

**A. I. N°** - 269352.0010/10-7  
**AUTUADO** - CASA BAHIA COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0415-04/10

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E AO CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao ativo fixo ou ao uso e consumo do estabelecimento. É irrelevante o fato de a saída de mercadorias, utilizadas como material de uso e consumo, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, não ser passível de tributação pelo ICMS no Estado de origem, como alega o recorrente. Exigências parcialmente subsistentes, após exclusão de parcela em duplicidade. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2010, exige ICMS, no valor de R\$ 522.037,79, conforme documentos às fls. 5 a 19 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 488.487,97, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, inerentes aos meses de janeiro a março de 2010;
- 2 Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 33.549,82, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março de 2010.

O autuado, através de seus advogados legalmente constituídos, tempestivamente, apresenta defesa, às fls. 23 a 48 dos autos, na qual, preliminarmente, argüiu a nulidade do lançamento sob a alegação de que há ausência de elemento essencial para a formação do lançamento, visto que o Auto de Infração não traz qualquer informação sobre o fato gerador do tributo supostamente devido, uma vez que não existe indicação: das notas fiscais (numeração e emitente) que supostamente embasara a lavratura do Auto de Infração; das mercadorias supostamente transportadas e descrição de cada operação realizada, do que sustenta que sem essas informações o contribuinte encontra uma série de dificuldades para apresentar sua defesa, ensejando cerceamento de defesa. Reproduz os artigos 39 e 41 do RPAF (Decreto nº. 7.629/99) e aduz que a prova da ocorrência dos elementos configuradores do fato gerador do tributo é ônus do Fisco.

Salienta que, em momento algum, o autuante anexou as notas fiscais das operações realizadas que, supostamente, não teriam sido pagas e sequer cita o número dos respectivos documentos fiscais.

Sustenta que o autuante incorreu em equívoco, pois, muito embora tenha mencionado CFOP's relativos a aquisições e transferência, em sua descrição apenas se refere às operações de aquisição (compras). Diz ainda que agrava o equívoco quando o devido a título de DIFAL as operações de transferências entre seus p conforme razões de mérito, será demonstrado que sequer são tributa

Assim, alega que configurou flagrante violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, o que deverá levar à nulidade absoluta e de ofício do Auto de Infração. Cita doutrina.

No mérito, alega não haver incidência do ICMS na operação de transferência de bens do ativo e de uso e consumo entre os estabelecimentos da impugnante. Defende que o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria em caráter econômico, apresentando obrigatoriamente a configuração da prática de negócio jurídico mercantil. Assim, no entender do defendente, a simples saída física de bem do estabelecimento, por si só, não tipifica a hipótese de incidência do ICMS. Registra que a transferência de bens do ativo e de uso e consumo, além de não ser operação mercantil, não tem mercadorias, por óbvio, como objeto, não podendo haver a incidência do ICMS.

Salienta, ainda, o autuado que, com relação a essas transferências, emitiu as chamadas notas fiscais complementares, para ajustar o valor dos custos incorridos nas operações de um estabelecimento para outro, ajustando o valor da remessa como manda a legislação, inserindo, inclusive, a não incidência do artigo do RICMS do Estado de São Paulo, conforme documentos às fls. 90/91 dos autos.

Ressalta que a emissão desta nota fiscal é mera obrigação acessória que visa ajustar a base de cálculo para o ICMS (quando devido). Assim, caso a primeira nota fiscal deixe de considerar determinado valor (que segundo a legislação deveria ser considerado para o cálculo do tributo), a nota fiscal complementar se presta a esse papel.

Sustenta que para emitir nota fiscal (única ou complementar) não significa prática de fato gerador do ICMS. Entende o autuado ser necessário identificar a natureza da operação para certificar a eventual configuração do fato gerador do ICMS, o qual, no caso em tela, a natureza da operação não constituiu fato gerador do ICMS. Assim, no entender do defendente, na saída dos bens (ativo permanente e uso e consumo), em transferência, do estabelecimento localizado em outro Estado da Federação, para outro estabelecimento de sua titularidade, não há incidência do ICMS.

Frisa que os bens, objetos dessas transferências, foram devidamente tributados quando da sua aquisição pelo seu estabelecimento sediado em São Paulo e, posteriormente, por necessidade operacional do estabelecimento do Estado da Bahia, houve a transferência desses bens, a qual, por não configurar efetiva operação de circulação de mercadoria, não gerou a incidência do ICMS, conforme disciplinado no art. 7º, incisos XIV e XV, do RICMS/SP.

Destaca que o art. 56, IV, “a”, do RICMS/BA, por sua vez, determina que a base de cálculo do ICMS devido a título de diferencial de alíquotas pela entrada interestadual de material ou bem destinado ao ativo imobilizado ou a uso e consumo no estabelecimento baiano será o mesmo valor sobre o qual incidiu o imposto no Estado de origem. Assim, entende o defensor que há necessidade de cotejo entre essas informações, do que concluiu que “A base de cálculo do ICMS devido a título de diferencial de alíquotas ora cobrado pelo Estado da Bahia resta prejudicada, pois inexistente sobre o qual tenha incidido o imposto estadual na Unidade Federal de origem”.

Logo, segundo o autuado, deve ser declarada improcedente a exigência deste Auto de Infração para cancelar o imposto, multa e juros, do que cita doutrina e jurisprudência a respeito da não-incidência do ICMS na operação de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, sob pena de ferir o art. 155, II, da Constituição Federal, que dispõe que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à *circulação de mercadorias*, o que significa dizer que a simples transferência de ativo e de material de uso e consumo entre estabelecimentos de uma mesma empresa, o qual não é mercadoria, não pode ser tributado pelo ICMS.

Quanto à exigência relativa ao diferencial de alíquota nas *aquisições* interestaduais de ativo imobilizado e material de uso e consumo, destaca o autuado que o recolhimento da “DIFAL” ocorreu concomitantemente com o recolhimento do ICMS das operações normais, conforme comprovam as guias de pagamento dos meses de janeiro, fevereiro e março, do que cita exemplo.

Assim, aduz o defendente que, nesse mister, se por hipótese, nulidades que eivam o presente Auto de Infração, é incontestável que os impostos cobrados no seu item “1” já foram devidamente recolhidos ao cofre

demonstra a extinção do crédito tributário pelo pagamento, nos termos do art. 156, I, do CTN. Assim, concluiu que deve ser excluído da cobrança o valor de R\$ 412.117,57, composto pelos seguintes valores: R\$ 233.061,68 relativos ao mês de fevereiro de 2010 e R\$ 179.055,89 relativos ao mês de março de 2010.

Por fim, requer que as intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado Rodrigo Mauro Dias Chohfi (OAB/SP 205.034/SP), assegurando-se a inocorrência de inócuas e nulas intimações, do que anexa, como provas de suas alegações, documentos às fls. 50 a 165 dos autos.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 170 a 174, após reproduzir as infrações, transcreve o art. 5º, inciso I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, por se tratar do dispositivo específico que determina a ocorrência do fato gerador das infrações, o qual determina que, para efeitos de pagamentos da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Em seguida, rechaça argüição de nulidade do lançamento de ofício, sob a justificativa de que o presente Auto de Infração utilizou como base os livros de Apuração do ICMS da empresa, constante às fls. 05 a 10, onde na composição das Entradas, há a totalização devida por CFOP, dentre os quais ensejaram a devida apuração do diferencial de alíquotas os CFOP's de nº: 2551 (compra de bem para o ativo imobilizado), 2552 (transferência de bem para o ativo imobilizado), 2556 (compra de material para uso ou consumo) e 2557 (transferência de material para uso ou consumo), por representarem entradas de outras unidades da Federação de material de uso e consumo e ativo fixo.

Registra que tal totalização é embasada exatamente pelas notas fiscais que possuem seus respectivos CFOP's, portanto, a mencionada listagem das notas fiscais suscitada pelo autuado como imprescindível, representa as mesmas notas fiscais de entrada de uso e consumo e ativo fixo recebidos pela empresa e que estão devidamente lançadas no livro Registro de Entradas e, obviamente, em poder da própria empresa. Portanto, as notas fiscais com os CFOPs mencionados, que embasaram o Auto de Infração, são de pleno conhecimento e posse da empresa, não sendo motivo de cerceamento de defesa que enseje a nulidade do presente lançamento.

No mérito, após trazer à tona a citação do autuado do art. 56 do RICMS/BA, o qual, conforme retrata o autuante, define que a base de cálculo do ICMS – Diferencial de Alíquotas deva ser, no caso em questão, o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, o preposto fiscal concluiu que “Portanto, se há definição de base de cálculo em nossa legislação para a cobrança do diferencial de alíquotas, é porque o imposto é devido”.

Salienta o autuante que o defendente quis confundir o julgamento, tentando fazer um paralelo entre a não incidência na legislação do Estado de São Paulo e a legislação baiana, mas o RICMS/BA apenas faz referência ao Estado de Origem, no sentido de que deve ser utilizado o preço de aquisição e utilizá-lo como base de cálculo do imposto devido à Bahia e não a base de cálculo de origem como base de cálculo de destino, como pretende o contribuinte.

Aduz o preposto fiscal que a empresa alega que pagou o ICMS diferencial de alíquotas juntamente com o ICMS normal, na apuração do imposto nos meses de janeiro a março de 2010, relatando o lançamento de uma determinada nota fiscal no livro Registro de Entradas, de acordo com a legislação, mas, simplesmente, sem nenhum nexo com a presente autuação, apenas sendo uma nota fiscal de aquisição de ativo imobilizado, que é o tema em questão. Informa o autuante que os valores lançados a título de diferencial de alíquotas, no livro Registro de Apuração do ICMS, foram levados em consideração nos relatórios constantes das fls. 11 e 12 dos autos, sendo no mês de janeiro lançado pelo autuado e considerado no levantamento fiscal o valor de R\$ 793,21; mês de fevereiro, o valor de R\$ 0,00, e março, o valor de R\$ 212.218,16, remanescendo no Auto de Infração apenas as diferenças devidas.

Quanto à alegação de que o diferencial de alíquotas, ora cobrado, registra o autuante inexistir qualquer ligação com os meses exigido a débito do diferencial de alíquota no RAICMS no mês de abril/2010

aos meses anteriores, como agora alega o autuado. Portanto, tal lançamento deve-se referir às entradas de material de uso e consumo ou ativo imobilizados do mesmo período de apuração.

Concluiu mantendo a ação fiscal, em virtude de que o defendente não trouxe elementos que elidissem a acusação fiscal.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 522.037,39, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas entradas de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação e destinados ao uso, consumo ou ativo fixo do próprio estabelecimento, inerentes aos meses de janeiro a março de 2010.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo defendente, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que o levantamento fiscal está fundamentado em lançamentos da escrita fiscal do próprio contribuinte, os quais, conforme bem pontuou o autuante, representam as mesmas notas fiscais de entrada de uso e consumo e ativo fixo, recebidos pela empresa e que estão devidamente lançadas no livro Registro de Entradas e consolidadas no livro Registro de Apuração do ICMS, e, obviamente, em poder da própria empresa, conforme provam os documentos de fls. 5 a 10 dos autos, cujos cálculos do diferencial de alíquotas encontram-se às fls. 11 a 19 dos autos, os quais foram dados cópia ao autuado.

É válido salientar que, para efeito de cálculo do imposto, foi utilizada a totalização das seguintes codificações fiscais por operações (CFOP): 2551 (compra de bem para o ativo imobilizado); 2552 (transferência de bem para o ativo imobilizado); 2556 (compra de material para uso ou consumo) e 2557 (transferência de material para uso ou consumo), por representarem entradas de outras unidades da Federação de material de uso e consumo e ativo fixo, declarados pelo próprio contribuinte.

Quanto à alegação de que o autuante incorreu em equívoco, pois, “Muito embora tenha mencionado CFOP’s relativos a aquisições e transferência, em sua descrição apenas se refere às operações de aquisição (compras)”, vislumbro um entendimento restrito do autuado sobre o termo “aquisição”, o qual significa o ato de adquirir, ou de alcançar posse, obter, conseguir, nos quais se incluem as operações de “compras” ou de “transferências”, por se tratarem de entradas no estabelecimento.

Inerente ao pedido de que as intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado, Dr. Rodrigo Mauro Dias Chohfi (OAB/SP 205.034/SP), assegurando-se a inocorrência de inócuas e nulas intimações, também deixo de acatá-lo, pois inexiste previsão legal para a nulidade dos atos, caso não sejam as intimações direcionadas ao patrono do recorrente, como assim pretende o sujeito passivo, visto que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Em seguida, da análise das razões de mérito, deve-se esclarecer que, por se tratar o autuado de contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, obriga-se a cumprir a legislação baiana do ICMS, a qual estabelece em seu art. 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96, que:

*Art. 2º. O ICMS incide sobre:*

*[...]*

*IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes.*

Já o § 1º do citado dispositivo legal prevê que:

*§ 1º. São irrelevantes para caracterização do fato gerador:*

*I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de*

*hipóteses previstas neste artigo;*

*II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;*

Por outro lado, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, o art. 69 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6284/97, dispõe que:

*Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.*

*Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:*

*I - é devido o pagamento:*

*a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;*

Por fim, o art. 624, inciso II, do RICMS/BA, enfatiza que, na entrada de bem de uso ou material de consumo, se fará o pagamento da diferença de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Assim, para a exigência do diferencial de alíquota, é irrelevante o fato de a saída de mercadorias, utilizadas como material de uso e consumo, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, não ser passível de tributação pelo ICMS, como alega o recorrente.

Como o levantamento fiscal se baseou em dados escriturados pelo próprio contribuinte, cotejando os valores efetivamente devidos com os recolhidos, inclusive considerando os valores lançados a título de diferencial de alíquotas, conforme planilhas às fls. 11 a 19 dos autos, torna-se inócua a alegação de que, com relação às transferências, emitiu notas fiscais complementares para ajustar o valor dos custos incorridos nas operações, como também de que o recolhimento da “DIFAL” ocorreu concomitantemente com o recolhimento do ICMS das operações normais.

Contudo, à fl. 12 dos autos, verifico que o valor total da exigência no mês de março de 2010 é de R\$ 66.754,85, sendo R\$ 55.073,93 relativo ao diferencial de alíquota do imobilizado – infração 01 (fl. 16), e R\$ 11.680,92 ao diferencial de alíquota do uso ou consumo – infração 02 (fl. 19). No entanto, observo que, por equívoco, foi consignado no Auto de Infração (fl. 01), no referido mês de março, o valor total de R\$ 66.754,85 para a infração 01 e o valor de R\$ 11.680,92 para a infração 02, sendo correto o valor de R\$ 55.073,93 para a infração 01 e R\$ 11.680,92 para a infração 02.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 510.356,87, sendo R\$ 476.807,05, para a infração 01, e R\$ 33.549,82 para a infração 02.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0010/10-7**, lavrado contra **CASA BAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 510.356,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNAND

PAULO DA

Created with

 **nitroPDF** professional

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)