

A.I. Nº 269135.0006/20-5
AUTUADO TELEFÔNICA BRASIL S.A.
AUTUANTES GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR e JOSÉ MARIA BONFIM COSTA
ORIGEM DAT METRO/IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO- INTERNET – 29/03/2023

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0030-01/23-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Impugnação administrativa prejudicada quanto à apreciação do mérito de parte da exigência fiscal, tendo em vista que a matéria se encontra sub judice no âmbito do Poder Judiciário. Excluídas da exigência fiscal sujeita à discussão administrativa as notas fiscais relacionadas das fls. 130 a 135 em razão de já terem sido escrituradas pelo autuado nos meses de janeiro e fevereiro de 2020 e uma nota fiscal referente a devolução de venda realizada anteriormente pelo autuado. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 635.172,32 em decorrência da falta de recolhimento do ICMS da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento (06.05.01), ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2019, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O autuante acrescentou que as notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito não foram escrituradas na EFD.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração das fls. 20 a 31. Alertou que algumas operações incluídas no demonstrativo não possuem incidência do ICMS e outra parte refere-se a notas fiscais que foram escrituradas em períodos posteriores, tendo o imposto sido recolhido normalmente.

Explicou que parte das operações trata de remessas de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, não tendo que se falar em fato gerador do ICMS, pois não há circulação de mercadorias sem a transferência da propriedade. Acrescentou que o fato gerador do ICMS não ocorre com a simples saída de mercadoria do estabelecimento, mas de uma saída como execução de um ato ou negócio translativo da titularidade da mercadoria. Citou decisões do STJ e do STF nesse sentido. Ressaltou que mesmo havendo recolhimento parcial do ICMS sobre tais operações, isso não é justificativa para se manter a presente exigência fiscal.

Informou que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia deferiu liminar nos autos do mandado de segurança nº 0565747-94.2015.8.05.0001 determinando que o Estado da Bahia se abstivesse de autuar e de executar o autuado pelo não pagamento do ICMS sobre as operações de transferência de bens do ativo imobilizado, de uso e consumo e quaisquer outros bens e mercadorias entre estabelecimentos próprios, sejam estas interestaduais ou internas, destinadas ao Estado da Bahia, conforme documento das fls. 57 a 62.

Destacou que existem exigências indevidas sobre aquisições ou recebimentos que ocorreram com os seguintes CFOPs:

6911 – remessa de amostra grátis;

6411 – devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária;

6910 – remessa em bonificação, doação ou brinde;

6152 – transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros;

6949 – outras saídas em caráter não definitivo.

Trouxe como exemplo a nota fiscal nº 655958, classificada sob o CFOP 6949, referente à remessa de um bem em substituição de outro por motivo de defeito. Completou dizendo que não pode haver incidência do ICMS em operações que não tenha ocorrido como contrapartida o pagamento de um preço pela mercadoria.

Reiterou que parte das notas fiscais arroladas no demonstrativo foram escriturados em períodos seguintes, sem, porém, indicar os respectivos números. Requeru a realização de diligência para revisão fiscal. Indicou à fl. 31 o patrono que deverá ser cadastrado para fins de recebimento das intimações no presente feito.

Os autuantes apresentaram informação fiscal às fls. 68 e 69. Explicaram que durante a ação fiscal que culminou com a lavratura do presente auto de infração não foi informado pelo autuado da existência de liminar deferida pelo Poder Judiciário impedindo a cobrança do DIFAL sobre as transferências. Apresentou novo demonstrativo com a retirada da exigência sobre essas transferências, reduzindo a exigência fiscal para R\$ 605.991,35.

Informou que não há na legislação suporte que ampare a não incidência do ICMS nas aquisições ou recebimentos com CFOP 6901, 6411, 6910, 6152 e 6949. Quanto à alegação de que parte das notas fiscais foram escrituradas em períodos seguintes, destacou que não foram indicadas quais e comprovadas as referidas escriturações.

O autuado apresentou manifestação das fls. 76 a 80. Reiterou os argumentos trazidos na defesa que sustenta a não incidência do ICMS DIFAL nas aquisições e recebimentos com CFOP 6911, 6411, 6910 e 6949. Quanto às notas fiscais que foram escrituradas em períodos seguintes, disse que será comprovado por meio da juntada dos documentos fiscais e das guias de recolhimento em momento oportuno.

Os autuantes apresentaram nova informação fiscal à fl. 99. Reiteraram os termos trazidos na informação fiscal às fls. 68 e 69.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência para que os autuantes desmembrassem o demonstrativo separando as operações de transferência das demais operações, apresentando de forma analítica e sintética (fl. 104).

Os autuantes apresentaram os demonstrativos desmembrados, conforme CD à fl. 111.

O autuado apresentou manifestação das fls. 116 a 120. Em relação ao demonstrativo em que foram separadas as operações em transferência de estabelecimento da mesma empresa, reiterou a sua exclusão por não se tratar de hipótese de incidência do imposto, conforme entendimento do STF.

Em relação às demais hipóteses, alegou que não deve ser exigido o imposto quando as mercadorias forem recebidas sem título oneroso, mesmo sendo recebidas de outras empresas, como no CFOP 6911 referente a remessa de amostra grátis. Citou o disposto no inciso XXI do art. 265 do RICMS que estabelece a isenção do ICMS sobre as saídas e os recebimentos de amostras grátis.

Também entendeu como indevida a exigência do imposto em relação aos recebimentos de mercadoria a título de bonificação, doação ou brinde, CFOP 6910, por não terem ocorrido a título oneroso.

Acrescentou que a diferença de alíquotas também não pode ser exigida nos recebimentos com CFOP 6411 (devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), pois não se configurou nenhum fato gerador. Citou como exemplo a nota fiscal nº 655958 que registrou o retorno de bem em substituição a outro considerado com defeito em aquisição anterior feita pelo autuado. Enfatizou que não houve pagamento de novo preço. Concluiu que tributar a peça enviada em substituição a outra significa *bis in idem*.

Reapresentou planilha demonstrando que escriturou a destempo parte das notas fiscais relacionadas do demonstrativo deste auto de infração, ocasião em que pagou o imposto a título de diferença de alíquotas (fls. 130 a 135).

Os autuantes apresentaram nova informação fiscal à fl. 138. Disseram que o autuado não trouxe fatos novos em sua última manifestação e que não trouxe qualquer comprovação de que escriturou várias notas fiscais fora dos prazos com o consequente pagamento do imposto devido.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em nova diligência para que os autuantes conferissem no sistema da SEFAZ se as notas fiscais relacionadas das fls. 130 a 135 foram efetivamente escrituradas no ano de 2020 e, caso tenha sido, refizesse o demonstrativo de débito excluindo a exigência fiscal decorrente dessas entradas (fl. 144).

Os autuantes apresentaram informação fiscal à fl. 154. Confirmaram que as referidas notas fiscais foram efetivamente registradas pelo autuado no ano de 2020 e excluíram a sua exigência do demonstrativo, conforme demonstrativos em CD à fl. 156, reduzindo a exigência fiscal para R\$ 415.484,99.

O autuado apresentou manifestação das fls. 161 a 166. Reiterou que não incide ICMS nas operações com CFOP 6910 (remessa em bonificação, doação ou brinde), 6911 (remessa de amostra grátis) e 6411 (devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) porque não há transferência onerosa de mercadoria.

Também reiterou que não deve haver exigência fiscal nas operações com CFOP 6949, pois trata-se de uma classificação genérica. Citou como exemplo a nota fiscal nº 707196 (fl. 177) referente a retorno de troca de bem que apresentou defeito. Citou também a nota fiscal nº 655964 cujas saídas se caracterizaram como locações (fl. 179). Por fim, citou a nota fiscal nº 23581 (fl. 181) em que registrou o envio de produto que havia sido extraviado em remessa anterior.

Presente à sessão de julgamento a patrona do autuado, a Advogada Letícia Alves Silva, OAB/MG nº 140.149.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração trata da exigência da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo ou para o uso ou consumo no estabelecimento do autuado.

Consta das fls. 57 a 62, decisão do Poder Judiciário do Estado da Bahia, em medida liminar concedida ao autuado, proferida em 27/10/2015, obrigando o Estado da Bahia a abster-se de autuar e de executar o autuado pelo não pagamento do ICMS sobre as operações de transferência de bens do ativo imobilizado, de uso e consumo e quaisquer outros bens e mercadorias entre estabelecimentos próprios, sejam estas interestaduais ou internas, destinadas ao Estado da Bahia.

Por esta razão, o presente auto de infração teve seu demonstrativo de débito desmembrado para separar as operações em transferência das demais operações.

O caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que “a propositura

de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”. Assim, entendo que, com o mandado de segurança impetrado, a defesa interposta fica prejudicada em relação às operações de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o valor de R\$ 29.180,97, constante no demonstrativo anexado à fl.109, ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Foram excluídas da presente exigência fiscal as notas fiscais relacionadas das fls. 130 a 135 em razão de já terem sido escrituradas pelo autuado nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, conforme conferido pelos autuantes. Após essa retificação, o valor da exigência fiscal, passível de julgamento na esfera administrativa, foi reduzido para R\$ 415.484,99, conforme demonstrativo à fl. 155.

O autuado ainda questionou a exigência fiscal sobre operações com CFOP 6910 (remessa em bonificação, doação ou brinde), 6911 (remessa de amostra grátis) e 6411 (devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) porque não há transferência onerosa de mercadoria. Além disso, discute a exigência fiscal em relação às operações com CFOP 6949 referente a retorno de troca de bem que apresentou defeito, de envio a título de locação e referente a reenvio de produto que havia sido extraviado em remessa anterior.

As remessas com código CFOP 6910 correspondem a remessas de mercadorias a título de bonificação ou em decorrência de garantia. As mercadorias recebidas em bonificação foram abraçadeiras, arruelas, cabos, fitas, luvas, disjuntores, parafusos, porcas, roteadores, tubos, etc. São mercadorias que se constituem em objeto normal, utilizado na atividade do contribuinte. Como as remessas a título de bonificação devem ser tributadas normalmente, não há porque se dispensar o pagamento da diferença de alíquotas sob a alegação de não terem ocorrido a título oneroso.

As remessas de mercadorias para substituição a título de garantia devem ser tributadas normalmente. O art. 383 do RICMS estabelece que na saída da peça nova em substituição à defeituosa, o concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada deverá emitir nota fiscal indicando como destinatário o proprietário da mercadoria, com destaque do imposto, quando devido, cuja base de cálculo será o preço cobrado do fabricante pela peça e a alíquota será a aplicável às operações internas. Assim, não há que se falar em exclusão dessas remessas do rol das operações sujeitas ao pagamento da diferença de alíquotas.

As remessas ocorridas a título de amostras foram tributadas normalmente pelos remetentes, conforme consulta feita no portal da nota fiscal eletrônica por meio da chave de acesso. Assim, não há como considerar que essas remessas atenderam aos requisitos estabelecidos no Convênio ICMS 29/90 que isenta do ICMS a saída de amostra grátis. Não tendo atendido aos requisitos de admissibilidade da isenção e sendo tributados normalmente pelos remetentes, também não há porque se falar em excluir esses recebimentos do pagamento da diferença de alíquotas.

A devolução de compra realizada para o autuado, no entanto, não pode ser incluída no rol das operações sujeitas ao pagamento da diferença de alíquotas. A mercadoria recebida em devolução retorna para o estoque do autuado, ficando disponível para uma nova operação. Esse tipo de operação consta apenas na nota fiscal nº 1129, emitida em 03/12/2019, devendo ser excluído da exigência fiscal do mês de dezembro de 2019 no valor de R\$ 70,86.

Como já dito anteriormente, as remessas de mercadorias para substituição a título de garantia devem ser tributadas normalmente com base no art. 383 do RICMS. Assim, não procede a exclusão da exigência fiscal nas operações com CFOP 6949 referente aos recebimentos de mercadorias para troca em função de garantia fornecida pelo fabricante.

Em relação à nota fiscal nº 655964, consta tratar-se de registro para documentar remessa de troca

em garantia, assunto já tratado anteriormente, e não decorrente de locação.

Em relação à nota fiscal nº 23581, também não procede a alegação do autuado de que não deveria persistir a exigência fiscal por se tratar de reenvio de mercadoria que havia se extraviado em remessa anterior. Se a entrega das mercadorias na operação registrada na nota fiscal da remessa anterior foi extraviada antes da entrega, essa não poderia estar sujeita ao pagamento da diferença de alíquotas. A presente nota fiscal que representa a efetiva operação realizada certamente deverá estar sujeita ao pagamento da diferença de alíquotas.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$ 415.414,11, nos termos do demonstrativo à fl. 155, ficando retificada a exigência do mês de dezembro de 2019 de R\$ 77.087,02 para R\$ 77.016,16.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269135.0006/20-5** lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$ 415.414,11**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81, e declarar **PREJUDICADA** a defesa interposta, no que tange à obrigação tributária principal, no valor de R\$ 29.180,97, constante no demonstrativo anexado à fl. 109, devendo ser remetido à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR