

A. I. Nº - 279459.0002/11-6
AUTUADO - SOUZA CRUZ S/A.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 04.08.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-05/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADA INTERESTADUAL DE MERCADORIA PARA COMERCIALIZAÇÃO. MERCADORIAS ESCRITURADA NOS LIVROS FISCAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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, sendo irrelevante o fato de se tratar de operação de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2011, exige o débito no valor de R\$ 93.152,94, inerente ao exercício de 2010, conforme documentos às fls. 8 a 33, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Multa, no valor de R\$ 20.408,55, correspondente ao percentual de 60% sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, inerente aos meses de janeiro a outubro de 2010;
- 2 Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 72.744,39, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a agosto e outubro a dezembro de 2010.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, tempestivamente, apresenta defesa, às fls. 427 a 52 dos autos, na qual, quanto à primeira infração, aduz não impugná-la, pois efetuará o pagamento do DAE, cujo comprovante será apresentado posteriormente.

Inerente à segunda infração, o autuado alega que a autuação não merece prosperar, porque todas as operações abrangidas se referem à transferência de material de uso e consumo, cujas respectivas notas fiscais (fls. 71 a 266) foram emitidas sem lançamento de ICMS, já que tal operação não se sujeita à incidência do ICMS, como será adiante sustentado.

Em seguida, alega não haver incidência do ICMS na operação de transferência de bens do ativo e de uso/consumo entre estabelecimentos da impugnante, cujas operações sequer foram tributadas.

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 têm mercadorias, por óbvio, como objeto, não podendo haver a incidência do ICMS. Cita doutrina e Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, sustenta que, conforme entendimento já pacificado no judiciário, não se pode admitir que materiais destinados ao uso e consumo de uma empresa sejam tratados como mercadorias e

assim tributados na mera transferência para outro estabelecimento da mesma empresa, pois isto importa em violação ao art. 110 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados na Constituição ou nas leis para definir ou limitar competências tributárias, isto se considerado o fato de que no direito comercial “mercadorias” são apenas as coisas destinadas à venda.

Defende que este entendimento, obviamente, tanto se aplica às transferências de materiais de uso e consumo, como às transferências de bens de ativo fixo, sendo certo que em ambas as hipóteses os materiais envolvidos não podem ser considerados como mercadorias nos estabelecimentos de origem e nos estabelecimentos destinatários, posto que se tratam de operações de mera movimentação de bens, sem conteúdo econômico ou alteração na esfera de propriedade destes bens afastando-se por completo do fato gerador do ICMS.

Assim, pede a improcedência quanto à pretensão de cobrar diferencial de alíquota do ICMS relativamente a materiais de uso e consumo recebidos por transferências interestaduais de outros estabelecimentos da empresa, cujas respectivas operações sequer foram tributadas na origem.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 270), sustenta que a autuada tem histórico de autuações nessa infração de “Diferença de alíquota” onde sempre faz a defesa por entender não ser procedente. Aduz que, durante a fiscalização o preposto da empresa lhe informou que o contribuinte, através da “Súmula nº 166 do STJ”, entende que as transferências de material de uso e consumo e ativo fixo de filial para filial não se constituem em circulação de mercadorias. Contudo, para sua surpresa, a defesa alega de que as mercadorias são isentas de ICMS na origem. Porém, em seu entender, pelas descrições contidas nas notas fiscais anexas ao PAF pela autuada, as mercadorias são materiais de uso e consumo e, portanto, passível sim de cobrança de alíquota, onde foi dado o crédito do ICMS da origem da compra. Salienta a existência de outro Auto de Infração julgado procedente pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Às folhas 272 a 274 dos autos, consta requerimento para juntada de comprovante de pagamento (DAE) da infração 1 e do próprio documento de arrecadação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no valor de R\$ 93.152,94, decorrente de duas irregularidades, tendo o sujeito passivo reconhecido integralmente à primeira infração e impugnado a segunda exigência, a qual se refere à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas entradas de mercadorias ou bens oriundos de outras unidades da Federação e destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Assim, a lide se restringe, unicamente, à infração impugnada, sendo procedente a primeira exigência.

Da análise das peças processuais, referente à infração 2, o autuado defende que tal exigência é improcedente, pois trata de transferências de materiais de uso e consumo do estabelecimento, cujas operações não há incidência do ICMS, uma vez que inexistente fato gerador do ICMS, por não haver circulação da mercadoria em caráter econômico e nem configuração da prática de negócio jurídico mercantil.

Contudo, cabe-me 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 subsequentes.

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 que resultem quaisquer das 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;

Já o art. 624, inciso II, do RICMS/BA, enfatiza que, na entrada, no estabelecimento destinatário, este fará o pagamento da diferença de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Por fim, o Convênio ICMS 19/91 que dispõe sobre o tratamento tributário nas operações interestaduais de bens do ativo imobilizado ou de material de uso e consumo, em sua cláusula primeira, inciso II, determina que:

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

[...]

II – nas entradas no estabelecimento destinatário, este pagará o diferencial de alíquota, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre a base de cálculo constante da alínea “a” do inciso anterior, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação.

Assim, para a exigência do diferencial de alíquota, é irrelevante o fato de a saída do bem ou do material de uso e consumo, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, se tratar de operação de transferência ou de não ser passível de tributação pelo ICMS, como alega o recorrente. Assim, subsiste a infração 2.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo homologar-se os valores já recolhidos (fl. 274).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0002/11-6**, lavrado contra **SOUZA CRUZ S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.744,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “F”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$20.408,55**, prevista no art. 42, incisos II, “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologando os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA