

**PROCESSO** - A. I. Nº 269366.0006/09-9  
**RECORRENTE** - FERROLENE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0097-01/10  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 28/12/2011

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0377-11/11

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Não acatada a tese de inexistência de fato gerador da obrigação tributária nas transferências. Os estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular são juridicamente autônomos. Nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do imposto. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o artigo 11, § 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96. A autonomia dos estabelecimentos é reforçada pelo seu artigo 12, I, ao estabelecer que o fato gerador do ICMS se considera ocorrido no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. A legislação prevê a obrigação de ser feito o pagamento da diferença de alíquotas do imposto por ocasião da entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. Além disso, o pagamento do ICMS em razão da diferença de alíquotas tem o objetivo de repartir a receita da tributação entre os estados da Federação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0097-01/10), que julgou Procedente o presente Auto de Infração, no qual se imputa ao contribuinte a falta de pagamento do ICMS no valor de R\$72.755,56, com acréscimo da multa de 60%, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais nas aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo, no período de janeiro a dezembro de 2004.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa nos seguintes termos:

*“O Auto de Infração reclama ICMS em decorrência de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, registradas no livro Registro de Entradas sob os CFOP’s 2.556 (compras) e 2.557 (transferências), conforme demonstrativo de fls. 08 a 12.*

*A matéria da infração está disciplinada no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97, que estabelece:*

**Art. 5º** Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

**I** - 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;

*Portanto, o fato gerador ocorreu quando da entrada no estabelecimento do contribuinte das mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, estando a exigência fiscal amparada na legislação pertinente e isto está bem explicitado nos autos.*

*Da análise das peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 18, IV, “a” e 39, do RPAF/99, tendo a infração sido descrita de forma clara, estando fundamentada nos demonstrativos e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator.*

*No caso sob exame, o contribuinte reconheceu como devido os valores relativos às operações de compras identificadas no demonstrativo de fls. 08 a 12 pelo CFOP 2.556 e contesta a exigência relativa às operações de transferência, identificadas pelo CFOP 2.557 no citado demonstrativo, sob o argumento de improcedência à vista de os materiais terem vindo sem incidência tributária do ICMS de sua matriz situada no Estado de São Paulo, com base no art. 7º do Decreto nº 45.490/2000 (RICMS-SP), o qual transcreveu.*

*Ora, o ICMS é um imposto de competência estadual tendo as Unidades Federativas Estaduais relativa discricionariedade legislativa quanto ao seu estabelecimento. Digo relativa porque a legislação de cada Estado deve se conformar com as diretrizes da Lei Complementar nº 87/96 e, em especial, com a Constituição Federal, que traça as limitações do citado imposto.*

*Assim, embora a legislação do Estado de São Paulo não grave de ICMS as operações de saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo, há que se observar que a vigência de tal norma se restringe ao território paulista uma vez que não existe convênio ou acordo interestadual para que tal norma tenha vigência externa ao território paulista. Neste particular, os Convênios ICM-12/75, ICMS - 37/90, 124/93 e 113/96 citados na legislação paulista de não incidência das operações objeto da contestação, não se referem a operações interestaduais de transferência como as autuadas.*

*Portanto, a não incidência das operações em apreço não possuem amparo legal para vigerem no Estado da Bahia. Por outro lado, embora os documentos fiscais relativos às operações em apreço não tragam destaque de imposto, vejo acertado o lançamento com fundamento no parágrafo único, inciso I, alínea “a” do art. 69 do RICMS-BA, que abaixo transcrevo:*

**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;*

*Desse modo, não tendo o autuado apresentado elementos objetivos capazes de elidir a acusação, concluo que ela está materialmente caracterizada.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, pedindo a improcedência da autuação no que se refere às transferências de materiais de uso e consumo oriundas do Estado de São Paulo, argumentando que:

1. a Junta de Julgamento Fiscal incorreu em erro, ao entender que o fato gerador das entradas de material de uso e consumo em operações de transferência estaria previsto no inciso I do artigo 5º do RICMS-BA, porque tal interpretação diverge frontalmente daquela adotada pelos Tribunais Superiores brasileiros;
2. transcreve a Decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 693.714 – de que o mero deslocamento físico de bens entre estabelecimentos não caracteriza circulação de mercadoria ensejadora da incidência do ICMS;
3. diz que este mesmo entendimento foi acolhido reiteradamente pelo Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar pela não configuração da hipótese de incidência do ICMS quando a operação de circulação de mercadoria for meramente transferência entre estabelecimentos de um mesmo titular. Transcreve alguns julgados do STJ: AgRg no REsp 601140 / MG 2003/0188115-6 – 1T, DJ 10/04/2006; REsp 40.603-SP – Processo 93/0031495-5 – DJ 11-06-1996; REsp 61.223-3/SP – Processo 95/0008130-0 – DJ. 05-06-95; REsp nº 772.891/RJ (2005/0132562-0);

4. enfatiza a existência da Súmula nº 166 do STJ, atualmente em vigor, com o seguinte teor:  
EMENTA: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE;
5. quando da aquisição do material de uso e consumo, foi pago, por estar embutido no preço, o ICMS de 18% (aplicável em São Paulo), de modo que, se esta 2ª instância não reverter o julgamento, haverá cobrança do ICMS em duplicidade.

Por fim, requer:

1. que esta Câmara de Julgamento reconheça a necessidade de representação ao Secretário da Fazenda, nos termos do que disciplina o artigo 168 do RPAF/99, por envolver matéria contida em lei ou em ato considerado ilegal já decidido em última instância pelo Poder Judiciário;
2. caso não entenda pela representação, que este Colegiado dê provimento ao seu Recurso.

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS e a Dra. Sylvia Amoêdo apresentou seu Parecer afirmando que “*esta corte de julgamentos administrativos não tem competência para apreciação de questões constitucionais, logo, ante a ausência de argumentos a analisar, somos pelo não provimento do Recurso voluntário e manutenção da Decisão recorrida*”.

O então relator pautou este PAF para julgamento e, no curso da sessão após a leitura do relatório, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, tendo em vista os argumentos recursais, deliberou pelo encaminhamento dos autos à PGE/PROFIS para que emitisse Parecer abordando especificamente a matéria aventada na peça recursal.

A PGE/PROFIS, em novo Parecer, dessa vez exarado pela Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob os seguintes argumentos, *in verbis*:

*“Inicialmente, cumpre notar que, após o advento do Acórdão RESP 1109298 (em anexo), que espelha o atual e recentíssimo entendimento do STJ a respeito do tema ‘ICMS. Base de cálculo. Estabelecimento mesmo titular’, parece-nos mutatis mutandis, ser perfeitamente aplicado à discussão a respeito da questão em torno da qual versa o feito, relativamente à incidência do ICMS a ser considerada nas transferências interestaduais de material para uso e consumo do mesmo titular.*

*Deveras, analisando-se o referido julgado, vê-se que o STJ, apreciando caso concreto, firmou posição no sentido de que, na espécie, ‘por diversas razões, a base de cálculo do ICMS deve ser o custo da mercadoria produzida, nos termos do art. 13, § 4º, II, da LC 87/96 (e não a entrada mais recente)’, isso porque, em primeiro lugar, ‘a interpretação da norma deve ser restritiva, pois o citado parágrafo estabelece bases de cálculo específicas. Em segundo, os incisos estão conectados às atividades do sujeito passivo, devendo ser utilizado o inciso II para estabelecimento industrial. Em terceiro, a norma visa evitar o conflito federativo pela arrecadação do tributo, o que impede a interpretação que possibilita o sujeito passivo direcionar o valor do tributo ao Estado que melhor lhe convier’.*

*Percebe-se, assim, que aquele Egrégio Pretório filiou-se, indiscutivelmente, à tese de que a base de cálculo deverá corresponder ao custo de produção, tal como previsto no inciso II, do § 4º, do art. 13, da LC 87/96.*

*Pois bem. Sendo certo que, no caso da recente Decisão proferida no RESP 1109298/RS, o STJ chancelou a utilização do custo de produção a título de base de cálculo na transferência entre estabelecimentos de mesmo titular, se me afigura subsistente a sustentação da incidência do ICMS na transferência interestadual entre estabelecimentos do mesmo titular, como se nos apresenta no caso vertente, mormente enquanto não prevalecer, no seio do STJ, o posicionamento refletido no acórdão RESP 1125133/SP, no qual se concluiu não constituir fato gerador do ICMS a transferência de mercadorias, estadual ou interestadual, entre estabelecimentos do mesmo titular.”*

Na sessão de julgamento, após a leitura do Relatório, a representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, apresentou um Parecer da lavra de Dr. José Augusto Martins Júnior sobre a matéria em discussão, documento que foi lido e acompanhado pelo representante do Recorrente, presente à sessão de julgamentos.

No mencionado Parecer exarado nos autos do PAF nº 146548.0904/04-4, o Dr. José Augusto Martins Júnior, após analisar a jurisprudência e trazer à colação excertos de obras de diversos juristas, manifestou seu entendimento de que a incidência do ICMS nas transferências

interestaduais de mercadorias tem sustentação no artigo 155, inciso II, da CF/88, normatizado no artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96.

Quanto à Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que, a seu ver, deve ser aplicada apenas *“aos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte num único Estado da Federação”*.

Finalmente, transcreveu o acórdão prolatado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 242.338/MG, em que aquele órgão afasta a aplicação da Súmula nº 166 nas transferências de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizado em outra unidade federada.

## VOTO

Inicialmente, indefiro o pedido do recorrente, para que esta Câmara de Julgamento reconheça a necessidade de representação ao Secretário da Fazenda, considerando que é a Lei Complementar 87/96 que rege a incidência do ICMS nas operações interestaduais de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa. Sendo assim, foge à competência das unidades federadas a alteração ou revogação de lei complementar federal, sendo inócua a solicitação contida no Recurso Voluntário.

No presente Auto de Infração está sendo exigido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais nas aquisições oriundas de outros Estados de materiais de uso e consumo, no período de janeiro a dezembro de 2004.

O contribuinte reconheceu parte do débito lançado, mas impugnou a parcela que se refere a entradas oriundas de operações de transferência de materiais de uso e consumo, sob o argumento de que não haveria incidência do imposto estadual nessa hipótese e trouxe aos autos diversos julgados dos Tribunais Superiores para corroborar sua tese.

Não obstante isso, o Parecer da PGE/PROFIS apresentou um recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça em que o órgão, contrariando a própria Súmula nº 166, entendeu, por via transversa, que há incidência do ICMS nas operações de transferências interestaduais. No julgado trazido aos autos pela PGE/PROFIS, o STJ decidiu que a base de cálculo do imposto estadual, em determinada operação de transferência, deveria ser o custo de produção e não o valor da entrada mais recente, concluindo-se, portanto, que aquele Tribunal admitiu a incidência do imposto estadual na hipótese de transferência interestadual de mercadorias.

Aliás, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 242.338/MG, também já manifestou o entendimento de que não se aplica a Súmula nº 166 nas transferências de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizado em outra unidade federada.

Sendo assim, a alegação recursal, de que não haveria incidência do ICMS nas transferências, haja vista que não há circulação jurídica, não encontra ressonância na jurisprudência deste CONSEF. Mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos, consoante o disposto no artigo 11, § 3º, II, da Lei Complementar 87/96.

O artigo 12, inciso I, da citada Lei Complementar reforça esse entendimento, ao estabelecer que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. A legislação prevê a obrigação de ser feito o pagamento da diferença de alíquotas do imposto por ocasião da entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Também se pode acrescentar que, nas hipóteses de transferências interestaduais, o legislador objetivou, em verdade, uma repartição, entre os Estados envolvidos nas operações, das receitas oriundas da tributação.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando a Decisão recorrida, pela Procedência do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269366.0006/09-9**, lavrado contra **FERROLENE S/A. – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.755,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS