

A. I. Nº - 206918.0001/15-7
AUTUADO - FERROLENE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS
AUTUANTE - ISRAEL CAETANO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.02.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0015-05/16

EMENTA. ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. A transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica não se encontra fora do campo de incidência do ICMS. O pagamento da diferença de alíquotas tem fundamento na Constituição: art. 155, § 2º, inc. VIII; c/c inc. I, art. 12, da LC nº 89/96. Na Lei nº 7.014/96, que dá o ordenamento jurídico do ICMS no Estado da Bahia, a diferença de alíquotas é prevista no art. 4º, XV. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. b) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Modificada a multa de 10% para 1% conforme alteração da Lei 13.461,15, por *quantum* o artigo 106, inciso II, alínea “c” do CTN, que orienta a aplicação da multa mais benéfica. Infração reconhecida. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente procedente. 3. REMESSA DE BENS PARA CONSERTO SEM DEVIDO RETORNO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015, para reclamar crédito tributário no valor total de R\$381.360,49, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$282.535,38, nos exercícios de 2011 e 2012, decorrentes da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Consta da descrição dos fatos que o contribuinte recebe do Estado de São Paulo mercadorias em transferência e destinadas a uso e consumo na Unidade de Camaçari-Ba.

INFRAÇÃO 2 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, exercícios de 2011 e 2012. Lançado multa de R\$91.484,41.

INFRAÇÃO 3 - 16.01.41 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, exercícios de 2011 e 2012. Lançado multa de R\$6.771,36.

INFRAÇÃO 4 - 02.06.01 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$569,34, julho e novembro de 2012, em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno.

O sujeito passivo apresenta impugnação, às fls. 65/82, com documentos anexos contra o auto de infração em referência, com fundamento legal do artigo 123, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, requerendo seu cancelamento parcial, pelos motivos que a seguir descrevo:

Diz que, sob fiscalização, no período abrangendo 1º de janeiro de 2011 a 31 de dezembro de 2012, tomou ciência na data de 01 de outubro de 2015, da aplicação do auto de infração por ter deixado de recolher ICMS devido em decorrência de operações que seriam tributáveis ao ver do agente de fiscalização.

Manifesta, portanto, que concorda com parte da autuação, devendo proceder com o pagamento das infrações 2, 3, 4; porém, discorda da infração 01 - 06.02.01, assim descrita: *"Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - O contribuinte recebe do Estado de São Paulo mercadorias em Transferência e destinadas a Uso e Consumo na Unidade de Camaçari/BA, conforme demonstrativo Transferência - Diferença Alíquota USO CONSUMO CFOP 2557, parte integrante deste Auto de Infração e que neste ato o Contribuinte recebe cópia - Total da Infração - R\$282.535,38."*

Diz que, nas operações de transferências de materiais de uso e consumo, entre estabelecimentos de um mesmo titular da propriedade, não representa uma "circulação" de mercadorias, portanto, estes materiais não se enquadram como sendo as mercadorias tratadas no artigo 155 da Constituição Federal e Lei complementar nº 87/1996 e Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996 – Art. 2º, que os destacam.

Para dá respaldo a esse entendimento, cita entendimentos de estudiosos da área do direito, bem assim diz que Tribunais de todo o país vem corriqueiramente decidindo pela não incidência do ICMS na operação de simples transferência de material de uso e consumo de um estabelecimento para outro de um mesmo contribuinte, a exemplo da decisão proferida pelo STJ, no Recurso Especial (REsp) nº 772.891/RJ (2005/0132562-0), cuja ementa reproduz no corpo de sua manifestação de defesa à fl. 73 dos autos.

Aduz que as notas fiscais com Transferência de material para uso ou consumo (CFOP 2.557), teve como procedência a sua matriz (CNPJ 61.881.017/0001-90) localizada no Estado de São Paulo, justamente na Unidade da Federação em que a transferência de materiais de uso e consumo é uma operação de saída taxada como não incidência do ICMS, portanto, destaca que não existe diferencial de alíquota.

Diz que, por orientação do Parecer nº 3.025/2001 do DITRI-SEFAZ, processo que tramitou sob nº 089.664/2001-4, o Fisco Baiano deu seu entendimento no caso ao que fora objeto de autuação, de que quando a legislação do estado de origem não tributa a transferência de material de uso e consumo, não será exigido pelo Estado da Bahia o diferencial de alíquota. Para melhor compreensão, transcreve a EMENTA extraída do site da SEFAZ-BA.

Em assim sendo, transcreve abaixo norma legal do Estado de São Paulo contida no inciso XV, do artigo 7º, do Decreto nº 45.490/2000, referindo-se nas saídas (no caso se referindo às transferências) de material de uso ou consumo, do estabelecimento paulista, com destino a outros estabelecimentos do mesmo titular, taxando operação como não incidência, conforme a seguir:

RICMS – DECRETO DO ESTADO DE SÃO PAULO Nº 45.490/2000 ... Artigo 7º - O imposto não incide sobre (Lei Complementar federal 87/96, art. 3º, Lei 6.374/89, art. 4º, na redação da Lei 10.619/00, art. 1º, III; Convênios ICM-12/75, ICMS -37/90, ICMS-124/93, cláusula primeira, V, 1 e ICMS-113/96, cláusula primeira, parágrafo único): ... XV – a saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo.

De outro lado, de que, pela norma contida no artigo 69 e demais dispositivos pertinentes do RICMS-BA (Regulamento do ICMS) - Decreto nº 6.284/97, legalmente existe a imposição de recolher o diferencial de alíquota, mas, - tão somente, - quando o material chegar no Estado da Bahia com

a condição de incidência de tributação do ICMS, e com alíquota deste inferior à alíquota interna praticável.

Diz que o art. 69 do RICMS-BA (Decreto nº 6.284/97) 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.

Desta forma, diz que, como se pode verificar, a condição primordial previsto na legislação para “existência” do Diferencial de Alíquota é, naturalmente, que o material tenha dado saída no Estado de Origem na condição de Tributável, de modo que, em sentido contrário, não existirá diferença para operação taxada pela não incidência.

Reafirma que, se não existe diferença, não tem como tributar algo inexistente, e, seguindo essa lógica, diz que, nem poderia ser diferente!, o legislador da Bahia ratificou, expressamente, no RICMS (art. 7º, art. 69, art. 70), que descreve a seguir, nesta situação de não incidência do ICMS no estado de origem, nada deve ser recolhido a título de diferença.

"RICMS BAHIA - Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

(...)

III - se a operação de remessa for realizada com:

a) não-incidência do imposto (...)"

"RICMS BAHIA - Art. 70. Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas hipóteses do art. 7º e do parágrafo único do art. 8º".

"RICMS BAHIA - Art. 69. - Parágrafo único. – Inciso II - só é devido o pagamento da diferença de alíquotas quando (...)"

Destaca que não é diferente o artigo 305 do RICMS-BA (Novo Regulamento da Bahia), publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, em que muda a forma textual, porém, a expressão “*operação ou prestação tributada*” constante no inciso I, do § 4º, do artigo 305, embora escrito de forma diferente, exprime, de qualquer forma, o mesmo sentido literal, qual seja: não é devido.

Traz a tona varias outras decisões de Tribunais de todo o país, decidindo pela não incidência do ICMS na operação de simples transferência de material de uso e consumo de um estabelecimento para outro de um mesmo contribuinte, em que algumas ementas são reproduzidas no texto da manifestação de defesa, inclusive a Súmula 166 do STJ, cuja ementa tem-se o seguinte destaque “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Em face de todo o exposto, por não ter ocorrido uma venda de mercadoria, sequer circulação econômica, diz que não se pode falar em saída tributada, senão estar-se-ia tributando o próprio patrimônio, além do que, na eventualidade de se manter a autuação, temos que, - haverá significativa injustiça para a Requerente!, - uma vez que, como é sabido, quando da aquisição do material de uso e consumo, pagou-se, por estar embutido no preço, o ICMS para o Estado da Bahia, de modo que, se não reverter à autuação, estará, de fato, pagando o ICMS em duplicidade, motivo pelo qual a autuação deve ser julgada improcedente.

Pelo todo o exposto, requer que a presente impugnação, seja acolhida e provida, no sentido de determinar o cancelamento frente à impugnação ora apresentada, e posterior arquivamento do auto de infração, por ser medida de imperiosa.

O d. Agente Fiscal presta Informação Fiscal às fls. 66/69, primeiramente descrevendo resumidamente, as infrações 2, 3 e 4, com os destaque de que o Contribuinte Autuado reconheceu a procedência das autuações e solicitou da SEFAZ a emissão dos DAE's para pagamento total de cada uma das três infrações acima (Processo nº 231594/2015-1) às fls. 64 a 69 dos autos. Diz, então, que as três infrações foram quitadas conforme extrato extraído do Sistema INC.

Quanto a Infração 1 (Processo nº 231598/2015-7 de 30/11/2015) às 70 a 85 dos autos, diz que o Contribuinte recorre à C. F. e ao art. 155 Lei Complementar nº 87/96 e RICMS/SP.

Destaca, então, que o art. 2º da Lei Complementar nº 87/96 assim dispõe: "*O imposto incide sobre: - operações relativas a circulação de mercadorias*". É esse o seu entendimento. Diz, portanto, que existe a incidência do ICMS quando da transferência de material de uso e consumo adquirido pela matriz de São Paulo e Transferido para sua filial em Camaçari-BA, com o CFOP nº 2557.

Descreve o art. 5º do RICMS-BA (Decreto nº 6.284/97), em seguida diz que à fl. 51 dos autos, tem-se o entendimento e determinação do GECOT para proceder fiscal, referente ao DIFAL. Neste sentido, entende ter seguido.

Aduz que às fls. 52 até 56 vê-se julgamentos "Procedentes" para autuações de matéria idêntica em ações fiscais anteriores junto a esse contribuinte. Assim, requer a procedência da infração 01.

VOTO

Preliminarmente, verifico presentes, no Processo Administrativo Fiscal em tela, os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos fiscais reclamados, estando o lançamento de ofício de acordo com o estabelecido nos termos dos artigos 39, RPAF BA (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) e 142 do CTN (Código Tributário Nacional).

O presente Auto de Infração reclama créditos tributários no valor total de R\$381.360,49, relativo às 4 (quatro) infrações descritas e relatadas na inicial dos autos. Todas as infrações estão respaldadas por demonstrativos elucidativos acostados aos autos, tendo o defendente reconhecido integralmente os valores exigidos nas infrações 2, 3 e 4. Em consequência, subsistem todas essas infrações pelo reconhecimento do sujeito passivo. Sendo assim, a lide se restringe apenas à infração 1, que diz respeito a falta de recolhimento do imposto no valor de R\$282.535,38, relativo aos exercícios de 2011 e 2012, por ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas transferências de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação, no caso específico, Estado de São Paulo, e destinadas a consumo do estabelecimento na Unidade de Camaçari, Estado da Bahia.

No demonstrativo às fls. 19 a 23 dos autos, observo, de fato, que são mercadorias oriundas do Estado de São Paulo, com o CFOP nº 2.557 - Transferência de Material para Uso e Consumo, em que, pelo fato da legislação paulista tratar como não ocorrência de incidência de ICMS, em operações de saídas de material de uso ou consumo, para outros estabelecimentos do mesmo titular dentro do seu território (inciso XV, art. 7º, do Decreto do Estado de São Paulo nº 45.490/2000); argui o sujeito passivo que estaria a presente operação acobertada pelo inc. III, do art. 7º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e inc. II, do art. 69 do novo RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, onde reza que não é devido o pagamento da diferença de alíquota se a operação de remessa for realizada com não incidência do imposto.

Ocorre que a operação objeto em análise, não se trata de remessa realizada com não incidência do imposto, pois a não incidência argüida pelo defendente, refere-se à saída de material de uso ou consumo para outros estabelecimentos do mesmo titular dentro do próprio Estado de São Paulo (inciso XV, art. 7º, do Decreto nº 45.490/2000); no caso específico, trata-se de saída de material de uso ou consumo para outros estabelecimentos do mesmo titular fora do Estado de São Paulo, no caso em tela, Unidade de Camaçari, Estado da Bahia, portanto, sob a égide do inc. I, art. 12, da Lei Complementar nº 89/96, que considera a ocorrência do fato gerador do ICMS em operações de saída de mercadorias de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Dispositivo esse recepcionado pela Lei nº 7.014/96, que dá o ordenamento jurídico do ICMS no Estado da Bahia, no inc. XV, do art. 4º a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

*XV - da **entrada** ou da 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 à operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.*(Grifos Acrescidos)

É fato que todas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito da infração 1 são originárias de operações de transferência (CFOP nº 2.557) de outra unidade da Federação, com destinação a estabelecimento situado no Estado da Bahia, no Município de Camaçari. Nesse caso, destaco o art. 155, § 2º, inc.VII, da Constituição Federal, que determina, que em operações que destinem bens a contribuinte, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário da operação, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Como tal, assim se apresenta o demonstrativo de débito da infração 1, o destaque das notas fiscais, data de emissão, descrição das mercadorias transferidas, o código das operações fiscais (CFOP), no caso específico, 2.557, a unidade da Federação de origem, no caso em tela São Paulo, o valor das mercadorias, o imposto destacado na operação e devido ao Estado de São Paulo à alíquota de 7% e o imposto objeto da autuação calculado à alíquota de 10%, correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário (17%) e a alíquota interestadual (7%); em nenhum momento questionado pelo defendente.

Desta forma, entendo que não merece reparo a autuação neste ponto. Tenho por subsistente a infração 1.

Verifico que a multa utilizada para o cálculo da multa da infração 3, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificada para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela por restar reconhecidas as infrações 2, 3, e 4; e procedente infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206918.0001/15-7**, lavrado contra **FERROLENE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$283.104,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$91.552,12**, previstas no art. 42, inciso XI, da Lei citada, moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR