

PROCESSO - N. F. Nº 269135.0003/20-6
NOTIFICADO - ALGAR TELECOM S/A
NOTIFICANTES - GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR e JOSÉ MARIA BONFIM COSTA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/09/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0224-02/24 NF

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO PRÓPRIO OU BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO EM FUNÇÃO DE CÁLCULO INCORRETO NA APURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Optando pela discussão judicial da questão envolvida no PAF, o trânsito em julgado do comando judicial favorável ao contribuinte implica na impertinência da acusação fiscal e extinção do processo administrativo fiscal (RPAF: Art. 122, II). Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Fiscalização Estabelecimento foi lavrada em 25/06/2020, e exige crédito tributário de R\$ 32.175,50, acrescido de multa pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento para fatos apurados em maio e julho a novembro de 2019. ICMS exigido de R\$ 10.546,42. Multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Consta a seguinte informação dos autuantes: *“Deixou de efetuar o recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL) de mercadorias constantes em Notas Fiscais de entrada, SENDO ESTAS NF DE ENTRADAS TODAS COM CFOP 2557 - TRANSFERÊNCIA DE MATERIAL PARA USO OU CONSUMO, QUE NÃO FORAM INCLUÍDAS NO CÁLCULO DO DIFAL DO CONTRIBUINTE. Tudo conforme comprovam as planilhas eletrônicas anexas que se encontram gravadas em arquivo magnético anexado ao PAF, que não foram impressas em virtude de serem bastante extensas não sendo possível sua visualização através da impressão.”.*

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96 c/com art. 305, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

Infração – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento para fatos apurados em fevereiro a abril, julho e agosto de 2019. ICMS exigido de R\$ 8.938,18. Multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Consta a seguinte informação: *“Deixou de efetuar o recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL) de mercadorias constantes em Notas Fiscais de entrada, EM DECORRÊNCIA DE NÃO TER LANÇADO ESTAS ENTRADAS NA ESCRITURAÇÃO FISCAL ELETRÔNICA (EFD). Tudo conforme comprovam as planilhas eletrônicas anexas que se encontram gravadas em arquivo magnético anexado ao PAF, que não foram impressas em virtude de serem bastante extensas não sendo possível sua visualização através da impressão.”.*

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96 c/com art. 305, inc. III, alínea “a” do

RICMS/2012.

A notificada, através de seus advogados, impugnou o lançamento, fls. 15 e 18-v, onde inicialmente demonstrou a tempestividade da defesa e ao fazer um resumo na Notificação Fiscal, transcreveu as infrações e afirmou que o lançamento não poderá subsistir, tendo em vista que: *(I)* possui medida judicial em vigor afastando a cobrança do ICMS-DIFAL nas operações de transferência; *(II)* parte do ICMS-DIFAL, ora exigido, decorrente de aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades federativas, já foi pago; e *(III)* o restante do ICMS-DIFAL, os lançamentos foram realizados em duplicidade.

Ao abordar os fundamentos jurídicos de sua defesa, conta que no período fiscalizado foram identificadas 20 notas fiscais emitidas por seus estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação. Estas notas fiscais seguem anexas ao Doc. 04, que demonstram claramente ser originárias de sus estabelecimentos, a exemplo da NF-e nº 001.131.560, plotada.

Relata que ingressou com o Mandado de Segurança, sob o nº 8018893-21.2019.8.05.0001, em trâmite na 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, para afastar a exigência do ICMS e do ICMS-DIFAL nas operações de transferência de mercadorias realizadas entre seus estabelecimentos.

Complementa que nos autos da medida judicial obteve o provimento para “afastar a exigência do ICMS e do diferencial de alíquotas (DIFAL), sobre as operações de transferência de bens integrantes do ativo imobilizado e materiais de uso e consumo entre os estabelecimentos das Impetrantes, localizados em outras unidades da Federação, ante a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança.”, conforme trecho da sentença reproduzido.

Narra que a sentença, proferida em 07/05/2020 - Doc. 05, está em pleno vigor, considerando que o Recurso de Apelação da Fazenda Estadual não foi recebido com efeito suspensivo, sendo que, atualmente, o processo está concluso para relatório e voto da Desembargadora Pilar Célia Tobio de Claro.

Conclui que, com o provimento judicial obtido, o crédito tributário lançado está com a exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, inc. IV, do Código Tributário Nacional, reproduzido e além do mais o Poder Judiciário possui sólida jurisprudência, representada pela Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade não constitui fato gerador do ICMS.

Justifica que a decisão do STJ tem como base o art. 155, inc. II da Constituição Federal, ao determinar que o ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias quando há transferência de titularidade das mesmas. Assim, não há caracterização do fato gerador do ICMS.

Acrescenta que da mesma forma, é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, conforme ementa de julgado reproduzida.

Repisa que possui medida judicial em vigor - Doc. 05, afastando a exigência do ICMS e do ICMS-DIFAL nas operações de transferência realizadas entre seus estabelecimentos, cujas operações de transferências não constitui fato gerador do ICMS, nos termos da Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça, corroborada pela pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conclui que dessa forma, a primeira infração deverá ser imediatamente cancelada, diante da inexistência de exigibilidade do ICMS e do ICMS-DIFAL sobre as operações de transferência, o que desde já requer.

Na segunda infração foram identificadas 14 notas fiscais cujas cópias seguem anexadas no Doc. 06.

Aponta como primeira consideração o fato de que as notas fiscais nº 024.197 e nº 024.198 foram lançadas na Escrituração Fiscal Digital – EFD, Doc. 07, emitidas pela Westcon Brasil Ltda.

Assinala que da análise da EFD - Doc. 07, verifica-se que o valor total do ICMS a recolher, para a competência de 05/2019, foi de R\$ 27.981,66, cujo pagamento foi realizado, conforme

comprovantes anexos - Doc. 08. Desse modo, o crédito tributário está extinto, conforme previsão do art. 156, inc. I, do Código Tributário Nacional.

A segunda consideração se relaciona aos demais valores lançados, cuja cobrança está em nítida duplicidade.

Traz como exemplo, a nota fiscal nº 000.207 - Doc. 07, emitida pela Synctel Serviços de Telecomunicações EIRELI, no valor total de R\$ 10.221,30, onde a natureza da operação é “simples remessa de mercadoria”, conforme figura plotada, donde destaca que no campo de “Dados Adicionais”; consta a menção à nota fiscal nº 007.388, emitida pela empresa Serralheria Moreno de Irmãos Silva Ltda., também no valor de R\$ 10.221,30, como natureza da operação “remessa de mercadoria por conta e ordem terceiro, conforme figura plotada, e assim, conclui que as mercadorias indicadas em ambas operações são exatamente as mesmas.

Explica que no exemplo, a operação ocorreu da seguinte forma: *(I)* a notificada contratou serviço que envolvia a entrega e instalação de mercadorias; *(II)* a prestadora de serviços (Synctel) adquiriu as mercadorias de terceiro (Serralheria); e *(III)* as mercadorias foram entregues diretamente para a notificada.

Acrescenta que a operação envolveu a emissão de duas notas fiscais (000.207 e 007.388), emitidas por duas empresas (Synctel e Serralheria), mas a mercadoria foi entregue diretamente a notificada, portanto, só há um fato gerador do ICMS-DIFAL. Contudo, o ICMS-DIFAL está sendo cobrado com relação às duas notas fiscais.

Conclui haver nítido lançamento em duplicidade, sendo imperiosa a realização de diligência, para que a se apure, devidamente, qual o valor do ICMS-DIFAL deverá ser lançado, na forma do art. 145, do Decreto nº 7.629/1999, copiado.

Ressalta que a diligência, realizada nos termos do art. 150, inc. I do Decreto nº 7.629/99, deverá apurar os lançamentos realizados em duplicidade, notadamente com relação às operações realizadas e que envolveram a emissão de duas notas fiscais, com a ocorrência de apenas um fato gerador do imposto.

Salienta que a diligência envolverá nova apuração do lançamento, assim, requer, desde já, a sua intimação após sua conclusão, a teor do art. 149-A, do Decreto nº 7.629/99, e com a concessão do prazo de 10 dias, previsto no art. 18, § 1º do citado decreto.

Diante das inconsistências com relação à segunda infração, considerando que houve pagamento do ICMS-DIFAL e que há lançamentos em duplicidade, pugna pelo cancelamento integral das cobranças.

Requer:

- i)* O conhecimento e processamento da impugnação, já que cabível e tempestiva, na forma do art. 123, do Decreto nº 7.629/99;
- ii)* No mérito, que a impugnação seja julgada totalmente procedente com relação à primeira infração, considerando que a notificada possui provimento judicial para não se sujeitar ao recolhimento do ICMS-DIFAL nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de sua própria titularidade;
- iii)* No mérito, que a impugnação seja julgada totalmente procedente com relação à segunda infração, considerando que os lançamentos desconsideraram o pagamento do ICMS - DIFAL para determinadas competências e que há lançamentos realizados em nítida duplicidade;
- iv)* A realização de diligência, na forma dos artigos 145 e 150, inc. I, do Decreto nº 7.629/99, para que se apure, adequadamente, o valor do lançamento realizado com relação à segunda infração;
- v)* Após a realização da diligência, que seja concedido o prazo de 10 (dez) dias para manifestação acerca das conclusões da diligência, à luz do artigo 18, § 1º, do Decreto nº

7.629/99.

Por derradeiro, protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, com destaque para os documentos anexos, enumerados.

Os Auditores Fiscais prestaram a informação fiscal, apensada às fls. 104 a 106, onde ao se referirem ao mérito e em relação aos argumentos relacionados na defesa, informam que ficou demonstrado que o contribuinte possui Mandado de Segurança exarado pela 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, fls. 20 a 24, que lhe concede o direito de não proceder ao recolhimento de ICMS e do ICMS-DIFAL nas transferências interestaduais de mercadorias realizadas entre seus estabelecimentos e desta forma fica prejudicada a cobrança dos valores constantes na infração 01.

Em relação aos argumentos relacionados as notas fiscais números 024.197 e 024.198, onde a notificada alegou que foram lançadas na EFD e devidamente pagas, afirmam que verificando os documentos juntados às fls. 77 a 79, constataram que este documento se refere ao mês de maio e as referidas notas fiscais foram emitidas em julho, portanto, não poderiam estar escrituradas em maio.

Assim, ao proceder uma nova verificação, constataram que realmente estas notas fiscais não estão escrituradas na EFD, portanto, os documentos juntados pelo contribuinte não comprovam a sua escrituração, tampouco o pagamento do ICMS-DIFAL.

Concordam que houve duplicidade na cobrança do ICMS-DIFAL relativo as notas fiscais números 000.207 e 007.388, sendo que estas se referem a mesma operação, uma delas de REMESSA DE MERCADORIA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS. Desta forma o novo valor total da infração é de R\$ 7.567,04.

Afirmam ter juntado à informação fiscal os novos demonstrativos com a apuração destes valores.

Em relação a pretensão de realização de diligência, dizem ser desnecessária, vez que constatada ter havido cobrança em duplicidade de apenas das duas notas fiscais, foi cobrado o ICMS-DIFAL de apenas 12 notas fiscais, não escrituradas.

Concluem solicitando que no julgamento da Notificação Fiscal não sejam cobrados os valores da infração 01 e que a infração 02 seja julgada parcialmente procedente considerando a cobrança dos valores relacionados no novo demonstrativo, ora juntado aos autos.

Tendo em vista que parte dos argumentos defensivos foram acatados pelos autuantes, que elaboraram novo demonstrativo de débito alterando o valor da infração 02, os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de pauta suplementar, decidiram converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que se intime a notificada a tomar conhecimento da informação fiscal prestada, entregando-lhe cópias dos novos demonstrativos.

Intimada a conhecer a informação fiscal através dos Correios, fls. 116 e 116-A, a notificada apresentou manifestação, fls. 118 a 123, onde repisa todos os termos da defesa, especificamente em relação a infração 01, a existência da decisão judicial referente ao Mandado de Segurança nº 8018893-21.2019.8.05.0001, em tramite na 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador para afastar a exigência do ICMS nas operações de transferências entre seus estabelecimentos.

Ao abordar a infração 02, registra que as duas notas fiscais números 024.197 e 024.198, não consideradas pelos Fiscais como escrituradas, foram lançadas na EFD em maio de 2020. Anotam que apesar das notas terem sido emitidas em 31/07/2019, a entrada ocorreu apenas em 25/05/2020, portanto, não há ICMS-DIFAL a recolher.

Aponta ainda existir duplicidade de cobrança do imposto referente as notas fiscais números 000.004 emitida por Lambda Serviços de Telecomunicações Ltda. no valor de R\$ 6.497,10 referente a simples remessa de mercadorias e que no campo dos dados adicionais faz menção a nota fiscal nº 198.450 emitida pela empresa Nilko Tecnologia Ltda.

Explica que a emissão das duas notas fiscais se refere às mesmas mercadorias, fato que

caracteriza duplicidade de cobrança do imposto, o que implicará na realização de nova diligência para apuração do imposto efetivamente devido. Portanto, desde já requer a concessão do prazo de dez dias para se manifestar.

Repete os requerimentos já postos na defesa.

Um dos autuantes prestou nova informação, fl. 146 e 147, onde nada acrescenta para a infração 01.

Quanto aos argumentos da infração 02, esclarece que a alegada escrituração das notas fiscais números 024197 e 024198 ocorrida em 25/05/2020, ocorreu após iniciada a fiscalização do estabelecimento, portanto, efetivamente estas não estavam escrituradas, fato reconhecido pelo contribuinte, constante na resposta dada à intimação, fl. 07, o que descaracterizou a espontaneidade.

Quanto a possível duplicidade de cobrança do ICMS-DIFAL (NF-e nº 000004 e 198450) afirma ser inverídica, cuja comprovação pode ser atestada consultando o demonstrativo, fl. 08 para verificar que não há cobrança do imposto referente a NF-e nº 198450.

Mantém o mesmo entendimento manifestado na anterior informação.

À fl. 152 consta pedido de diligência à PGE/PROFIS para emissão de Parecer Jurídico acerca da situação atual do processo judicial 8018893-21.2019.8.05.0001 e seus efeitos jurídicos no presente PAF.

Por consequência, em Parecer autuado à fl.156, a PGE/PROFIS informa a baixa definitiva do citado processo judicial com a manutenção da segurança concedida ao sujeito passivo com a possibilidade de aplicação do art. 122, II, do RPAF, declarando-se a extinção deste PAF, desde que carreado aos autos pelo autuado, a certidão de trânsito em julgado do comando judicial.

Regularmente intimado para tanto, à fl. 160 consta petição do sujeito passivo para juntar os autos documentos do MS 8018893-21.2019.8.05.0001: (I) sentença; (II) acórdão de ID 299533148; (III) certidão de trânsito em julgado reconhecendo, em definitivo, o direito da Requerente ao afastamento da “exigência do ICMS e do diferencial de alíquotas (DIFAL), sobre as operações de transferência de bens integrantes do ativo imobilizado e materiais de uso e consumo entre os estabelecimentos das Impetrantes, localizados em outras Unidades da Federação, ante a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança”.

À fl. 284 consta pedido de diligência à ASTEC para intimar a empresa autuada a apresentar certidão de trânsito em julgado e cópia do Acórdão ID 299533148.

Às fls. 287-288 consta parecer da ASTEC informando desnecessária a intimação requerida, uma vez que o contribuinte, de forma proativa, já providenciou o envio da documentação exigida pela PGE, as quais constam anexadas às fls. 270-279 do PAF.

À fl. 292 consta novo pedido de diligência à PGE para apreciação dos documentos juntados pelo sujeito passivo e conclusão do parecer anterior.

À fl. 296 consta parecer da PGE/PROFIS opinando pela aplicação do art. 122, II do RPAF, com a declaração de extinção do PAF.

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo, Patrícia Alves Teixeira Pacheco, OAB/MG 222.645, repisou os argumentos defensivos, em especial, quanto ao trânsito em julgado do MS acerca do caso.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente notificação fiscal sobre exigência de ICMS relativo a diferença entre alíquotas internas e interestaduais por aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fisco e/ou consumo do próprio estabelecimento – DIFAL.

Tempestivamente o sujeito passivo impugnou o lançamento arguindo a inexigibilidade do imposto em face de: a) provimento judicial obtido no MS nº 8018893-21.2019.8.05.0001; b) Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Como visto no relatório, no curso da instrução processual a PGE/PROFIS foi instada por duas vezes para pronunciar acerca do *status* do provimento judicial e sua repercussão neste PAF. Já da primeira vez informou a baixa definitiva do citado processo judicial com a manutenção da segurança concedida ao sujeito passivo com a possibilidade de aplicação do art. 122, II, do RPAF, declarando-se a extinção deste PAF, desde que carreado aos autos pelo autuado, a certidão de trânsito em julgado do comando judicial.

Intimado para tanto, o sujeito passivo aportou aos autos a requerida certidão de trânsito em julgado do comando judicial e, novamente instada, a PGE/PROFIS opinou pela aplicação do art. 122, II, do RPAF, com a declaração de extinção do PAF, opinativo que acolho para declarar a extinção deste PAF, tendo em vista que no arcabouço jurídico brasileiro a definitiva jurisdição acerca do Direito é função exclusiva do Poder Judiciário:

RPAF

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

...

II - em face de decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal.

Por tudo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da notificação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **269135.0003/20-6**, lavrada contra **ALGAR TELECOM S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA