

A. I. Nº - 278003.0004/19-9
AUTUADO - OI MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTE - ROQUELINA DE JESUS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/09/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118-01/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. a) TRANSFERÊNCIAS DE BENS DESTINADOS AO USO OU CONSUMO; b) TRANSFERÊNCIAS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. A incidência do imposto em relação às transferências interestaduais decorre de preceito legal. Descabe a apreciação de arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade em sede de tribunal administrativo. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 25/03/2019, exige ICMS no valor histórico de R\$852.752,36, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado as seguintes irregularidades:

Infração 01 – 02.01.01: “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. A empresa deixou de recolher o ICMS relativo às transferências interestaduais de bens de uso e consumo”, nos períodos de janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$848.409,77.

Enquadramento Legal: art. 2º, inciso I e art. 32, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 02.01.01: “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. A empresa deixou de recolher o ICMS relativo às transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado”, nos meses de janeiro e fevereiro de 2017, no valor de R\$4.342,59.

Enquadramento Legal: art. 2º, inciso I e art. 32, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 27/03/19 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 23/05/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 21 a 32. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de substabelecimento e de procuração, constantes nos Autos às fls. 34/38.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação. Na sequência, faz um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, as imputações que deram origem ao Auto de Infração, o valor do crédito tributário lançado e os dispositivos legais infringidos.

Em seguida alega a impossibilidade da cobrança de ICMS nas operações de transferência de ativo imobilizado realizada entre estabelecimentos de mesmo contribuinte, embasado na Súmula nº 166 do STJ.

Faz breve exposição sobre o tema, citando o art. 155, II da Constituição Federal, bem como ensinamentos de Roque Antonio Carraza, visando demonstrar que o ICMS incide sobre circulação de mercadorias e serviços, envolvendo negócio mercantil e não sobre qualquer espécie de

circulação, ou seja, que o ICMS deve incidir sobre operações com mercadorias e não sobre a simples circulação da mercadoria.

Aduz que a hipótese de incidência decorre da iniciativa do contribuinte que implique movimentação física e econômica de mercadorias com transferência de titularidade. Acrescenta que há possibilidade de não movimentação física da mercadoria, permanecendo esta no mesmo lugar, mas, ocorrendo à transferência econômica e de titularidade. Diz que é o caso, por exemplo, de venda para entrega futura, pois neste caso não houve circulação física, mas, econômica e por consequência, incidência do imposto.

Destarte, ao considerar que não havendo operação de mercancia, ainda que a transferência de equipamentos e bens tenha se dado para estabelecimentos da impugnante localizados em outras unidades da Federação, não se legitima a incidência do ICMS. Assevera que 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.

Ao final, requer que seja dado provimento a presente impugnação, julgando-se improcedente o Auto de Infração em comento, juros e multa dele objeto, tendo em vista que, nos termos do artigo 155, inciso II, da Constituição da República, da Súmula nº 166 do STJ, do entendimento consignado no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.125.133/SP (arts. 543-C do Código de Processo Civil/73 e 1.036 do NCPC) do STJ e da jurisprudência do TJBA, não há que se falar em incidência de ICMS sobre a transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos, ainda que em operação interestadual.

A autuante presta informação fiscal, às fls. 260/263, inicialmente dizendo que a contestação do Contribuinte em relação ao ICMS exigido através da lavratura do Auto de Infração em lide, não pode prosperar, tendo em vista a disposição legal abaixo citada e que transcreve em sua informação: *Art. 2º, I; art. 4º, inciso, I, XV e art. 17, todos da Lei nº 7.014/66; e art. 305, §4º, inciso III, alínea “a”, do Decreto nº 13780/2012 (RICMS/BA).*

Assevera que, de acordo com os dispositivos acima, denota-se que os argumentos trazidos pela defesa têm por objetivo postergar o pagamento do imposto exigido no Auto de Infração.

No que se refere aos dispositivos constitucionais mencionados pela defesa, bem como as decisões transcritas, expõe que não compete ao Preposto Fiscal entrar no mérito de discussões constitucionais.

Dizendo que, diante de toda fundamentação apresentada, fica patente que a argumentação defensiva não deve ser acatada, pede o julgamento pela procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada 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. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

No mérito, a presente autuação exige ICMS que não foi recolhido, relativo às saídas por transferência interestadual de bens destinados ao uso ou consumo (infração 01), e destinados ao ativo imobilizado (infração 02).

Em sua defesa o autuado arguiu a impossibilidade da cobrança de ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos de mesmo contribuinte, invocando a aplicação da Súmula nº

166 do STJ. Entende que somente ocorre operação de circulação física e econômica com transferência de titularidade.

Todavia, as operações de transferências interestaduais são tributadas de acordo com os dispositivos legais indicados no Auto de Infração (art. 2º, IV e art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96) e reguladas pelo inciso II da Cláusula primeira do Convênio ICMS 19/91, que segue transcrito:

“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.”

Observo 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 ocorre a entradas 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 nº 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 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.

Vale ainda ressaltar, que já se afigura pacificado neste CONSEF o entendimento acima exposto, a exemplo dos Acórdãos nºs 0001-11/14, 0263-12/14 e 0375-11/14, prolatados pelas 1ª e 2ª Câmaras de Julgamento Fiscal.

Ademais, 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 nº 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.”*

Portanto, a infração é subsistente, descabendo a apreciação de arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade em sede de tribunal administrativo, uma vez que discussão de questões relativas à constitucionalidade de normas foge, por determinação legal, a competência deste órgão julgador, à vista do artigo 167, I do RPAF/99.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278003.0004/19-9**, lavrado contra **OI MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$852.752,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR