

A. I. Nº - 298636.0004/19-4
AUTUADO - SKY SERVIÇOS DE BANDA LARGA LTDA.
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/05/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-03/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. **b)** 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. Refeitos os cálculos, o débito ficou reduzido. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/09/2019, refere-se à exigência de R\$57.338,71 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 06.05.01: 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 ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de julho, agosto, novembro e dezembro de 2017; agosto e dezembro de 2018.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 16 a 25 dos autos. Após comentar sobre a tempestividade da defesa afirma que será demonstrado que operações consignando a locação de bens móveis (impressoras multifuncionais) e a remessa de bens em bonificação sequer estão incluídas na materialidade do ICMS, não podendo ser alcançadas pela sua incidência. Diz que as demais operações consignam a remessa de mercadorias para integração ao ativo imobilizado (cartuchos de impressão) para utilização nos equipamentos remetidos em locação. Também afirma que a autuação se volta à exigência de valores de diferença de alíquotas já devidamente recolhidos.

Informa que é empresa reconhecida e renomada prestadora de Serviços de Acesso Condicionado, na modalidade Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), sendo fiel cumpridora de suas obrigações tributárias com todos os entes da Federação.

Diz que o serviço de TV por assinatura é considerado um serviço de telecomunicação, de acordo com a legislação em vigor, sendo o autuado contribuinte do ICMS no Estado de São Paulo, uma vez que sua sede é o estabelecimento que gera os sinais transmitidos via satélite captados pelos assinantes localizados neste Estado.

Com o intuito de promover a prestação de serviços de DTH de forma plena e resoluto, informa que mantém um estabelecimento neste Estado da Bahia, de modo a possibilitar o suporte e o atendimento aos seus clientes situados na Região Nordeste.

Esclarece que por se tratar de estabelecimento ativo e operacional, a filial Baiana da Sky demanda a manutenção da estrutura necessária à realização das atividades que lhe são ínsitas, especialmente no que se refere à prestação de serviços de DTH e a todo o suporte necessário à sua correta execução.

Informa que providenciou a locação de equipamentos necessários às atividades regulares e corriqueiras por parte de seu estabelecimento baiano, a exemplo de equipamentos de informática elencados na Nota Fiscal nº 50.765 (impressora multifuncional, cabo USB e aparelho de “nobreak”).

Diz que além da locação de equipamentos de informática, teve de providenciar a aquisição de uma série de outras mercadorias necessárias ao atendimento das atividades diariamente executadas por seu estabelecimento no Município de Salvador. É o que ocorre, por exemplo, com os cartuchos de impressão elencados nas Notas Fiscais de números 1113975, 162459, 164802 e 188764, os quais foram remetidos para uso, consumo ou integrarem o ativo imobilizado do estabelecimento baiano.

Alega que também há hipóteses em que o estabelecimento baiano recebeu bens e equipamentos provenientes do ativo imobilizado de terceiros, localizados no Estado de São Paulo, cuja legislação exclui do âmbito de incidência do ICMS as remessas de bens do ativo permanente.

Quanto às operações envolvendo locação de equipamentos, diz que se trata de operações materializadas nas Notas Fiscais 50.765 e 15.298, ambas elencadas na “Relação de Notas Fiscais” que instrui o Auto de Infração as quais demonstram que as mercadorias ali indicadas tiveram sua remessa ao estabelecimento do impugnante em Salvador promovidas num contexto de locação. As duas notas fiscais mencionadas estão excluídas do campo de incidência do ICMS.

Ressalta que ambas as operações tiveram como remetentes contribuintes localizados no Estado de São Paulo, unidade da Federação que possui expressa previsão normativa quanto à não incidência do ICMS sobre operações de saída de mercadorias a título de locação.

Também alega que a exigência fiscal recai sobre outras operações que, da mesma forma da locação, não atraem a incidência do ICMS. Trata-se das operações materializadas nas Notas Fiscais de números 1113975, 162459, 164802 e 188764 as quais consignam o recebimento pelo impugnante, de mercadorias para uso e consumo ou integração ao seu ativo imobilizado.

Afirma que a simples análise dos referidos documentos fiscais revela que as operações ali representadas consistem na aquisição de bens (cartuchos de impressão) no intuito de serem utilizados, consumidos ou ainda para integrarem o ativo imobilizado do impugnante, visando a um uso futuro.

Informa que as mercadorias elencadas em cada uma das quatro Notas Fiscais mencionadas ingressaram no estabelecimento autuado unicamente para fins de utilização imediata em suas atividades diárias ou para integrarem seu ativo imobilizado, para uso futuro em atividades relacionadas à manutenção da empresa ou ao suporte da atividade principal, não sendo objeto de revenda ou de posterior saída tributada.

Registra que o presente lançamento ainda elenca o recebimento de mercadorias provenientes do ativo imobilizado de seu respectivo remetente. São as Notas Fiscais 389022 e 393643, nas quais consta a expressa menção quanto à natureza da operação, representada pela remessa de bens provenientes do ativo imobilizado da IBM BRASIL INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA., sociedade empresária estabelecida no Estado da São Paulo.

Diz que a legislação do ICMS do Estado da São Paulo exclui do âmbito de incidência do ICMS as saídas de bens integrantes do ativo permanente do contribuinte. Entende que estando demonstrado que a operação de saídas das mercadorias está excluída do campo material de incidência do ICMS, a consequência lógica é a impossibilidade de exigência da diferença de alíquota pelo Estado da Bahia.

Observa que no campo das informações complementares das duas Notas Fiscais mencionadas estabelece que a remessa das mercadorias ali elencadas ocorreu com o fim específico de permitir a prestação de serviços junto à empresa EDGE NETSORK DO BRASIL SERVIÇOS EM TECNOLOGIA LTDA.

Assim, as mercadorias que integram o ativo imobilizado da IBM foram recebidas pelo impugnante única e exclusivamente para permitir a prestação de serviços a serem efetivados na empresa EDGE NETWORK de modo que as mercadorias em questão integraram os serviços de manutenção prestados pelo impugnante, devendo prevalecer a incidência do ISS.

Alega, ainda que a Nota Fiscal 3830 elencada no Relatório Fiscal por ter sido desacompanhada do recolhimento da diferença de alíquota se refere a remessa ao estabelecimento baiano do impugnante de camisetas confeccionadas com o intuito de divulgar campanha publicitária à época promovida pela Sky.

Informa que é por esta razão que o referido documento fiscal foi emitido com a indicação do CFOP 6910 (remessa em bonificação, doação ou brinde), para fins de evidenciar a natureza do envio das mercadorias em questão e o fato de estarem relacionadas ao envio de brindes num contexto de campanha publicitária.

Destaca, também, que o Relatório Fiscal elencou operações que teriam sido desacompanhadas de recolhimento da diferença de alíquotas. É o que ocorre com as Notas fiscais de números 740075, 743835, 86642 e 750564, cujos respectivos comprovantes de recolhimento do imposto instruem a defesa apresentada. Conclui que deve ser realizado o cancelamento integral da parcela referente à diferença de alíquotas relativa às operações consignadas nessas quatro Notas Fiscais.

Por fim, o defendente requer sejam canceladas as exigências veiculadas no presente Auto de Infração. Caso seja necessário, protesta pelo encaminhamento do PAF em diligência para que sejam apurados os fatos e provas. Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas, em atenção ao princípio da verdade material.

O autuante presta informação fiscal à fl. 64 do PAF, afirmando que o defendente faz uma alegação infundada de que existem notas fiscais de locação de bens móveis, porém nas notas fiscais relacionadas não existe uma única nota fiscal contendo a expressão “Remessa em Locação” e todas as notas fiscais listadas estão com destaque do ICMS de origem, e se fosse locação não teria destaque de ICMS.

Esclarece que a cópia do DANFE da Nota Fiscal nº 15298 anexada pelo Contribuinte em sua defesa não consta na relação das notas fiscais cobradas no presente Auto de Infração. Foi anexada pela defesa apenas para justificar o argumento apresentado.

Informa que todas as notas fiscais relacionadas no Auto de Infração estão com destaque do ICMS de origem e pelo tipo de mercadoria a que se referem trata-se de bens do ativo Imobilizado ou para uso e consumo, portanto é devido o ICMS apurado no presente lançamento.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Vitoria Paula Martinez Berni, OAB-SP Nº 440.551.

VOTO

O presente Auto de Infração está embasado no demonstrativo elaborado pelo autuante, conforme fls. 06 a 09 do PAF, sendo fornecida ao defendente, cópia do mencionado demonstrativo. Não foi identificado qualquer prejuízo ao defendente, a irregularidade apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento fiscal.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal. 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-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Sobre a alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, tendo em vista que

os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos.

Quanto ao mérito, a autuação fiscal 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 ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de julho, agosto, novembro e dezembro de 2017; agosto e dezembro de 2018.

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 do estabelecimento (art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96).

Nas razões de defesa, o Autuado alegou a existência de operações materializadas nas Notas Fiscais 50.765 e 15.298, ambas elencadas na “Relação de Notas Fiscais”, que instrui o Auto de Infração, as quais demonstram que as mercadorias ali indicadas, tiveram sua remessa ao estabelecimento do impugnante em Salvador, promovidas num contexto de locação.

Em relação à Nota Fiscal 50.765, observo que no levantamento fiscal, embora conste o referido documento, não foi apurado nem exigido imposto. O defendente anexou aos autos cópia da Nota Fiscal 15.298, (fl. 38), constando no campo destinado à natureza da operação “Remessa Locação”, e apesar de o autuante afirmar que “não consta na relação das notas fiscais cobradas no presente Auto de Infração”, o demonstrativo à fl. 06, indica a apuração de diferença de alíquotas referente ao mencionado documento fiscal, no valor de R\$212,02, ocorrência 31/08/2017. Assim, por se tratar de operação referente a locação de bens e não, aquisição para uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, o valor exigido deve ser excluído deste lançamento.

O impugnante também comentou sobre operações materializadas nas Notas Fiscais de números 1113975, 162459, 164802 e 188764, alegando que consignam o recebimento pelo seu estabelecimento, de mercadorias para uso e consumo ou integração ao seu ativo imobilizado. Aquisição de bens (cartuchos de impressão), no intuito de serem utilizados, consumidos ou ainda para integrarem o ativo imobilizado do impugnante, visando a um uso futuro.

Entendo que neste caso, configura a incidência do ICMS relativo à diferença de alíquotas. Nas operações interestaduais, referentes a 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.

Em relação ao questionamento do defendente na sustentação oral, quanto à constitucionalidade da diferença de alíquotas, observo que tal modalidade de cobrança de ICMS é prevista na legislação deste Estado, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Sobre as Notas Fiscais 389022 e 393643, nas quais consta a expressa menção quanto à natureza da operação, representada pela remessa de bens provenientes do ativo imobilizado da IBM BRASIL INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA., sociedade empresária estabelecida no Estado da São Paulo, o defendente alegou que no campo das Informações Complementares das duas Notas Fiscais mencionadas, estabelece que a remessa das mercadorias ali elencadas, ocorreu com o fim específico de permitir a prestação de serviços junto à empresa EDGE NETSORK DO BRASIL SERVIÇOS EM TECNOLOGIA LTDA.

Não acato a alegação defensiva, considerando que no próprio documento fiscal consta como destinatário o estabelecimento autuado. Houve a remessa de bem do ativo imobilizado para o defendente e conforme previsto no art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 (que trata do ICMS no Estado da Bahia), considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada de mercadoria ou bem, efetuada por contribuinte do imposto, em decorrência de operação

interestadual iniciada em outra Unidade da Federação, quando essas mercadorias ou bens forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente.

Outra alegação apresentada pelo autuante, se refere à Nota Fiscal 3830, de remessa ao estabelecimento baiano do impugnante, de camisetas confeccionadas com o intuito de divulgar campanha publicitária à época promovida pela Sky. Informou que o referido documento fiscal foi emitido com a indicação do CFOP 6910, para fins de evidenciar a natureza do envio das mercadorias em questão e o fato de estarem relacionadas ao envio de brindes num contexto de campanha publicitária.

Brindes são mercadorias adquiridas pelo contribuinte para distribuição gratuita. Neste caso, apesar de dispensada a emissão de nota fiscal na entrega do brinde ao consumidor ou usuário final, a operação de entrada da mercadoria ocorre com incidência do ICMS, sendo correto exigir a diferença de alíquotas em relação às mencionadas mercadorias.

O defendente alegou ainda, que as Notas fiscais de números 740075, 743835, 86642 e 750564, o imposto referente à diferença de alíquotas foi devidamente recolhido, e os respectivos comprovantes de recolhimento instruem a defesa apresentada.

Observe que de acordo com o demonstrativo do autuante (fl. 07), quanto à NF 740075, não houve cobrança de imposto. Em relação às NFs 743835, 86642 e 750564, consta no levantamento fiscal a dedução do valor já recolhido pelo Contribuinte, sendo exigida apenas a diferença entre a apuração realizada pela Fiscalização e o pagamento comprovado pelo defendente.

Ressalto que o pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas é previsto no art. 155, § 2º, VII da Constituição Federal, e no art. 4º, XV, e art. 17, XI da Lei nº 7.014/96, e os contribuintes que apurem o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal, esses 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, o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente (RICMS-BA/2012, art. 305 (caput), e seu § 4º, inciso III, alínea “a”).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a exclusão do débito relativo ao mês 08/2017, ficando o débito total reduzido para R\$57.126,69.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298636.0004/19-4**, lavrado contra **SKY SERVIÇOS DE BANDA LARGA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.126,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA