

A. I. Nº - 298929.0013/14-3
AUTUADO - GLOBAL VILLAGE TELECOM S. A.
AUTUANTE - EDMÁRIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.11.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-05/17

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento ou destinados ao seu ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Contudo, nas operações em lide não cabe a exigência fiscal, posto que estão sujeitas à substituição tributária, o ICMS - DIFAL foi recolhido no momento da importação das mercadorias. Além disso, as operações sob o CFOP 2.552 estão amparadas em decisão transitada em julgado, na qual o Estado da Bahia não pode exigir o ICMS – DIFAL sobre as operações de transferência de bens de titularidade do sujeito passivo, entre seus próprios estabelecimentos, em operações interestaduais ou internas. Infração insubsistente. Negado o pedido de perícia fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/12/2014, para exigência de ICMS no valor de R\$180.559,06 e multa de 60%, sob acusação do cometimento da seguinte infração:

1. Falta de recolhimento do ICMS nos meses de janeiro a setembro e no mês de dezembro de 2013, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme detalhado nos Anexos I a XX.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, destaca a tempestividade de sua defesa às fls. 65 a 79, relata a infração e o enquadramento legal, e impugna o lançamento pelos motivos de fato e direito a seguir alinhados.

Dos anexos elaborados pela fiscalização, foram utilizados como base desta autuação as operações com os CFOPS nº 2.551 e 2.552, contudo assevera que não merece prosperar ditas autuações, pelos motivos a seguir:

- a) Quanto às operações registradas sob o CFOP 2.551, não há o que se falar na exigência do ICMS-DIFAL, sobre parte das operações autuadas, haja vista que o recolhimento do tributo compete aos fornecedores das mercadorias, mediante substituição tributária, consoante os Protocolos ICMS nºs. 104/2009, 26/2010 e 41/2008, dos quais o Estado da Bahia é signatário. Ademais a outra parte das operações autuadas sob tal CFOP consistem em operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior, destinadas ao ativo imobilizado da impugnante, cujo ICMS-DIFAL foi devidamente recolhido em sua conta gráfica;
- b) Quanto às operações registradas sob o CFOP 2.552; existe decisão transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança nº 75974-2/2008 que veda a incidência do ICMS sobre

operações de transferência de bens entre filiais de titularidade da impugnante, devendo a presente autuação ser extinta por este CONSEF. Ademais, ainda que superada tal preliminar, o STF, o STJ e o TJBA reconheceram a não mais poder a inviabilidade de incidência do ICMS sobre tais operações. (Súmula 166/STJ).

As operações sob o CFOP 2.551, são aquelas cujo ICMS é recolhido antecipadamente pelo fornecedor de mercadorias através da sistemática da substituição tributária. É o caso das operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, relativa aos Protocolos ICMS nºs 104/2009, e 26/2010, bem como das operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Protocolo ICMS nº 41/2008, todos firmados pelo Estado da Bahia, nos quais foi estabelecido o recolhimento antecipado do ICMS-DIFAL devido pelo remetente. A título exemplificativo, cita a NF nº 31.632, cujo ICMS já foi recolhido antecipadamente, por substituição tributária, listada à fl. 14 do AI, para a qual a fiscalização aponta estar supostamente inadimplido o ICMS-DIFAL no valor de R\$1.253,76. Assim, o ICMS-DIFAL devido foi corretamente recolhido por substituição tributária pela empresa remetente do produto, Polierg Indústria Comércio Ltda, conforme determinado pelo parágrafo único da cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 104/2009. Salienta que tal informação foi devidamente consignada no campo “informações complementares” da Nota Fiscal. Pede a exclusão de tais operações da autuação.

Ressalta a existência de operações relativas a materiais importados cujo ICMS-DIFAL foi recolhido na conta gráfica da empresa Impugnante.

Aduz que a fiscalização não atentou que parte das operações autuadas se referem a operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, destinados ao ativo fixo imobilizado da GVT. Nesses casos, por força da Resolução nº 13/2012 do Senado Federal é aplicável a alíquota unificada de 4%, que subtraída da alíquota interna de 17% resulta na aplicação da alíquota de 13% sobre o preço envolvido na operação. Portanto ao realizar tais operações a impugnante aplicou a alíquota correta e recolheu o ICMS-DIFAL incidente por intermédio de sua própria conta gráfica. Anexa planilha relativa ao mês 01/2013, devidamente acompanhada dos comprovantes de pagamento do ICMS. (doc nº 07 – planilha em CD). Naquele mês o diferencial de alíquota devido somou R\$81.604,36, valor total recolhido em conta gráfica conforme apresentado na aba “Apuração 01.2013”.

Quanto ao CFOP 2.552, em preliminar ressalta a existência de coisa julgada nos autos do Mandado de Segurança nº 75974-2/2008 quanto ao tema debatido. O Estado da Bahia não apresentou recurso contra esse acórdão, acarretando o seu trânsito em julgado em 01.09.2009. Outrossim, traz o entendimento consolidado na Súmula nº 166/STJ quanto à não incidência do ICMS sobre transferências realizadas entre estabelecimentos de mesma titularidade. Também fala do empecilho à cobrança judicial do débito presentemente impugnado, consoante art. 116-A do RPAF/BA.

Ademais, sepultando em definitivo a discussão sobre o tema, informa que o STF julgou recentemente o Recurso Especial nº 1.125.133/SP, processo assinalado como paradigma de recursos repetitivos, referentes à tese que se discute, conforme art. 543-C do CPC, ou seja, declarou a não incidência do ICMS sobre operações de transferência de bens do ativo imobilizado de um mesmo titular. Cita o art. 116-A, que autoriza a PGE/BA a deixar de tomar qualquer medida tendente à cobrança de débito, diante da existência de entendimento consolidado dos Tribunais Superiores contrários aos interesses da Fazenda Pública.

Ao final formula pedido de perícia fiscal, apresenta quesitos e indica assistente técnico.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 148/149 e após analisar as razões de defesa verifica que as alegações do contribuinte procedem, uma vez que houve o destaque da antecipação do ICMS pelo remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, e que apurou e pagou

corretamente o total do diferencial de alíquotas exigido neste processo. Opina pela improcedência da autuação.

O impugnante manifesta-se sobre o pronunciamento fiscal acima e concorda com o mesmo, oportunidade em que reitera o pedido de cancelamento do Auto de Infração, com a extinção do débito nele consubstanciado e o arquivamento do processo instaurado. (fl. 154).

A 5ª JF deliberou que o presente processo administrativo fiscal fosse diligenciado à PGE – Procuradoria Geral do Estado, tendo em vista a impugnação do lançamento fiscal em especial quanto às operações registradas no CFOP 2.552, consoante a decisão transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança nº 75974-2/2008, que veda a incidência do ICMS sobre operações de transferência de bens entre filiais de titularidade da impugnante.

Assim para essas operações registradas no CFOP 2.552, em preliminar, ressalta a defendente a existência de coisa julgada nos autos do Mandado de Segurança nº 75974-2/2008 quanto ao tema debatido. O Estado da Bahia não apresentou recurso contra esse acórdão, acarretando o seu trânsito em julgado em 01.09.2009. Outrossim, traz o entendimento consolidado na Súmula nº 166/STJ quanto à não incidência do ICMS sobre transferências realizadas entre estabelecimentos de mesma titularidade. Também do empecilho à cobrança judicial do débito presentemente impugnado, consoante art. 116-A do RPAF/BA.

Ademais, sepultando em definitivo a discussão sobre o tema, o STF julgou recentemente o Recurso Especial nº 1.125.133/SP, processo assinalado como paradigma de recursos repetitivos, referentes à tese que se discute, conforme art. 543-C do CPC, ou seja, declarou a não incidência do ICMS sobre operações de transferência de bens do ativo imobilizado de um mesmo titular. Cita o art. 116-A, que autoriza a PGE/BA a deixar de tomar qualquer medida tendente à cobrança de débito, diante da existência de entendimento consolidado dos Tribunais Superiores contrários aos interesses da Fazenda Pública.

Tendo em vista os argumentos adrede mencionados, e com base na apresentação de cópia do Mandado de Segurança Preventivo com pedido de Liminar, de fls. 122 a 134 e do Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, fls. 135 a 145, acompanhado de Certidão de fl. 145-A, esta 5ª JF deliberou que o presente PAF fosse remetido à PGE - Procuradoria Geral do Estado, nos termos do art. 117, § 4º do RPAF/99.

Assim, consoante a atuação da PGE no processo administrativo fiscal, esta 5ª JF requer, nos termos do art. 118, I, a emissão de parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei, no que concerne às questões relacionadas ao Mandado de Segurança trazido à lide.

No Parecer Jurídico PGE, Processo 2015290256-0, fls. 171/172, a Procuradoria Geral do Estado, com supedâneo no art. 140 da Constituição do Estado da Bahia, c/c art. 31-A da Lei Complementar nº 19/2003, instada a se manifestar sobre a informação fiscal de fls. 148/150, vem anuir em todos os termos as conclusões encetadas na manifestação em destaque, que apontam no sentido do efetivo destaque e recolhimento da antecipação tributária pelo substituto tributário, com pagamento do DIFAL corretamente, razão pela qual se manifestou pela decretação de improcedência do lançamento.

O Parecer foi encaminhado à Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA para a devida apreciação, que acolheu o pronunciamento de fls. 171/172, da lavra do Dr. Jose Augusto Martins Junior, com posterior encaminhamento dos autos à SEFAZ/CONSEF.

O patrono da sociedade empresária requereu vistas do processo, o que lhe foi concedido em 26 de setembro de 2017.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de perícia fiscal, haja vista que todos os elementos contidos no processo são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca da matéria em lide.

Constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos requisitos previstos no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, está sendo exigido ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento autuado, referente aos meses de janeiro a setembro e de dezembro de 2013.

O demonstrativo da infração encontra-se às fls. 05 a 38, referente ao exercício de 2013.

Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual cuja prestação tenha se iniciado em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente, consoante art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96.

Remetendo à Lei do ICMS retro mencionado, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, no art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”, publicado no Decreto 13.780/12 dispõe que:

Art. 305 - No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

Acolho os argumentos da defesa, respeitante às operações registradas sob o CFOP 2.551, de que não há o que se falar na exigência do ICMS-DIFAL, sobre parte das operações autuadas, haja vista que o recolhimento do tributo compete aos fornecedores das mercadorias, mediante substituição tributária, consoante os Protocolos ICMS nºs. 104/2009, 26/2010 e 41/2008, dos quais o Estado da Bahia é signatário. Ademais a outra parte das operações autuadas sob tal CFOP consiste em operações interestaduais com bens e mercadorias importadas do exterior, destinadas ao ativo imobilizado da impugnante, cujo ICMS-DIFAL foi devidamente recolhido em sua conta gráfica, cuja alíquota é de 17%, e que subtraída da alíquota interna de 4% resulta na aplicação da alíquota de 13% sobre o preço envolvido na operação.

Ademais, o próprio autuante reconhece as razões de defesa posto que as operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, relativas aos Protocolos ICMS nº 104/2009 e sucedido, bem como das operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos constantes no Protocolo ICMS nº 41/2008, estão sujeitos às regras da substituição tributária. Também no que concerne aos materiais importados do exterior, cujo ICMS – Difal, foi recolhido com base na Resolução nº 13/2012, do Senado Federal, que estabeleceu em tais casos de importação de mercadorias ou bens a alíquota de 4% (quatro por cento). Desse modo em tais operações não cabe a exigência fiscal.

Quanto aos outros bens objeto da autuação, inscritos no CFOP 2.552, relativos à transferência de bem do ativo imobilizado, recebidos em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, existe decisão transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança nº 75974-2/2008 que veda a incidência do ICMS sobre operações de transferência de bens entre filiais de titularidade da impugnante.

É o que se depreende do Mandado de Segurança preventivo com pedido de Liminar, com cópia de fls. 122 a 134, nº 75974-2/2008, com concessão de segurança do Tribunal de Justiça da Bahia, fls. 135 a 141, com trânsito em julgado, que reconheceu em favor do impetrante o direito líquido e certo de não sofrer autuação pelo pagamento do ICMS sobre as operações de transferência de bens de sua titularidade entre seus próprios estabelecimentos, em operações interestaduais ou internas, em 23 de julho de 2009.

Dirimindo a questão, o STF julgou recentemente o Recurso Especial nº 1.125.133/SP, processo assinalado como paradigma de recursos repetitivos, referentes à tese que se discute, conforme art. 543-C do CPC, ou seja, declarou a não incidência do ICMS sobre operações de transferência de bens do ativo imobilizado de um mesmo titular.

A 5ª JJF deliberou que o presente PAF fosse remetido à PGE - Procuradoria Geral do Estado, nos termos do art. 117, § 4º do RPAF/99, com vistas à emissão de parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei, no que concerne às questões relacionadas ao Mandado de Segurança trazido à lide.

No Parecer Jurídico PGE, Processo 2015290256-0, fls. 171/172, a Procuradoria Geral do Estado, com supedâneo no art. 140 da Constituição do Estado da Bahia, c/c art. 31-A da Lei Complementar nº 19/2003, instada a se manifestar sobre a informação fiscal de fls. 148/150, vem anuir em todos os termos às conclusões encetadas na manifestação em destaque, que apontam no sentido do efetivo destaque e recolhimento da antecipação tributária pelo substituto tributário, com pagamento do DIFAL corretamente, razão pela qual se manifestou pela decretação de improcedência do lançamento.

O Parecer foi encaminhado à Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA para a devida apreciação, que acolheu o pronunciamento de fls. 171/172, da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, com posterior encaminhamento dos autos à SEFAZ/CONSEF.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298929.0013/14-3**, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM S. A.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO– PRESIDENTE/RELATORA

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR