanto no Direito Comercial, no sentido de que, não havendo operação de mercancia, não se configura circulação econômica.

Pede o cancelamento do Auto de Infração em sua integralidade.

Reclama da exorbitância da multa aplicada de 60% (sessenta por cento) por considerá-la confiscatória e abusiva, prática inclusive vedada pela Constituição Federal, em seu artigo 150, IV.

Transcreve entendimento do Professor Roque Antônio Carrazza, sobre o princípio do não-confisco, concluindo que Tal princípio revela a intenção do Constituinte de evitar que o patrimônio particular seja anulado com a tributação, o que poderia ocorrer caso se admitisse uma multa muito elevada. Levando em consideração que a tributação implica, inevitavelmente, numa retirada do patrimônio particular pelo Estado, consolidou-se a regra de que esta (legal) subtração deve ser razoável de tal forma a preservar a riqueza deste particular. Transcreve jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e voto do Ministro Relator por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1075/DF.

Fala ainda sobre o princípio da razoabilidade, e conclui que a norma do Estado da Bahia instituiu penalidade em 60%, ora em patamar superior ao recomendado pelo princípio da razoabilidade e com isto, violou o princípio do não-confisco, razão pela qual há de ser declarada a sua ilegitimidade a fim de prestigiar o Texto Constitucional.

Finaliza pedindo que seja julgada procedente a presente Impugnação, t para que seja determinado seu imediato cancelamento, tendo em vista que não há incidência de ICMS sobre transporte de mercadorias entre filiais, nos moldes do que dispõe a Súmula 166 do STJ.

Subsidiariamente, requer ao menos cancelada ou reduzida a patamar de 20% a multa imposta, ante o caráter eminentemente confiscatório do percentual de 60% lançado.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal às fls. 65 a 67, inicialmente externa o entendimento de que em observância ao Art. 10, §1º, Inciso II do Decreto nº 7629/99 (RPAF/BA), a petição do sujeito

passivo deve ser indeferida de plano, tendo em vista a ilegalidade de representação no presente feito pela banca de advogados BICHARA, uma vez que o substabelecimento foi outorgado pelos procuradores da matriz do estabelecimento autuado com reservas na medida em que se estabelece que a representação é restrita à defesa contra o Auto de Infração nº 279692.0002/16-1.

Rejeita totalmente a preliminar de arguição de nulidade em virtude de erro accidental no enquadramento da infração pelo sistema eletrônico do auto de infração no trânsito de mercadorias (SEAIT), mesmo por que o decreto regulamentar do processo administrativo fiscal do estado da Bahia prevê no artigo 19 que erros na indicação de dispositivos legais não acarretam nulidade quando a descrição dos fatos denuncie o enquadramento legal.

Esclarece que da narrativa dos fatos, por si só, indica que a infração cometida é a inobservância dos dispositivos da Lei nº 7014/96 que tratam da incidência do imposto: artigos 1º e 2º.

Aduz que a impugnada confirma que a operação envolve a transferência pura e simples de mercadorias entre filiais (fl. 23) e a falta de tributação nesta operação também afronta o Art. 4º da Lei nº 7014/96.

Acrescenta que a autuada insistindo na falta de elementos suficientes para determinar a infração cometida, argumenta que a narrativa dos fatos padece de clareza e objetividade sem indicar, contudo, onde se encontra a obscuridade ou confusão, limitando a expor que não houve violação dos dispositivos legais do enquadramento; ou seja, não se defende dos fatos, mas sim do equivocado enquadramento programado no sistema de emissão de auto de infração, porém, como anteriormente informado não é causa de decretação de nulidade, pois a descrição dos atos, embora sucinta, é objetiva e clara o suficiente para determinar qual o enquadramento contido na lei estadual do ICMS, pois a omissão de registro da operação como tributada contraria a regra da incidência do imposto (Artigos 1º e 2º).

Ressalta que apesar da documentação fiscal indicar que a operação não é sujeita à incidência do ICMS, nos termos da Lei Complementar nº 87/96, o fato é que o Art. 3º da referida Lei não enumerou em qualquer dos nove incisos a operação em tela. Ao contrário, estabelece qual base de cálculo deve ser considerada em caso de transferência interestadual. Transcreve o dispositivo citado.

Por fim no que diz respeito à sanção cominada, informa que a multa aplicada decorre de Lei, e que a sanção não é tão severa quanto se alega, posto que a tabela de redução, que chega a 90% do seu valor, age em benefício do sujeito passivo;

VOTO

A acusação fiscal refere-se à “falta de destaque do ICMS em operação de devolução de mercadorias tributadas”, sendo dado como infringido o disposto no art. 34, incs. VI-A, XII e XV da Lei nº 7.014/96 C/C art. 451, do RICMS/BA, e aplicada à multa capitulada no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda na descrição dos fatos: *“Não registrou como tributada as operações interestaduais de transferência de mercadoria para uso e consumo (Notas Fiscais nºs 5174, 5176 e 5177) sob o fundamento de que as mesmas encontram-se amparadas por benefício fiscal de isenção; contudo o referido benefício, nos termos do Convênio CONFAZ 70/90 cc art. 265, inciso XXII, letra “b” do Decreto Regulamentar nº 13.789/2002 restringe-se às operações internas, de maneira que o registro correto das operações no campo CST é o 000 (produto de origem nacional em operação integralmente tributada)”.*”

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que o relato da autuação não se coaduna com os dispositivos ditos como violados, os art. 34, incisos VI, “a”, XII e XV da Lei nº 7.014/96 C/C art. 451, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, impossibilitando de exercer amplamente o seu direito de defesa e ao contraditório.

Efetivamente foi constatado o equívoco apontado pelo defendente, fato reconhecido pelo próprio autuante, entretanto, tais divergências não ensejam a nulidade do Auto de Infração haja vista que

o teor contido na descrição dos fatos, conjuntamente com os documentos de fls. 6 a 9 referentes às Notas Fiscais eletrônicas emitidas pela autuada de n^{os} 5174, 5176 e 5177, não deixam dúvidas quanto à caracterização da irregularidade cometida, ou seja, não registrou como tributada as operações interestaduais de transferência de mercadoria para uso e consumo. Portanto, pela descrição dos fatos o contribuinte entendeu a acusação e se defendeu, inclusive alegando a impossibilidade da cobrança de ICMS nas operações de transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos de mesmo contribuinte. Desse modo, não acolho a nulidade suscitada.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei n^o 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, conforme disposto no artigo 158, do RPAF/BA.

No mérito, o sujeito passivo cinge-se, em síntese, a argumentar que as transferências de material de consumo não se constituem em operações de circulação de mercadorias, conforme sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça; e que não houve prejuízo ao Erário.

Não acato o argumento defensivo, pois o ICMS é um imposto que recai sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e não exclusivamente sobre operações de vendas de mercadorias, o que significa dizer que independente de não haver circulação jurídica, ou mesmo circulação econômica, pode haver a incidência deste imposto.

As operações de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, portanto, constituem-se em hipótese de incidência do ICMS, por expressa determinação da Lei Complementar n^o 87/66, em seu art. 12, inciso I, abaixo transcrito, repetida no art. 4^o, inciso I da Lei n^o 7.041/96:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Em relação a edição da Súmula n^o 166, citada pelo recorrente, esta não tem o condão de afastar a exigência fiscal, visto que a autuação refere-se à falta de pagamento do ICMS relativo as operações de transferências de mercadorias cuja previsão encontra-se prevista na Constituição Federal, bem como as decisões dos tribunais trazidas pelo contribuinte, visto que não se revestem de efeito vinculante. Logo, a acusação é subsistente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n^o **210943.1113/16-6**, lavrado contra **OI MOVEL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$194.564,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei n^o 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2017.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR