

A. I. N° - 269136.0007/00-0
AUTUADO - KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - TEODORO DIAS JÚNIOR
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 22.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0326-02/11

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/05/2011, para constituir o crédito tributário no valor de R\$32.279,77, em razão de deixar de recolher o imposto relativo à diferença entre a alíquota interna vigente no Estado da Bahia e as alíquotas interestaduais verificadas nas transferências de mercadorias destinadas ao uso e consumo adquiridas ou recebidas em transferência dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Paraná.

O autuado às folhas 180 a 190 impugnou o lançamento tributário, alega que não há que se falar em valor devido a título de ICMS nas operações realizadas sob o “CFOP 2557”, no qual são classificadas as mercadorias correspondentes às entradas de materiais para uso ou consumo recebidos em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa. Argumenta que embora o Auto de Infração não mencione a diferença nas mercadorias, destaca-se a necessidade de distinguirem-se os valores devidos para as mercadorias classificadas sob o “CFOP 2556” (Doc.5), que montam a quantia de R\$16.395,48, daqueles supostamente devidos para as mercadorias classificadas sob o “CFOP 2557” (Doc.4), que montam a quantia de R\$15.884,30. Sendo o valor do débito principal de R\$32.279,77.

Entende que o tratamento tributário pertinente às mercadorias comercializadas sob o “CFOP 2557”, e aquelas rotuladas sob o “CFOP 2556”, é totalmente diferenciado, sendo específico na jurisprudência nacional que não incide ICMS no caso de transferência de bens que ingressaram nas dependências da Impugnante sob o “CFOP 2557”, sendo ilegal a cobrança.

Sustenta que tanto o Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo prevê a não-incidência do imposto na saída das mercadorias como o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia prevê que não é devido o ICMS quando na saída da mercadoria não houver a incidência do imposto. Desta forma, como a seguir será demonstrado, não há que falar em ICMS devido nas operações realizadas com as mercadorias classificadas sob o “CFOP 2557”.

Esclarece que a circulação das mercadorias sob o “CFOP 2557”, conforme se atesta pela análise das notas fiscais neste ato acostadas (notas fiscais CFOP 2557, Doc.5), se deu entre estabelecimentos comerciais do mesmo titular, sendo que tais mercadorias foram remetidas ao estabelecimento do autuado localizado na cidade de Camaçari para serem utilizados ou consumidos pela própria em seu processo fabril.

Entende que para que haja o fato gerador da incidência do ICMS necessariamente a mercadoria deverá ser objeto de circulação e transferência da sua titularidade jurídica, não sendo este o caso das mercadorias que ingressaram nas dependências do estabelecimento da Impugnante na cidade de Camaçari sob o “CFOP 2557”. Por se tratar de mercadorias transferidas entre estabelecimentos

do mesmo titular, não há de se falar em circulação jurídica uma vez que não existe efetiva transferência de propriedade das referidas mercadorias.

Aduz que estabelece o Regulamento de ICMS da Bahia que não é devido o pagamento de diferencial de alíquota interestadual se a operação de remessa das mercadorias for realizada com não incidência do imposto no Estado de origem, conforme preconizado pela alínea “a” do inciso III do art. 7º do mencionado Regulamento (Decreto Estadual nº 6.284/97), a seguir transcrito, *in verbis*:

“Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquota:

III - se a operação de remessa for realizada com:

- a) não-incidência do imposto; ou*
- b) isenção decorrente de convênio;”*

Entende que é exatamente o que acontece no caso das mercadorias transferidas sob o “CFOP 2557”. Com efeito, a Impugnante transferiu certos materiais de uso e consumo enviados de seu estabelecimento situado no Estado de São Paulo, que gozam da não incidência do tributo no Estado remetente, sendo estes posteriormente recebidos na filial da Impugnante localizada no Estado da Bahia.

Para comprovar que na saída das mercadorias do estabelecimento localizado no Estado de São Paulo não existe a incidência do ICMS, transcreve o texto do Regulamento de ICMS do Estado de São Paulo que ampara tal situação, ao prever a não incidência de ICMS nas transferências internas e interestaduais de bens de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo titular.

“Art. 7º O imposto não incide sobre:

[...]

XIV - a saída de bem do ativo permanente;

XV - a saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo;”

Aduz que no Estado de São Paulo não incide ICMS na “*saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo*”, motivo pelo qual não há que se falar em diferencial de alíquota devido ao Estado da Bahia pois não houve a incidência do imposto na saída das mercadorias do estabelecimento da Impugnante localizado no Estado de São Paulo. Citando que instado a se manifestar sobre esta discussão, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que sobre tais operações não há incidência de ICMS, tendo sido este seu entendimento inclusive uniformizado por meio da edição da Súmula nº 166, que assim dispõe: “*NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.*”

Diz que para garantir a não incidência de ICMS pela circulação de mercadorias e bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a própria Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, em resposta a consulta a ela formulada, afastou qualquer dúvida neste sentido. Transcrevendo *Resposta à consulta tributária nº 307/2006, de 02 de junho de 2006*.

Afirma que com a leitura da própria Súmula STJ nº 166 e da consulta acima mencionada, não resta dúvida de que a cobrança de ICMS nas operações realizadas sob o “CFOP 2557” não é devida, à medida que tais transferências estão isentas de ICMS no Estado de origem (São Paulo) e o próprio Estado da Bahia, em seu Regulamento de ICMS, instituiu que não é devido o pagamento do diferencial de alíquota se na operação de saída não houver incidência de ICMS, sendo este exatamente o caso em tela. Ou seja, se o Regulamento do Estado da Bahia prevê que não será tributável a entrada de mercadoria que for, por qualquer motivo, isenta no Estado de origem, não há de se falar em infração cometida pela Impugnante em relação às mercadorias que ingressaram em seu estabelecimento oriundas de remessas feitas por outro estabelecimento do mesmo titular

localizado no Estado de São Paulo, sendo pacífico o entendimento da Fazenda do Estado de São Paulo neste sentido – qual seja, a não incidência.

Tece comentários sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas, não observando o disposto no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que trata acerca da vedação ao confisco. Cita que o Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar sobre a matéria, definiu que multas estabelecidas nos percentuais de 20% ou 30% do valor do imposto devido não são abusivas, o que, conforme já demonstrado, não é o que acontece no caso em tela, pois as multas são de 60%.

Ao finalizar, requer que: o Auto de Infração seja julgado improcedente no tocante às mercadorias que foram transferidas ao estabelecimento comercial da Impugnante na cidade de Camaçari sob o “CFOP 2557”, face à inexigibilidade do imposto e das multas ora combatidos, uma vez que os documentos apresentados comprovam a isenção de pagamento do tributo no referido caso; seja determinada a redução da multa aplicada, no patamar de 60% do valor pretendamente devido, em virtude do nítido efeito confiscatório a ela atribuído; seja considerada apenas a incidência da diferença de recolhimento de alíquota interestadual em relação às mercadorias transferidas sob o “CFOP 2556”, sendo que tais produtos foram adquiridos de outros Estados da Federação e recebidas no Estado da Bahia, diferença esta que monta a quantia total de R\$16.395,48.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 302 e 307, após o breve resumo das argumentações defensivas informa que a Legislação que orientou os procedimentos desta fiscalização durante a auditoria realizada é a Legislação do ICMS do Estado da Bahia, mais especificamente o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 6. 284 de 14 de Maio de 1997 e alterações posteriores, e a Lei Estadual nº 7014/96.

Transcreve o § 2º e o inciso IV do Art.1º, do Capítulo I do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, no qual estabelece no referente a incidência do imposto e ao fato gerador. Da mesma forma transcreve o Art. 2 , I , do Capítulo II do RICMS-Bahia que estabelece referente a ocorrência do fato gerador.

Portanto, mesmo que a unidade federativa de São Paulo considere que não há incidência do imposto nas operações de transferência interestadual, o Estado da Bahia, unidade federativa na qual o Autuado se situa e cuja legislação deve observar, estabelece que há incidência de imposto nas operações interestaduais e que a saída de mercadoria nessas operações, inclusive de transferência, correspondem a fatos geradores do ICMS.

Salienta que para efeito do pagamento do diferencial de alíquota, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia determina que o Art.5º, I, que “*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*”.

Observa que para as operações de transferências interestaduais, a defendente alega que o diferencial de alíquota cobrado neste Auto de Infração não é devido em virtude do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia estabelecer, no seu Art. “1”., que nas operações em que não houver “não incidência” do ICMS, não é devido o diferencial de alíquota. Ora, as hipóteses onde há “não incidência” do ICMS, segundo a legislação do Estado da Bahia, estão muito bem caracterizadas no Art. 6º do RICMS-Bahia, que transcreve. Aduz que em nenhuma dessas hipóteses se enquadram as transferências interestaduais de bens ou produtos destinados a uso ou consumo do estabelecimento, mesmo que, no Estado de origem, essas transferências sejam consideradas como não susceptíveis a incidência do imposto.

Conclui que não é pertinente que o contribuinte queira se enquadrar em uma situação de “não incidência” do ICMS que não é autorizada pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, posto que São Paulo e Bahia são unidades federativas distintas, cada qual com sua legislação específica. Como o estabelecimento auditado situa-se no Estado da Bahia, suas operações devem submeter-se a legislação deste Estado, mesmo que o estabelecimento da empresa situado em São

Paulo, de onde saíram as transferências interestaduais, obedeça a legislação daquele Estado e atribua às suas operações de transferência um caráter de "não incidência", instituto válido tão somente para caracterizar tais operações perante o Fisco daquela unidade Federativa.

Esclarece que no Estado da Bahia, somente valem as situações de "não incidência" especificadas literalmente pela Legislação Estadual acima transcrita. Ou seja, a situação de "não incidência" definida pela legislação paulista não é autorizada pela legislação tributária baiana, de modo que é, sim, devido o ICMS cobrado neste Auto de Infração em relação ao diferencial de alíquota sobre as transferências interestaduais de materiais de uso e consumo provenientes do estabelecimento da Autuada no Estado de São Paulo.

Reafirma que a totalidade da autuação efetuada, tanto em relação às operações agrupadas pela defendant na categoria com CFOP 2.557 - operações de transferência interestaduais -, como em relação aquelas com CFOP 2.556 - operações de compras interestaduais. Para estas últimas operações, inclusive, a autuada reconheceu explicitamente a procedência da autuação a fl. 190 deste PAF, sob o parágrafo 38, questionando apenas a magnitude da multa aplicada sobre a infração.

Sobre a magnitude da multa aplicada (60 % sobre o valor do imposto não recolhido), esta é definida no Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei Estadual nº 7014/96. Esta fiscalização apenas tipificou a infração cometida e aplicou a multa correspondente, conforme disposto na referida Lei.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, 307-A, tendo se manifestado reiterando que o artigo 7º, III, "a" do RICMS baiano é perfeitamente aplicável, eis que o referido diploma legal vigente estabelece expressamente que não haverá cobrança de alíquota interestadual na hipótese de remessa com não incidência, ou seja, que não será devido o pagamento se a operação de remessa for realizada com não incidência do imposto (artigo 7º, III, "a" do RICMS).

As folhas 309/310, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$16.395,47.

VOTO

Apesar do autuado argüir que não é devida o diferencial de alíquota com amparo no Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, combinado com RICMS do Estado da Bahia, não cabe acolhimento tal argüição, tendo em vista que o aludido artigo 7º, III, "a", determina a não exigência do diferencial de alíquota, sob a condição de que operação de remessa seja amparada pela não incidência do imposto.

No presente caso o citado dispositivo regulamentar do Estado de São Paulo que entende não haver incidência nas transferências entre estabelecimentos da empresa, não tem o condão de determinar as operações de não incidência, pois tais operações só podem estar previstas na Constituição Federal e Lei Complementar do ICMS.

Assim, como não há previsão nem na Constituição Federal e nem Lei Complementar e as operações em questão não estão dentro do campo de incidência do ICMS, bem como as decisões dos tribunais trazidas pelo contribuinte não vinculam as decisões administrativas deste Estado, fica demonstrado que a operação em questão não está contemplada na não incidência, portanto não havendo previsão legal que determine há não incidência nas transferências de material de uso e consumo empresa, é devido o pagamento diferencial de alíquota nas operações em tela.

Logo, voto pela procedência da autuação.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269136.0007/00-0**, lavrado contra

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.279,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE
ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR
ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR