Este texto não substitui o publicado oficialmente.

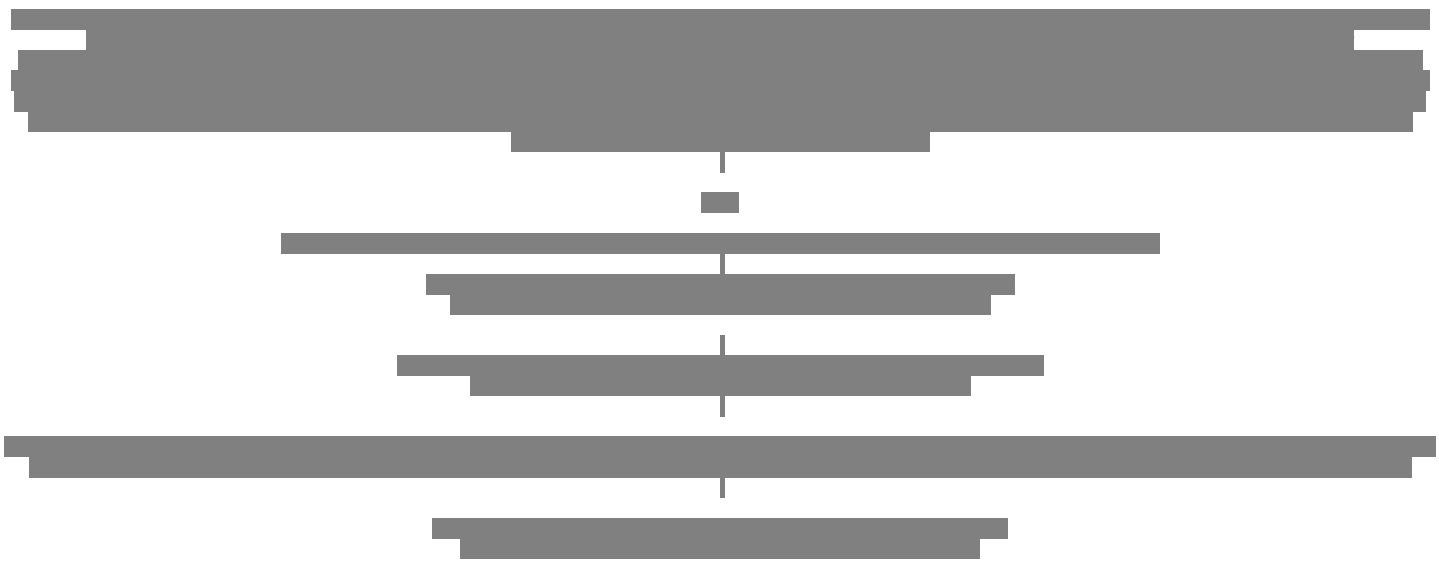
ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO N°0400152016-8
TRIBUNAL PLENO
1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP
1ªRecorrida :TELEMAR NORTE LESTE S/A
2ªRecorrente:TELEMAR NORTE LESTE S/A
2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP.
Repartição Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ
Autuantes:EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO.
Relator:CONS.º.PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS AS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE BENS PARA USO OU CONSUMO. AUSÊNCIA DE DÉBITO. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Configurada a repercussão tributária em operações de transferências de mercadorias destinadas ao uso ou consumo, sem débito fiscal do ICMS, em razão da incidência do imposto nas saídas de mercadorias de estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular, conforme legislação de regência. Acusação não elidida.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...



#

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77, da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000341/2016-98, lavrado em 31/3/2016 *(fls. 5 e 6)* no qual a autuada TELEMAR NORTE LESTE S/A, nos autos qualificada, é acusada da seguinte infração:

INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, OPERAÇÕES C/ MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo ICMS.

NOTA EXPLICATIVA:

CONTRARIANDO A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA O CONTRIBUINTE CONSIDEROU COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS OPERAÇÕES DE TRANFERÊNCIA DE BENS PARA USO E CONSUMO CFOP 6557, TUDO EM CONFORMIDADE COM OS DEMONSTRATIVOS ANEXO AO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. ACRESCENTE-SE AINDA AOS DISPOSITIVOS DADOS POR INFRINGIDOS O ART. 638, I, O ART. 3º, I E O ART. 2º, §5º, V, TODOS DO RICMS/PB.

Em decorrência da acusação, por infringência ao art. 106 c/c o art. 52, art. 54, e art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “i”, todos do RICMS/PB, além dos dispositivos destacados na Nota Explicativa do Auto de Infração, os auditores fiscais procederam ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor de R$ 2.336.983,14, R$ 1.752.737,36 a título de multas por infração, com fulcro no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96, totalizando um crédito tributário no montante de R$ 4.089.720,50, referente aos fatos geradores ocorridos entre os períodos de janeiro, fevereiro, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro, todos do exercício de 2015.

Documentos instrutórios, demonstrativos e notas fiscais, juntados às fls. 7 a 25.

Devidamente cientificada de forma pessoal em 1º/4/2016, fl. 6, a empresa autuada apresentou Reclamação tempestiva, fls. 34 a 43, e anexos às fls. 44 a 36, protocolada em 29/4/2016, fl. 33, em que traz, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

a) Que o auto de infração é nulo, pois teria sido fundamentado em indicações genéricas;

b) A exigência do ICMS nas operações de transferência de bens entre estabelecimentos de mesmo titular é indevida, tendo em vista não ocorrer fato gerador do ICMS;

c) Que não há negócio jurídico mercantil nestas operações, pois há somente um mero deslocamento físico de mercadorias, sem alteração da titularidade do bem;

d) Que este entendimento estaria ratificado pela súmula nº 166/STJ;

e) Alega ainda que a multa aplicada deve ser cancelada por não indicar dolosamente que a

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

mercadoria seria isenta ou não tributada, e que não se refere a multa por descumprimento de obrigação acessória;

f) Ao final, solicita a improcedência do auto de infração e o arquivamento do presente processo administrativo.

Com registro de antecedentes fiscais (fls. 86 a 90),mas sem caracterização de reincidência da infração em tela, foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, e distribuídos ao julgador fiscal Pedro Henrique Silva Barros, que após apreciação e análise, decidiu pela procedência da autuação, proferindo a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS AS OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL.

A constatação de aquisição de mercadorias de outras unidades da federação, destinada ao uso e consumo, mesmo que provenientes de estabelecimento do mesmo titular, enseja a cobrança do ICMS devido, sem prejuízo da multa prevista na legislação regente.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Regularmente cientificados da decisão *a quo*, por meio de Aviso de Recebimento -AR (fl. 103), recepcionado em 15/2/2017, a empresa autuada compareceu aos autos para apresentar recurso voluntário, fls. 132 a 140, protocolado em 14/3/2017, fl. 131, trazendo à baila, em síntese, as seguintes razões:

a) nos mesmos moldes apresentados em sua peça de defesa, no julgamento da instância *a quo,* requer, em preliminar, a nulidade do auto de infração, alegando imprecisão na fundamentação legal;

b) que a exigência do ICMS sobre a transferência de bens entre estabelecimentos da própria empresa é ilegítima, por não constituir fato gerador do imposto, destacando como fundamento a Súmula 166 do STJ;

c) que não teria sido alegada a inconstitucionalidade da legislação estadual, que deveria a administração pública buscar a eficiência;

d) que não havendo mudança de titularidade não há o que se falar em desvirtuamento da relação de créditos e débitos;

e) destaca que não houve transferência de titularidade dos bens, não havendo circulação de mercadorias;

f) que teria sido imputada a multa de 75%, com base no art. 82, IV, da lei nº 6.379/96, referente ao descumprimento de obrigação acessória, solicitando seu cancelamento;

g) Ao final, solicita o cancelamento do auto de infração e o arquivamento do presente processo administrativo.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Foi juntado aos autos, fls. 143, pedido de sustentação oral pelos seus devidos procuradores.

Seguindo o trâmite processual, foram os autos remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, e distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Em se tratando de operações interestaduais de transferência de material de uso/consumo entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme preceitua o art. 638, I, do RICMS/PB, citado em Nota Explicativa da inicial, esta relatoria solicitou, em diligência, fls. 150 a 151, que a fiscalização verificasse junto a empresa autuada, se houve lançamento dos créditos correspondentes aos valores inicialmente cobrados.

Em resposta, relativamente ao que foi solicitado, não foram verificados registros de lançamentos a título de crédito oriundos de recolhimentos de ICMS-Difal, e que foram constatadas apenas lançamentos a débito atinentes as aquisições destinadas ao consumo interno, não alcançando as transferências para outras unidades da Federação. Destaca que a cobrança do ICMS – DIFAL era diferido por força de um Regime Especial de Tributação, à época vigente, instituído por meio do Parecer nº 2004.01.00.00396.

Eis o relatório.

VOTO

Em exame o *recurso voluntário* interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000341/2016-98, lavrado em 31/3/2016, em desfavor da empresa em epígrafe.

Importa ressaltar que o sujeito passivo atendeu ao aspecto temporal de interposição do *recurso voluntário*, razão pela qual atesto a sua *regularidade formal* no que tange ao pressuposto extrínseco da tempestividade.

Em preliminar, requer a nulidade do Auto de Infração, sob alegação de haver imprecisão na fundamentação legal, que teria havido indicação genérica dos dispositivos supostamente infringidos, sem delimitar as transgressões, o que impossibilitaria a defesa precisa do contribuinte.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Pois bem, percebe-se na inicial que consta na nota explicativa a indicação precisa da norma violada (art. 638, I, do RICMS/PB), que estabelece a obrigatoriedade do destaque do imposto nas operações de saídas interestaduais de produtos para uso e consumo, que adiante comento, bem como no campo “Infração Cometida/Diploma Legal – Dispositivos) os dispositivos relativamente à falta de recolhimento, pelo não lançamento de débitos no Livro de Registro de Saídas, portanto, não sendo levado para a apuração do imposto (art. 106 c/c o art. 52, art. 54, e art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “i”, todos da Lei nº 6.379/96).

Assim, reitero que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, foi ofertada a ora recorrente oportunidade para o exercício da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal administrativo.

Assim, cumpre-me declarar que a peça acusatória se apresenta apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo nos termos do art. 142 do CTN, assim como não afronta as disposições contidas no artigo 41 da Lei nº 10.094/13[2], e que não teria ocorrido mudança de titularidade nestas operações, não havendo irregularidades na apuração.

Inicialmente, faz-se mister verificarmos a legislação tributária a qual nos submetemos, e que fundamentou a exordial por infringência aos seus dispositivos, e subsunção dos fatos apurados à norma para este tipo de operação.

O Regulamento do ICMS deste Estado estabelece em seu art. 638, I, que nas operações interestaduais de **bens destinados ao uso e consumo**, entre estabelecimentos da mesma empresa, deve o contribuinte emitir notas fiscais aplicando a alíquota interestadual. O que consubstancia a incidência do imposto estadual para esse tipo de operação, é o artigo 3º, I, §7º, IV, da Lei nº 6.379/96, que de forma cristalina define o aspecto material e temporal da incidência do ICMS sobre as remessas por transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Vejamos os mencionados dispositivos:

Art. 3º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

(...)

§ 7º É irrelevante, para a caracterização da incidência:

(...)

IV - **o fato de a operação realizar-se entre estabelecimentos do mesmo titular**.

Art. 638. Nas operações interestaduais, relativas às transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens integrados ao ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, observar-se-á:

I - **nas saídas do estabelecimento remetente, este emitirá nota fiscal**, indicando como valor da operação o da última entrada do bem imobilizado ou do material de consumo, **aplicando-se a**

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

alíquota interestadual, e lançará os créditos fiscais originários cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material de uso ou consumo;

Não há dúvida que o contribuinte afastou indevidamente a incidência do ICMS, na operação prevista na legislação tributária como fato gerador do imposto, acima citada, contrariando a norma concernente a esta matéria disposta na legislação tributária, prevista no art. 3º do RICMS/PB:

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, **ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;** (g. n.)

Não obstante a Súmula 166 do STJ estabeleça a não incidência do imposto nos deslocamentos de mercadorias do mesmo titular, esta não vincula a Administração Tributária, que se alberga no Princípio da Legalidade, ou seja, tanto a fiscalização quanto os Órgãos julgadores estão adstritos aos comandos legais.

Tomemos como exemplo o Estado de São Paulo que em resposta à Consulta Tributária nº 17500/2018, de 25/6/2018, decidiu que:

"EMENTA

ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE FILIAIS – ocorrência do fato gerador do ICMS

A transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular está no campo de incidência do ICMS, devendo os estabelecimentos, remetente e destinatário, cumprir todas as obrigações segundo a legislação em vigor.

(...)

8. Relativamente à Súmula 166 do STJ citada pela consulente, enfatizamos que as súmulas orientam julgamentos judiciais, não sendo obrigatoriamente aplicadas no âmbito do julgamento administrativo." (disponibilizado no site da SEFAZ-SP em 28/06/2018)

A própria Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), confere a incidência do ICMS a saída de mercadorias de um estabelecimento, ainda que para outro do mesmo titular (art. 12, I). Ir de encontro a esta norma, seria considerá-la inconstitucional, o que foge da competência dos órgãos Julgadores, como bem se posicionou a instância monocrática, que citou em sua decisão o art. 55 da Lei nº 10.094/2013[4].

Foi verificado que a empresa autuada não registrou créditos que teria direito em razão das transferências dos bens de uso/consumo para outras unidades da Federação, conforme exegese do art. 638, I, do RICMS, supracitado, de acordo com a informação fiscal, solicitada por esta relatoria.

Foi visto ainda, que não teria havido recolhimento do ICMS-DIFAL nas suas aquisições, possivelmente em razão dos termos pactuados em seu Regime Especial na época vigente (fls. 159 a 162), o que não afasta a obrigação contida no art. 638, I, do RICMS/PB, em razão de corresponder a fatos geradores distintos, não se tratando de violação ao Princípio da não-cumulatividade, pois pode o contribuinte solicitar os créditos extemporâneos, desde que de direito e atendidos os requisitos estabelecidos na legislação vigente, mediante processo específico.

Assim, no meu entendimento, os auditores fiscais promoveram corretamente o lançamento de ofício

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

dos débitos fiscais correspondentes às saídas das aludidas mercadorias para outras unidades da Federação.

Esta matéria já foi objeto de entendimentos análogos, a exemplo do Acórdão nº 115/2014, de relatoria do Consº. João Lincoln Diniz Borges, cuja ementa abaixo reproduzo:

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. CRÉDITO INEXISTENTE. PARCIALIDADE. PARCELAMENTO DE PARTE CONFORMADA. AUSÊNCIA DE DÉBITO NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. INCIDÊNCIA DO ICMS. FALTA DE LANÇAMENTO DO ICMS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDA. ALTERADA, QUANTO OS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

1-Comprovou-se a origem de parte dos créditos fiscais, tidos como inexistentes, diante de documentos de arrecadação revelando a origem do ICMS – Garantido, com repercussão do imposto remanescente, já reconhecido em processo de parcelamento administrativo.

*2 – **Configurada a repercussão tributária em operações de saídas de mercadorias sem débito fiscal do imposto nas transferências de mercadorias da empresa matriz para suas filiais, tidas como não sujeitas ao ICMS. Por se tratar de operações com mercadorias tributáveis, conforme legislação em vigência é obrigatório o destaque do imposto nos documentos fiscais e seus respectivos lançamentos nos livros próprios. Acusação não elidida.***

3- Redução da penalidade da face da eficácia da Lei n° 10.008/2013. Reforma da decisão recorrida. (g. n.)

Quanto as multas aplicadas, alega a recorrente que foram aplicadas sob fundamento de descumprimento de obrigação acessória, que não teria indicado como isentas ou não tributadas operações sujeitas ao ICMS.

A penalidade aplicada na inicial teve amparo no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96. Vejamos:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto;

O critério referido no Caput do mencionado artigo se refere ao descumprimento de obrigação principal, que foi a falta de recolhimento do imposto por não tributar as operações comtempladas como fatos geradores do ICMS, conforme abordagem supra, e já esclarecida na decisão singular. Vejamos

Lei nº 6.379/96

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Art. 80. As multas serão calculadas tomando-se como base:
(...)
II - **o valor do imposto não recolhido tempestivamente, no todo ou em parte**; (g. n.)

Diante destas considerações, verifica-se a legalidade da proposição da multa, devidamente aplicada pelo descumprimento de obrigação principal, arrimada na legislação de regência.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento,* para manter a sentença monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000341/2016-98, lavrado em 31/3/2016, em desfavor da empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrição estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R$ 4.089.720,50 (quatro milhões, oitenta e nove mil, setecentos e vinte reais e cinquenta centavos), sendo, R$ 2.336.983,14 (dois milhões, trezentos e trinta e seis mil, novecentos e oitenta e três reais e quatorze centavos), de ICMS, dados como infringidos o art. 638, I, art. 3º, I, art. 2º, §5º, V, art. 106 c/c o art. 52, art. 54, e art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b”, e III, “d” e “i”, todos do RICMS/PB, e, R$ 1.752.737,36 (um milhão, setecentos e cinquenta e dois mil, setecentos e trinta e sete reais e trinta e seis centavos), de multa por infração, com fulcro no artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

Tribunal Pleno. Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de novembro de 2019..

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

Phoca PDF