



GOVERNO DE RORAIMA

"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - DECISÃO Nº 012/2022

PROCESSO N.º 0811/2019

AI Nº: 001273/2019 - **O.S** Nº 00502/2017

AUTUADA: AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES

CGF: 24.023109-3

ENDEREÇO: Rua Parque Industrial, 2701, Distrito Industrial Gov. Aquilino Mota Duarte, Boa Vista/RR, CEP: 69.315-218.

SADVOGADOS: MARIANA HELENA SOARES MERLI - OAB-SP Nº 365.616 - JULIANA HERDEIRA BUZIN - OAB-SP Nº 212.774 - e outros.

ENDEREÇO: Av. Brasil, nº 460 - 3º Andar - Centro - Campinas - SP - CEP: 13023-FONE(019) 3233.9800

FISCAL AUTUANTE: ELENILZO DE OLIVEIRA BONFIM

EMENTA: ICMS - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE PAGAMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DECORENTES DE NOTAS FISCAIS LANÇADOS NO MÓDULO FRONTEIRA. CONFORME RELATÓRIO DEMONSTRATIVO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ESTADUAIS-DESOT EXPEDIDO PELA SEFAZ/RR(FLS.13/14). OPERAÇÕES DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELO QUADRO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULOS DE VALORES A RECOLHER(FLS.07/08). DÉBITOS EM ABERTO. INCIDÊNCIA DE ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. SÚMULA 166-STJ NÃO VINCULANTE. (TRANSFERÊNCIA) ENTRE MATRIZ E FILIAL E VICE VERSA, DO MESMO DONO. ESTABELECIDAS EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. ENQUANTO NÃO FOR PROFERIDA DECISÃO FINAL REFERENTE AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC- 49) OS EFEITOS DA LEGISLAÇÃO A RESPEITO DA MATÉRIA (LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996, LEI ESTADUAL Nº 059/93 E O DECRETO Nº 4.335-E/2001), PERMANECEM VIGENTES E APLICÁVEIS. IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA PORÉM IMPROVIDA. INFRAÇÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

RELATÓRIO

Trata-se de crédito tributário sobre a exigência fiscal no valor de **RS 403.265,30**(quatrocentos e três mil, duzentos e sessenta e cinco reais e trinta centavos), lançado por meio do **Auto de Infração Nº 001273/2019, lavrado em 22/04/2019**, a título de ICMS, multa e juros, contra o sujeito passivo em epígrafe, sob a acusação de **FALTA DE PAGAMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA REFERENTES NOTAS FISCAIS LANÇADAS NO MÓDULO FRONTEIRA**, reativos aos MESES e PERÍODOS referenciados no DEMONSTRATIVO DE SITUAÇÕES DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ESTADUAIS-DSOT expedido pela SEFAZ/RR em 04 de abril de 2017(fls.13/14), na PLANILHA DE CÁLCULOS DE VALORES A RECOLHER(fls.07/08) e relacionados no Auto de Infração nº 001273/2019(fls.02/06).

Foram apontados como dispositivo infringido o artigo 75, do RICMS/RR do Decreto 4.335-E/2001. E aplicada, a penalidade prevista no artigo 69, inciso I, alínea "a", da Lei 59/93, multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto.

Constam anexados aos autos os seguintes documentos: Relação da documentação juntada aos autos(fl.s.01), Auto de Infração nº 001273/2019(fl.s.02/06), cópia do Quadro Demonstrativo de Cálculo de Valores a Recolher(fl.s.07/08), cópia da Ordem de serviço nº 000502/2017(fl.s.09), cópia do relatório da Execução da Ordem de Serviço- OS(fl.s.10/11), cópia da intimação com o ciente de contribuinte(fl.s.12), cópia do Termo de consolidação de débito(fl.s.19), cópia do extrato do contribuinte(20), cópia do Demonstrativo de Situação de Obrigações Tributárias Estaduais - DESOTE emitido em 04/04/2017(fl.s.13/14), Petição da empresa interessada em resposta à INTIMAÇÃO Fiscal, informando em resumo que as Notas Fiscais indicadas no DESOT não há incidência do ICMS, por se tratar de remessa de mercadorias e retorno e observância ao contrato de locação ou ainda transferências de ativos entre estabelecimentos de mesma titularidade, não havendo valores a ser recolhido(fl.s.15/24) e ANEXOS relativos ao Contrato Social da empresa(fl.s.25/55), intimação do Auto de Infração nº 001273/2019, publicado do DOE nº 3465, do dia 29/04/2019-Pág.8, para liquidação do crédito tributário ou apresentar impugnação(fl.s.56), Encaminhamento do AI para à DIFIS(fl.s.57), Extrato do Contribuinte (fl.s.58), FAC do contribuinte baixado de ofício(fl.s.59), Termo de Juntada da Impugnação tempestiva(fl.s.60 e 61/76) e Documentos relacionados a alterações contratuais(fl.s.77/103), cópia da Carteira da OAB da Advogada: SUSY GOMES HOFFMAN - OAB/SP Nº 103.145(fl.s.104), cópia da Procuração passada da Empresa para seus advogados representantes legais(fl.s.105/106), cópia da Carteira nacional de Habilitação em nome de MATTEO SARUBBI NETO(fl.s. 107), Doc.02- Notas Fiscais (fl.s.108/113).

Os autos foram enviados à Divisão de Procedimentos Administrativos Fiscais-DPAF, pelo Chefe da ARBV/RR(fl.s.114)).

A empresa AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES, por seus representantes legais, apresenta petição que foi juntada aos autos, informando do julgamento realizado no Supremo Tribunal Federal-STF em repercussão geral sobre a não incidência do ICMS nas operações de transferências de mercadorias - Tema nº 1.099 do STF, perquirindo que em razão do julgamento definitivo do tema no STJ e no ATF, que fixou a tese da não incidência sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte por não haver troca de titularidade e que as decisões em caráter vinculante devem ser seguidas por todos dos tribunais administrativos ou judiciais do país. Por isso, requer o cancelamento do auto de infração e epígrafe (fls. 115 e 116/119).

Vale frisar que o Auditor Fiscal tentou intimar o contribuinte/autuado, mas não foi possível porque o Sujeito Passivo encontrava-se baixada de ofício, vede FAC - (fl.s.59), não exercendo mais as atividades no endereço constante da FAC: Rua Parque Industrial, 2701, Distrito Industrial Gov. Aquilino Mota Duarte, Boa Vista/RR, CEP: 69.315-218, estando em lugar incerto e não sabido, por isso fora cientificada do Auto de Infração nº 001273/2019, por Edital publicado do DOE nº 3465, do dia 29/04/2019-Pág.8, para liquidação do crédito tributário ou apresentar impugnação(fl.s.56).

Por fim, a empresa autuada por meio de seus representantes legais - apresentou IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA (fl.s.60 e 61/76) e documentos relacionados de alterações contratuais(fl.s.77/103), arguindo em síntese o seguinte:



1 - DA TEMPESTIVIDADE

Que tomou ciência do Auto de Infração, em 29/04/2019, por meio do Edital publicado no DOE nº 3464, para pagar ou apresentar impugnação. O prazo teve início (dez dias após a publicação do Edital, ou seja, 09/05/2019, encerrando-se em 10/06/2019. A empresa optou por apresentar impugnação tempestiva em 07/06/2019(fl.s.61/76).

2- DOS FATOS

Que a requerente faz parte de um dos maiores conglomerados de empresas do mercado, que tem como atividade principal a disponibilização e fornecimento de energia elétrica por meios alternativos, com demandas por todo o território nacional. Que possui filiais espalhadas pelo país, de modo que, havendo necessidade de geradores em determinada localidade, a Requerente transporta os equipamentos armazenados em sua matriz até a filial que irá atender a demanda específica para a prestação dos serviços. Que devido à demanda de fornecimento de energia elétrica no Estado de Roraima, a Requerente tem transferido matérias da sua filial em Manaus/AM para sua filial em Boa Vista/RR. Que alguns geradores que haviam sido remetidos para locação em Rondônia, retornaram a filial de Boa Vista.

Assevera a Requerente que apenas desloca os equipamentos que compõem seu ativo de um estabelecimento para outro da mesma empresa, ou realiza operações de remessa/retorno de bens em contrato de locação, sem que haja qualquer transferência de titularidade e/ou propriedade, ou qualquer circulação de mercadorias entre duas empresas distintas, de modo a não ensejar em qualquer onerosidade para ambas as partes.

Diz ainda que, apesar da clareza das operações, as quais não configuram qualquer fato gerador de tributo passível de ser cobrado, não é isso que vem entendendo o Estado de Roraima. Cita como exemplo as Notas Fiscais nºs: 000.004.878 e 000.003.688, ambas com a natureza da operação referente à “transferência de material de uso e consumo” (fls.63/64), a Nota Fiscal nº 000.000.022(com a natureza da operação como sendo: “retorno de remessa para locação” (fls.64), e a Nota Fiscal nº 000.000.025(com a natureza da operação; “outras saídas de mercadorias ou prestação de serviços” (fls.65).

3 - DO DIREITO

3.1. - NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO ICMS.

A Requerente cita o artigo 155, II, da CF/1988 e o art. 2º, incisos I ao V, da Lei Complementar nº 87/1996, o primeiro trata das competências dos Estados membros para instituir impostos sobre operações relativas à circulação mercadorias e sobre prestação de serviços e o segundo, das hipóteses de incidência deste ICMS, que no seu entender, da Impugnante a hipótese de incidência só ocorre se houver transferência de titularidade/propriedade da mercadoria entre estabelecimento de duas ou mais empresas. E que em situação diversa não poderá ser exigido o tributo.

A Requerente, em resumo, sustenta seus fundamentos na Súmula 166 do STJ - na decisão proferida no Recurso Especial nº 1.125.133/SP - Relator Ministro Luiz Fux e no mais recente julgamento do Supremo Tribunal Federal-STF na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 49 - Tema nº 1.099, de **repercussão geral** (ARE nº 1.255.885/MS), que decidiu por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade dos **artigos 11, §3º, II, e 12, I**, no trecho “**ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular**”, e **13, §4º**, da **Lei Complementar nº**

87/96, que tratam da autonomia dos estabelecimentos e dos fundamentos da incidência do ICMS na transferência entre estabelecimentos do mesmo titular. O STF fixou tese da ADC nº 49 no Tema nº 1.099, no seguinte teor:

“Supremo Tribunal Federal-STF - Ação Declaratória de Constitucionalidade (“ADC 49 - Tema-1.099 - “Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou realização de ato de mercancia.”

LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996.

Art.1º (...)

(...)

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

§ 1º (...)

§ 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:

I – (...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular; (Vide ADC 49)

Art. 12. 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; (Vide ADC 49)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I – (...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é: (Vide ADC 49)

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

§ 5º Nas operações e prestações interestaduais entre estabelecimentos de contribuintes diferentes, caso haja reajuste do valor depois da remessa ou da prestação, a diferença fica sujeita ao imposto no estabelecimento do remetente ou do prestador.

3.2 - DA NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DE ICMS SOBRE O DESLOCAMENTO DE EQUIPAMENTOS DO ATIVO FIXO DA REQUERENTE ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA.

Alega que para ser aceitável a cobrança de ICMS, deverá necessariamente ocorrer a transferência da propriedade entre empresas. Que o simples deslocamento de bens de uma empresa para outra, do mesmo grupo, sem configuração de venda, contrato mercantil ou operação financeira, não há possibilidade de cobrança.

Que sobre a temática já há entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça-STJ, por meio da SÚMULA 166 ao estabelecer que: **“não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”**

Diz restar demonstrado que os débitos ora exigidos, consubstanciados nas Notas Fiscais, são referentes à suposta cobrança de ICMS de corrente de transferência de bens do ativo fixo entre matriz-filial e filial-filial, situação esta, que não configura fato gerador de ICMS, conforme já citada na Súmula 166 do STJ.

Sobre esse assunto, a empresa apresentou petição que foi juntada aos autos, informando do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal-STF, em **repercussão geral** sobre a não incidência do ICMS nas operações de transferências de mercadorias - Tema nº 1.099 do STF. Que em razão do julgamento definitivo do tema no STJ e no STF, que fixou a tese da não incidência sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte por não haver troca de titularidade e que as decisões em caráter vinculante devem ser seguidas por todos dos tribunais administrativos ou judiciais do país. Por isso, requer o cancelamento do auto de infração em epígrafe (fls. 115 e 116/119).

Alega que, apesar da Súmula 166-STJ ter sido confirmada pelo STF, o Estado de Roraima continua cobrando o ICMS das transferências com base no art. 2º inciso I, do RICMS/RR, que diz:

DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

Art. 2º. Ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I – da saída, a qualquer título, de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular;

Que a cobrança feita pelo Estado de Roraima, a ora requerida, é indevida. Portanto, deve a exigência exarada no Auto de Infração ser imediatamente afastada, sob pena de cobrar tributo sobre fato gerador inexistente, afrontando o ordenamento pátrio e a legislação estadual do ICMS de Roraima.

3.3 - DA NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DE ICMS SOBRE DEVOUÇÃO DE EQUIPAMENTOS OBJETO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO.

Assevera que além das operações de transferência de ativo fixo de bens de titularidade da impugnante existe lançamentos de retorno -remessa para locação, conforme demonstra pelas Notas Fiscais sob os nº 000.000.022 e 000.000.025, que tratam-se de devolução de bens da embargante, restando claro que a exação é descabida, visto que não há circulação de mercadoria passível de tributação.

3.4 - DA NÃO INCIDÊNCIA DOS JUROS SOBRE A MULTA.

Que não há que se falar em incidência de juros sobre a multa ora exigida pela autuação, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal.

Que não seria possível a exigência destes (juros), a partir da data da lavratura do Auto de Infração, mas somente a partir da definitividade do lançamento tributário, que só ocorrerão no final deste processo administrativo quando, então, efetivamente, passaria a se configurar a mora em relação à multa.

Requer a não incidência de juros sobre a multa constituída pelo Auto de Infração, e, caso se entenda pela sua aplicação, que os juros sejam exigidos somente a partir do final do presente processo administrativo.

3.5 - DA ILEGALIDADE DOS JUROS APLICADOS.

Destaca que é ilegal a cobrança de juros por meio da aplicação do art. 162, da Lei Estadual nº 059/93. Que igual tese já foi discutida no Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 0002567-59.2011.8.26.0053, que julgou inconstitucional a aplicação das taxas de juros e atualizações monetária superior àquela aplicada pela União Federal para os mesmos fins realizadas pela Fazenda Pública de São Paulo para a correção dos tributos e multas devidas pelos contribuintes paulistas.

Que caso haja manutenção da cobrança dos tributos, requer, a retificação dos cálculos dos juros, vez que a taxa de juros de mora utilizada e incidente sobre o valor do crédito tributário extrapola o índice fixado para os tributos federais, devendo a sua incidência limitar-se à taxa SELIC.

Ante o exposto, requer a suspensão da exigibilidade do débito exigido nos termos do art. 151, III, do CTN, com o consequente cancelamento imediato das cobranças em virtude da inexistência de fato gerador de ICMS passíveis de serem tributados.

Subsidiariamente, caso seja mantida a autuação, requer a não incidência de juros sobre a multa.

Em síntese, é o relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O presente processo, trata-se da exigência de crédito tributário oriundo da acusação de **FALTA DE PAGAMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA REFERENTES NOTAS FISCAIS LANÇADAS NO MÓDULO FRONTEIRA**, relativos aos MESES e PERÍODOS referenciados no DEMONSTRATIVO DE SITUAÇÕES DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ESTADUIAS-DSOT expedido pela SEFAZ/RR em 04 de abril de 2017(fls.13/14) e na PLANILHA de CÁLCULOS de VALORES a RECOLHER(fls.07/08),), lançado por meio do **Auto de Infração Nº 001273/2019, lavrado em 22/04/2019**, a título de ICMS, multa e juros, contra o sujeito passivo em epígrafe, no valor de **RS 403.265,30**(quatrocentos e três mil, duzentos e sessenta e cinco reais e trinta centavos) - (fls.02/06).

A apuração foi constatada em cumprimento à OS nº 000502/2017(fls. 09), que determinava diligência fiscal no sentido de intimar o contribuinte visando à regularização das omissões dos débitos de fronteiras constantes do DSOTE emitido em 04/04/2017(fls.13/14), apresentação de comprovantes de pagamentos, bem como adotar outras providências prescritas na referida OS, e, por não serem atendidas, foi lavrado o respectivo Auto de Infração nº 001273/2019(fls. 02/06).

O artigo apontado como infringido foi o 75 do Regulamento do ICMS-Decreto Nº 4.335-E/2001, que dispõe sobre recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota. Vejamos também as disposições do art.76, que trata do prazo para pagamento, in verbis:

“Art. 75. Os contribuintes do ICMS localizados neste Estado, que adquirirem mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, ficam sujeitos ao recolhimento antecipado do imposto relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, pelas operações que venham realizar no território deste Estado.

§ 1º A antecipação prevista no "caput" também se aplica:

I – às operações com bens para uso ou consumo do próprio estabelecimento ou para integração ao ativo imobilizado;

Art. 76. Quando da passagem das mercadorias ou bens pela primeira repartição fiscal do Estado, a documentação fiscal correspondente será processada eletronicamente e emitido DARE para recolhimento do imposto, com vencimento no último dia da segunda quinzena subsequente à da entrada neste Estado.”

A penalidade aplicada na autuação está disciplinada no artigo Art. 69, inciso I, alínea “a”, do RICMS/RR-Decreto nº 4.335-E/2001, conforme texto legal transcrito a seguir:

“Art. 69. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:

I - infrações relativas ao recolhimento do imposto:

a) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações ou prestações estiverem devidamente escrituradas - multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto não recolhido;

(...)

A obrigação de recolher o imposto devido a título de DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA decorre do comando da própria Carta Magna, art.155, §2º, incisos VII e VIII, alíneas “a” e “b”, cuja matéria está prevista no artigo 75, §1º, inciso I, do Regulamento do ICMS do Estado de Roraima-Decreto nº 4.335-E/2001, in verbis:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - (...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; (grifo meu)
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;”

REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DE RORAIMA:

“Art. 75. Os contribuintes do ICMS, localizados neste Estado, que adquirirem mercadorias do imposto relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, pelas operações que venham realizar no território deste Estado.

§1º A antecipação prevista no “caput” também se aplica:

I – às operações com bens para uso ou consumo do próprio estabelecimento ou para integração ao ativo imobilizado;”

A Lei nº 059/93-Código Tributário do Estado de Roraima, estabelece o momento da **ocorrência do fato gerador** e da cobrança do ICMS, nas transferências em seu art. 5º, inciso XIV, e da mesma forma o RICMS/RR-Decreto nº 4.335-E/2001, trata da incidência e do fato gerador do ICMS em seus arts. 1º, incisos I e X, alínea “b” e 2º inciso I e XIII, respectivamente, in verbis:

A LEI Nº 059/93-CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DE RORAIMA

(...)

“Art. 5º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (Redação dada pela Lei nº 244, de 30.12.1999, DOE RR de 30.12.1999)

I – (...)

XIV - da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de bens oriundos de outra Unidade da Federação, destinado a consumo ou ao ativo permanente; (Inciso acrescentado pela Lei nº 244, de 30.12.1999, DOE RR de 30.12.1999). ”

(...)”.

REGULAMENTO DO ICMS/RR-DECRETO Nº 4.335-E/2001

“Art. 1º. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre as Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, incide sobre:

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

II – (...)

X – entrada, neste Estado, decorrente de operação interestadual de:

a) (..)

b) serviços, mercadorias ou bens destinados a contribuintes do ICMS, para serem utilizados, consumidos ou incorporados ao ativo permanente.”

“Art. 2º. Ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I – da saída, a qualquer título, de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular;

[...]

XIII – da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de bens oriundos de outra unidade da Federação, destinados a consumo ou ao ativo permanente;

A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, em seus artigos 11, §3º, II, e 12, I, e 13, §4º, tratam do conceito e da autonomia do estabelecimento, do momento do fato gerador e do valor da base de cálculo, assegurando, pois a legalidade da cobrança nas transferências de mercadorias ainda que para o mesmo titular, in verbis:

“Art.1º (...)

(...)

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

§ 1º (...)

§ 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:

I - (...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular; (Vide ADC 49)

Art. 12. 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; (Vide ADC 49)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - (...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é: (Vide ADC 49)

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

§ 5º Nas operações e prestações interestaduais entre estabelecimentos de contribuintes diferentes, caso haja reajuste do valor depois da remessa ou da prestação, a diferença fica sujeita ao imposto no estabelecimento do remetente ou do prestador.”

Percebe-se da análise de e todos os dispositivos legais acima citados, restar claro que é devido a cobrança do Diferencial de Alíquota-DIFAL, e, conseqüentemente, descabidas as alegações da Impugnante como veremos a seguir.

Pois bem, a operação sub examine de (TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ENTRE MATRIZ E FILIAL, ESTABELECIDADA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, PARA DISPONIBILIZAR POTÊNCIA E GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA) não se enquadra em nenhuma das hipóteses de não incidência apresentadas pela defesa.

Nesse sentido, a cobrança do ICMS, a título de diferencial de alíquotas decorrente da entrada no Estado de Roraima de bens para integração ao ativo imobilizado do sujeito passivo, foi realizada conforme previsão da legislação tributária pertinente, não havendo qualquer ilegalidade que possa macular o trabalho fiscal.

A fiscalização apurou e constatou que a empresa AGGREKO ENERGIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA, encontrava-se com débitos decorrentes de lançamentos no fronteira relativo a entrada de mercadorias e de bens no Estado de Roraima, que gerou o ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA não pagos e ainda em abertos, demonstrados pelo DESOTE(fl.s.13/14), no Quadro Demonstrativo de Cálculo(fl.s.07/08) e relacionados no Auto de Infração nº 0012732019(fl.s.02/06).

O contribuinte como já dito acima, foi intimado para regularizar os débitos de fronteira em aberto no DESOT, e, por não sanear as pendências, foi lavrado o Auto de Infração nº 001273/2019(fl.s.02/06).

Inobstante, a empresa não pagou mas apresentou IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA ao feito em 07/06/2019(fl.s.61/76), que ora passamos a examinar.

3.2 - DA NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DE ICMS SOBRE O DESLOCAMENTO DE EQUIPAMENTOS DO ATIVO FIXO DA REQUERENTE ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA.

Sobre este ITEM - 3.2, vale dizer que tanto a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, em seus artigos 11, §3º, II, e 12, I, e 13, §4º, quanto à Lei nº 059/93-Código Tributário do Estado de Roraima, em seu art. 5º, inciso XIV bem como o RICMS/RR-Decreto nº 4.335-E/2001, em seus arts. 1º, incisos I e X, alínea “b” e 2º inciso I e § 3º e incisos I ao V, acima transcritos, tratam do conceito e da autonomia do estabelecimento, da incidência do ICMS, do momento do fato gerador e do valor da base de cálculo, assegurando, pois a legalidade da cobrança nas transferência de mercadorias ainda que para o mesmo titular.

Frise-se que tais normas ainda estão todas vigentes, em pleno vigor, vez que o julgamento da (ADC 49) - Recurso Extraordinário com Agravo(ARE) 1255885, com repercussão geral (Tema 1099), ainda não transitou em julgado, encontra-se suspenso aguardando o julgamento dos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, impetrados pelo o Estado do Rio Grane do Norte.

A respeito das saídas propriamente dita de mercadoria(transferência) entre matriz e filial e vice versa da filial para a matriz e vice-versa, situadas noutra unidade da federação, é sabido que o Plenário do Supremo Tribunal Federal-STF, recentemente(16/04/2021), em sessão virtual, reafirmou a jurisprudência da Corte na (ADC 49) e declarou a não incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços(ICMS) sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte localizados em estados distintos. Através de votação majoritária, os ministros deram provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo(ARE) 1255885, com repercussão geral reconhecida (Tema 1099), confirmando o entendimento de que o tributo apenas incide nos casos em que a circulação de mercadoria configurar ato mercantil ou transferência da titularidade do bem. (Processo nº único: 0800666-84.2017.8.12.0026).

Desta feita, apesar do julgado, a decisão ainda não é definitiva, ou seja, não transitou em julgado, em razão de alguns Estados terem entrado com **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, como bem fizera o Estado do Rio Grande do Norte, ao pedir esclarecimentos sobre o alcance da decisão quanto à autonomia, a suspensão dos efeitos da decisão até análise dos embargos e a modulação a partir de 2022, ainda pendente de julgamento. Desse modo, o julgamento continua suspenso aguardando posicionamento definitivo do STF dos Embargos de Declaração, e enquanto isso, os Estados continuam cobrando o ICMS em decorrência das ditas transferências, como por exemplo o Estado de São Paulo, Rio Grande do Norte, dentre outros, etc.

Portanto, vale dizer que os Estados têm autonomia legislativa conferida por força da própria Constituição Federal para instituir ICMS, a atividade fiscalizatória é de natureza vinculada, os estabelecimentos comerciais também são autônomos, o Auto de Infração foi lavrado antes do julgamento do STF, e está amparado na legislação ainda vigente, e enquanto não for proferida a decisão final moduladora requerida nos embargos de declaração interpostos em razão de omissões decorrentes do teor da decisão proferida na ADC - 49, os efeitos da legislação vigente do imposto - ICMS, tais como (Lei Complementar nº 87/1996, Lei Estadual nº 059/93 e o Decreto nº 4.335-E/2001), tem-se que permanecem aplicáveis as atuais disposições legais, alusivas às transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

No que se refere à Súmula nº 166 do STJ, sabe-se que teve como referência o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. O referido Decreto afirma que, **quando a mercadoria for remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado**, incide o fato gerador do ICMS, conforme artigo 1º, inciso I, §2º, Decreto nº 406/1968, in verbis:

“Art 1º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

I - a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

(...)

§ 2º Quando a mercadoria fôr remetida para armazém geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado a saída considera-se ocorrida no lugar do estabelecimento remetente.”

Cabe salientar que a referida Súmula é de natureza simples, não é vinculante, não pode se sobrepor às Leis, assim como não pode constituir obrigatoriedade.

Pois bem, a operação em tela trata-se de transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado entre matriz/filial e filiais para disponibilizar potência e geração de energia elétrica (conforme relatório fiscal) e não se enquadra em nenhuma hipótese de não incidência disposta no RICMS/RR-Decreto nº 4.335-E/2001.

3.3 - DA NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DE ICMS SOBRE DEVOLUÇÃO DE EQUIPAMENTOS OBJETO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO.

Pois bem, os mesmos fundamentos apontados no ITEM - 3.2 acima, para justificar a legalidade da cobrança, também aplicam-se a este **ITEM -3.3**, porque a natureza das operações apresentam-se como transferências. E, nos casos em que a natureza da operação refere-se à “**retorno de remessa para locação**”, não basta apenas alegar que a mercadoria destina-se à locação, é essencial, imprescindível que a operação seja acompanhada do efetivo **CONTRATO DE LOCAÇÃO**, discriminando as partes, o objeto/produto, a nota fiscal correspondente, o valor da mercadoria, o tempo do contrato, etc.

O RICMS/RR, estabelece em seu art. 148, § 2º, nos casos de operação que envolve suspensão de recolhimento do ICMS, essa circunstância deverá constar expressamente no documento fiscal, sendo vedado o destaque do imposto, in verbis:

“Art. 148. Quando a operação ou a prestação estiver beneficiada por isenção ou amparada por imunidade, não-incidência, diferimento **ou suspensão de recolhimento do ICMS**, essa circunstância será mencionada no documento fiscal, indicando-se o dispositivo legal respectivo.

§ 1º.(...).

§ 2º. Nos casos de isenção, diferimento **ou suspensão**, é vedado o destaque do imposto no documento fiscal, devendo constar no campo, a este fim destinado, as expressões "Isento", "Diferido" ou "Suspenso", conforme o caso.”

Portanto, no caso específico destes autos, sem tais comprovações não há como proceder os argumentos da defesa em relação a este ponto.

3.4 - DA NÃO INCIDÊNCIA DOS JUROS SOBRE A MULTA.

A respeito deste ITEM, a LEI Nº 059 de 28 DE DEZEMBRO de 1993 - Código Tributário do Estado de Roraima, dispõe sobre a atualização monetária e acréscimos moratórios nos artigos 160 ao 162, abaixo transcritos:

Da Atualização Monetária

“Art. 160. O crédito tributário, inclusive o decorrente de multas e de outros acréscimos legais, será atualizado monetariamente, com base na mesma unidade de referência utilizada para a atualização dos tributos federais, vigente na data do efetivo pagamento, observados os critérios de cálculo e de aplicação definidos em Regulamento.”

Dos Acréscimos Moratórios

“Art. 161. O pagamento espontâneo do tributo, fora dos prazos regulamentares e antes de qualquer procedimento do Fisco, ficará sujeito aos seguintes acréscimos moratórios, sem prejuízo, se for o caso, da correção monetária:

I - 10% (dez por cento), até 15 (quinze) dias da data prevista para o pagamento;

II - 15% (quinze por cento), de 16 (dezesesseis) a 45 (quarenta e cinco) dias; e

III - 20% (vinte por cento), depois de 45 (quarenta e cinco) dias.

Art. 162. O crédito tributário, corrigido monetariamente, será acrescido de 1% (um por cento) de juro de mora por mês ou fração de mês.

Parágrafo único. No caso de pagamento espontâneo, o juro só será cobrado a partir do término do prazo previsto no inciso III do artigo anterior.”

O Estado de Roraima, pois, desde o dia Lei entra em vigor em de 1º de janeiro de 1994, data da criação de seu Código Tributário, vem adotando essa sistemática de cobrança, cujos patamares estão perfeitamente dentro da permissividade dos índices permitidos, sem afronta à outras legislações pertinentes.

Portanto, em observância à autonomia dos Estados, bem como aos índices aplicados, que aliás, estão de acordo com as prescrições legais e constitucionais, não há possibilidade de modificação de tal ITEM.

3.5 - DA ILEGALIDADE DOS JUROS APLICADOS.

Sobre este ponto **3.5 - DA ALEGATIVA DE ILEGALIDADE DOS JUROS APLICADOS**, este **ITEM** tem semelhança com o **ITEM 3.4**, acima citado. O tratamento pois haverá de ser idêntico, observando às suas especificidades, já que os índices aplicados para a atualização dos créditos são os mesmos insculpidos nos artigos 160 à 162, da **Lei nº 059** de 28 de DEZEMBRO de 1993, que tratam da atualização monetária e dos acréscimos legais, conforme já transcritos acima.

O Estado de Roraima, pois, desde o dia 1º de janeiro de 1994, data em que a lei entrou em vigor, vem adotando essa sistemática de cobrança, cujos patamares estão perfeitamente dentro da permissividade dos índices permitidos, sem afronta à outras legislações pertinentes.

Portanto, dada a observância à autonomia dos Estados, bem como aos índices aplicados, que aliás, estão de acordo com as prescrições legais e constitucionais, sem quaisquer extrapolação, adotar-se-á o mesmo posicionamento dado ao **ITEM 3.4**, anterior. Assim, não há possibilidade de retificação das taxas de juros e nem da multa, devendo, pois ser mantido inalterado este **ITEM 3.5**, pelas mesmas razões apontadas acima.

DECISÃO

Ante o exposto, com base nas fundamentações de fato e de direito acima citadas, e consubstanciados nas provas colacionadas aos autos, restou devidamente configurada a infração, decorrente da **FALTA DE PAGAMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA REFERENTES NOTAS FISCAIS LANÇADAS NO MÓDULO FRONTEIRA**, relativos aos MESES e PERÍODOS referenciados no DEMONSTRATIVO DE SITUAÇÕES DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ESTADUIAS-DSOT expedido pela SEFAZ/RR em 04 de abril de 2017(fl.13/14) e na PLANILHA DE CÁLCULOS DE VALORES A RECOLHER(fl.07/08), por infringência ao Art. 75, do RICMS/RR-Decreto nº 4.335-E/2001, e incurso na penalidade do Art. 69, Inciso I, alínea “a” da Lei nº 059/93-Código Tributário do Estado de Roraima, e, por isso mesmo, **julgo procedente o Auto de Infração Nº 001273/2019**, decidindo pela manutenção da cobrança do imposto e da multa.

INTIMAÇÃO

Intime-se o contribuinte autuado nos termos do artigo 54, § 2º da Lei Nº 072, de 30 de Junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 2º e na forma do artigo 87, § 5º, ambos do Decreto Nº 856-E, de 10 de Novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para conhecimento.

Boa Vista (RR), 29 de março de 2022.

Jarbas Menezes de Albuquerque
Julgador de Primeira Instância
Mat. 050001668

