

A. I. Nº - 207093.3003/16-3
AUTUADO - MECAN INDÚSTRIA E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA CONSTRUÇÃO S.A.
AUTUANTES - JUVENCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/07/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-03/18

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS DE USO E 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 e consumo do estabelecimento. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/08/2016, formaliza a exigência de crédito tributário, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a outubro de 2013, janeiro a março, maio a outubro e dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015, no valor total de R\$508.501,36, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou Defesa (fls. 30 a 41), na qual informou que possui como objeto social a fabricação de máquinas, equipamentos e aparelhos para transporte e elevação de cargas, entre outras atividades relacionadas à produção, comercialização e locação de equipamentos destinados à construção civil.

Alegou que não incide ICMS nas transferências de bens e mercadorias entre estabelecimentos da própria empresa, transcrevendo a ementa do Recurso Especial nº 1.125.133/SP, a Súmula nº 166 do STJ e ementas de julgados do STF para corroborar a sua tese.

Aduziu que o ICMS não é tributo incidente sobre mercadoria, mas sobre “operações de circulação de mercadorias e serviços”, sendo que a qualificação do fato jurídico-tributário neste imposto depende, principalmente, do conceito de “operação” que, na esteira dos precedentes jurisprudenciais, não é qualquer “operação de circulação”, mas tão-somente a circulação jurídica, não sendo suficiente a mera saída física da mercadoria de um estabelecimento comercial, mas a transferência de titularidade, ou melhor dizendo, de propriedade.

Afirmou que, uma vez que o “diferencial de alíquotas” de ICMS nada mais é que uma parcela do rateio constitucional das receitas do imposto de competência estadual, não configurada a transferência de titularidade dos equipamentos, não há base sobre a qual possa incidir o DIFAL.

Asseverou que o texto constitucional é claro: o ICMS somente incide nas operações onde há circulação de mercadorias e, isso não ocorrendo, não há base impositiva para aplicação seja das alíquotas internas ou interestaduais (nas “saídas”), seja do diferencial de alíquotas de ICMS (nas “entradas”).

Informou que todas as Notas Fiscais Eletrônicas que acobertaram a transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos situados em Salvador/BA e em outras unidades da federação, consta a expressa informação sobre a “transferência de bem do ativo imobilizado”, especificamente no campo “natureza da operação”, CFOP 6.552.

Questionou o caráter de confiscatoriedade da multa aplicada no percentual de 60%, citando os princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e do não confisco.

Requeru que o Auto de Infração seja cancelado e que seja reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade da multa exigida pela Fiscalização, ou, quando menos, que a multa seja reduzida no percentual máximo de 20%, de acordo com a jurisprudência do STF.

Na Informação Fiscal (fls. 288 a 302), o Autuante esclareceu que a fiscalização decorreu do pedido de baixa de inscrição pelo Autuado, cuja principal atividade é a locação de equipamentos e sua consequente manutenção, o qual pertence ao Grupo Orguel, com sede em Vespasiano/MG, onde produz grande parte dos equipamentos que comercializa e/ou loca.

Afirmou que, durante a ação fiscal, cuidou para que fossem segregadas as entradas destinadas a integrar o ativo imobilizado, equipamentos para locação das partes e peças e/ou materiais de consumo utilizados nos reparos de equipamentos objetos de locações, estes regularmente escriturados no CIAP.

Destacou que os equipamentos locados são por demais consumidos (desgastados) ao longo do período da sua utilização, sendo a manutenção, com substituição de partes e peças, um paliativo viável sob a ótica comercial que visa prolongar a sua vida útil.

Acostou fotos de equipamentos do Autuado e alegou que o simples fato de efetuar uma operação sob o CFOP 6.552/2.552 não é suficiente, já que o Autuado não fez prova do registro das mercadorias/bens no seu livro CIAP do estabelecimento de origem e sua consequente transferência para a unidade situada no Estado da Bahia, colacionando os Arts. 83 e 201, do RICMS/97.

Disse que grande parte das operações realizadas não era transferência de ativo, sendo possível segregar, nas notas fiscais acostadas à defesa, várias peças de reposição, equipamentos de proteção individual – EPI e ferramentas, cujo correto CFOP seria o 6.557/2.557, exemplificando com fotos de chaves, relê, catraca, chumbador, forçados, atuadores, etc.

Requeru a procedência do Auto de Infração.

O então relator da 5ª JF, converteu o processo em diligência para que fosse dada ciência ao Autuado do inteiro teor da Informação Fiscal, na qual foram apresentadas em detalhes as razões de ordem física e jurídica da autuação.

Em nova manifestação (fls. 313 a 315), o Autuado afirmou que a legislação mineira só obriga a escriturar no CIAP os bens passíveis de apropriação de crédito fiscal, não sendo este o caso, já que a locação é uma atividade não sujeita à incidência do ICMS.

Disse que como se infere nas notas que anexou, não houve transferência de EPI, e, em relação às supostas peças de reposição, o Autuante desconsiderou que alguns bens transferidos são compostos por várias partes e peças que são montados apenas na chegada ao seu destino, a exemplo dos andaimes.

Ressaltou que a única atividade exercida na filial de Salvador era a de locação de bens móveis e que os bens recebidos eram destinados exclusivamente a esta atividade e reiterou todos os argumentos expostos em sua Defesa.

Requeru que todas as publicações e intimações sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado David Gonçalves de Andrade Silva, no endereço que assinalou, sob pena de nulidade.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

A autuação exige ICMS pela falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição, por transferência, de mercadorias oriundas de outras unidades da

Federação destinadas a consumo de estabelecimento situado no Estado da Bahia, conforme demonstrativos apresentados.

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 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 do mesmo titular (Súmula nº 166 do STJ).

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, transferências de titularidade, não se submetem à tributação imputada pela acusação fiscal. Assegurou ser essa a jurisprudência prevalente nos Tribunais Superiores, colacionando ementas do STJ e STF, com o fito de corroborar sua tese.

Ressalto que estas operações são tributadas de acordo com os dispositivos legais indicados no Auto de Infração e reguladas pelo inciso II, da Cláusula primeira do Convênio ICMS 19/91, que segue transcrita:

“Cláusula primeira - Nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens integrados ao ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, observar-se-á:

...

II - nas entradas no estabelecimento destinatário, este pagará o diferencial de alíquota correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre a base de cálculo constante da alínea 'a' do inciso anterior, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação.”

Observe que a 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, II, da Lei Complementar nº 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, ocorrem as entradas dessas mercadorias ou bens no estabelecimento Autuado, o que se configura a ocorrência do fato gerador do imposto, de acordo com o 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 subsequentes 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 da 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 jurídica), como alega o Autuado. 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 nº 0001-11/14, 0263-12/14 e 0375-11/14, 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.

Visando uniformizar os entendimentos a serem adotados no âmbito da Administração Pública Estadual, a Procuradoria Geral do Estado expediu o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que “não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”, sendo que este entendimento “não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no RESP 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do Art. 13, §4º, da LC nº 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no Art. 13, §4º, da LC nº 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.”

O imposto decorrente da diferença entre a aplicação das alíquotas interna e interestadual, advém do mandamento constitucional, em especial o Art. 155, §2º, VII e VIII, da Carta Magna. E, como não poderia deixar de ser, sua base de cálculo obedece a regra geral do ICMS, ou seja, é o valor da operação, conforme dispõe os Arts. 12, I, e 13, I, da Lei Complementar nº 87/96.

Analisando os produtos constantes das notas fiscais objeto do levantamento, algumas objeto de fotos acostadas pelo Autuante, constato que eram partes e peças de reposição dos equipamentos que são utilizados para locação pelo Autuado, classificadas como material de uso e consumo, cujo imposto é devido com base no Art. 305, §4º, III, do RICMS/12, Decreto nº 13.780/12.

Face ao exposto, a Infração está caracterizada.

Por fim, o pedido da redução da multa aplicada relativa à obrigação principal, foge à competência desta Junta por falta de previsão normativa. Quanto às alegações de inconstitucionalidade da multa aplicada, devo dizer que não cabe a este órgão administrativo julgar tais questões, mas tão somente efetuar o controle de legalidade, nos termos do Art. 167, I, do RPAF/99, e é certo que as multas aplicadas se encontram dentro da ordem legal vigente, nos termos da Lei nº 7.014/96, conforme se infere da capitulação legal.

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No que concerne à solicitação do Autuado, no sentido de que as intimações sejam enviadas ao escritório do seu patrono, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das publicações e intimações no presente feito, inexistente óbice ao seu atendimento. Saliento, entretanto, que não gera nulidade a sua inexecução, desde que respeitado o disposto no Art. 108 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207093.3003/16-3**, lavrado contra **MECAN INDÚSTRIA E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA CONSTRUÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o Autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$508.501,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR