

A. I. N° - 232875.1211/11-7  
AUTUADO - FLUMAR TRANSP. DE QUÍMICOS E GASES LTDA.  
AUTUANTE - ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS PALMA  
ORIGEM - INFAS ATACADO  
INTERNET - 15.06.2012

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF N° 0121-02/12**

**EMENTA: ICMS.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e materiais destinados ao consumo do próprio estabelecimento ou destinados ao seu ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos incapazes para elidir a acusação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2011, imputa a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$25.417,20, nos meses de janeiro, março, junho, setembro, novembro e dezembro de 2009, maio, junho e dezembro de 2010, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls. 06 a 107.

O autuado, por seu representante legal, em sua defesa às fls. 112 a 123, após destacar a tempestividade de sua defesa, e transcrever a infração, a impugnou pelos motivos de fato e direito a seguir alinhados.

Aduz que na descrição dos fatos a fiscalização entendeu que o estabelecimento procedeu com operações de aquisição em outra unidade da Federação, de mercadorias para consumo do próprio estabelecimento, porém, alega que o que ocorreu foi uma simples transferência de bens entre dois de seus estabelecimentos, a filial de Santos – SP e a filial de Salvador – BA.

Assim, sustenta que as operações que foram objeto da autuação ora impugnada não foram operações de aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, mas se tratam de remessas de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, operações não sujeitas à incidência de ICMS, nem no Estado origem nem tampouco no Estado de destino, este último, no caso, o Estado da Bahia.

Esclarece que é empresa que atua na prestação de serviços de transporte marítimo e, para manutenção de seus navios, utilizados na sua atividade fim, adquire bens que são utilizados ou consumidos pela empresa nessa manutenção, sendo, ocasionalmente, necessária a transferência desses bens para a filial do local onde o navio que requer manutenção irá atracar. No caso específico da autuação em comento, diz que a filial de Santos adquiriu os materiais de uso e consumo e remeteu alguns materiais para a filial da Bahia para aplicação na manutenção do navio que atracou nesse Estado, cujos documentos fiscais constam que a classificação atribuída às operações foi CFOP 6.557 (transferência de material de uso ou consumo).

Transcreve lição de renomado tributarista sobre a hipótese de incidência do ICMS consistente na circulação e transferência de mercadorias.

Ressaltando que as mercadorias enviadas pelo estabelecimento remetente não são destinadas à venda, são bens que, da mesma forma que bens do seu ativo imobilizado, são utilizados pela empresa como consumidora final, no caso, bens para seu consumo, argui que a autuação não se coaduna com o disposto no art. 155, II da Constituição Federal, por entender lhe faltar requisitos

de incidência à medida que as operações que a ensejaram não se traduzem em atos de mercancia, uma vez que não há negócio jurídico que paute uma transferência de propriedade; a propriedade permanece com o mesmo titular.

Observa que os documentos fiscais não se tratam de operação de aquisição de mercadorias de outro Estado da Federação, pois o remetente da nota de saída é o próprio destinatário.

Para mostrar que a interpretação da legislação tributária no sentido de que sobre as operações transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não incide ICMS, transcreveu a jurisprudência no âmbito do judiciário e a Súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 166, inclusive a ementa do julgamento do AI nº 232940.0054/00-9 do CONSEF/BA (Acórdão JJF nº 2086-01/01).

Prosseguindo, aduz que na hipótese de as operações que ensejaram a autuação estejam sujeitas à incidência de ICMS, a título de diferencial de alíquota no Estado destino, vez que interestaduais, houve erro na aplicação da alíquota, pois foi exigido o tributo calculado à alíquota de 17%, em desacordo com o art. 1º, combinado com o art. 155, § 2º, V, “b” da Constituição Federal.

No caso em tela, observa que a alíquota interna é de 17%, e considerando que a operação iniciou-se em São Paulo, Estado localizado no Sudeste do País, caso a operação fosse tributada, o ICMS devido ao Estado da Bahia haveria de ser calculado no máximo pela alíquota de 10% (diferencial - 17% - 7% = 10%), sob pena de se ferir o pacto federativo.

Salienta que o Estado da Bahia, consubstanciando-se no fato de que não houve destaque de ICMS na nota de remessa, tributa a operação com a alíquota interna cheia, porém, ressalta que não houve o destaque de ICMS na nota de remessa posto que a operação não é tributada.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração, e caso não seja o entendimento do órgão julgador, que seja considerado apenas o diferencial de alíquota de 10% e não a alíquota interna cheia de 17%. Protesta pela produção posterior de provas em direito admitidas.

O autuante presta informação fiscal às fls. 150 a 151, rebatendo as razões defensivas na forma que segue.

Salienta que o diferencial de alíquota é um instituto que visa arrecadar para o estado de destino ICMS sobre aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou material de consumo, através da aplicação da diferença entre a alíquota interna do estado de destino subtraída da alíquota interestadual relativa ao estado de origem, e que as aquisições se dão pela entrada de produtos nos estabelecimentos.

Frisa que os estabelecimentos filiais de uma empresa são autônomos entre si na apuração das suas obrigações tributárias fiscais, a teor do artigo 2º, inciso I, do RICMS/97. Além disso, diz que a obrigatoriedade no pagamento do diferencial de alíquotas está prevista no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97.

Quanto ao cálculo do débito, esclarece que o entendimento do autuado sobre a alíquota aplicada não está correto, visto que conforme se pode constatar à fl.97, o valor de R\$ 14.474,17 corresponde a 10% da base de cálculo original de R\$ 144.741,71 referente a aquisições interestaduais de ativo imobilizado colhidas das notas fiscais às fls.98 e 99 dos autos. Assim, explica que a partir da apuração do quantum devido a título de ICMS, infere-se a base de cálculo de R\$ 85.142,17 para uma alíquota de 17% utilizada pelo aplicativo que gera o auto de infração informatizado, de forma que o valor a pagar não se altera.

Conclui pela manutenção de seu procedimento fiscal.

## VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização encontram-se em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois o fato gerador do crédito tributário está constituído nos

levantamentos efetuados pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado.

A imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls.86 a 106.

O lançamento foi impugnado com base nas seguintes premissas;

a) que as operações constantes nas notas fiscais não estão sujeitas à incidência do ICMS, por se tratar de transferências bens entre dois de seus estabelecimentos, a filial de Santos – SP e a filial de Salvador – BA, para aplicação na manutenção do navio que atracou nesse Estado, cujos documentos fiscais constam que a classificação atribuída às operações foi CFOP 6.557 (transferência de material de uso ou consumo).

b) que houve erro no cálculo, por entender que a alíquota interna é de 17%, e considerando que a operação iniciou-se em São Paulo, Estado localizado no Sudeste do País, caso a operação fosse tributada, o ICMS devido ao Estado da Bahia haveria de ser calculado no máximo pela alíquota de 10% (diferencial - 17% - 7% = 10%), apesar do imposto não ter sido destacado nas notas fiscais.

c) que as operações transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não incide ICMS, conforme Súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 166, inclusive a ementa do julgamento do AI nº 232940.0054/00-9 do CONSEF/BA (Acórdão JJF nº 2086-01/01).

Quanto a primeira premissa, vale lembrar que a diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, será exigida nas aquisições interestaduais de mercadoria destinada a compor o ativo imobilizado ou para serem utilizadas como material de uso ou consumo do contribuinte adquirente (art. 2º, IV combinado com artigo 4º, XV, da Lei nº 7.014/96), norma regulamentada pelo Decreto 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS /BA).

Cabível também lembrar que tal exigência encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII).

Portanto, não assiste razão ao defendant no sentido de que não é cabível o diferencial de alíquotas nas operações objeto da lide, por se tratar de transferências entre estabelecimento do mesmo titular, ante a obrigatoriedade no pagamento da diferença de alíquota previsto no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97.

No tocante ao cálculo do débito, de fato tem razão o autuado de que o cálculo deve ser feito tomando por base a alíquota de 10%, correspondente a diferença entre a alíquota interna de 17% menos a alíquota de origem de 7%, consoante disciplinado no artigo 69, do mesmo Regulamento.

No caso concreto, verifico que os valores exigidos constam dos demonstrativos de fls.86 e 96/97, e foram apurados com base nas notas fiscais constantes às fls.88/95 e 98/106, nas quais, consta a discriminação dos bens adquiridos em outras unidades da Federação e destinados ao consumo do próprio estabelecimento, quais sejam, peças para manutenção e aplicação de navio que atracou neste Estado.

No que tange aos valores apurados, da análise dos demonstrativos acima citados, constato que não existe erro de cálculo do débito. Tomando por base o exemplo citado pelo autuante, à fl. 97, o valor de R\$14.474,17 corresponde a 10% da base de cálculo original de R\$ 144.741,71, referente a aquisições interestaduais de bens de consumo extraídos das notas fiscais às fls.98 e 99 dos autos, valor esse, que foi transportado para o Demonstrativo de Débito à fl.01. Portanto, apesar de constar no demonstrativo de débito citado, a alíquota de 17%, o débito está correto para todas as notas fiscais, cabendo esclarecer que o sistema informatizado da SEFAZ insere a alíquota de 17% para fins de demonstração da base de cálculo.

Por último, quanto à jurisprudência e a doutrina citadas na defesa (STJ e do CONSEF), pelas considerações acima alinhadas, as mesmas não se aplicam ao fato narrado no auto de infração objeto deste processo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232875.1211/11-7**, lavrado contra **FLUMAR TRANSP. DE QUÍMICOS E GASES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.417,20**, acrescido das multas de 60%, sobre **R\$4.059,08 e de 50% sobre R\$21.358,12**, prevista no artigo 42, II, “f” e I “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR