

A. I. Nº - 276468.0003/17-9
AUTUADO - FERROLENE S/A. – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.12.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-05/17

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. OPERAÇÕES DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o pagamento do imposto a título de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais as alíquotas por transferências de materiais para uso e consumo próprio. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 31/05/2017, o Auto de Infração reclama imposto no valor de R\$ 242.161,23, acusando o cometimento da seguinte infração (06.02.01): *“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”*. Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96 c/c o art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”, do RICMS/BA/2012. Período: meses de janeiro a dezembro de 2013, 2014 e 2015. Multa de 60% - Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Consta na descrição *“Infração evidenciada por meio dos demonstrativos “Débito de diferencial de alíquota - Material de Uso e consumo - Resumo do Débito”, “Débito de diferencial de alíquota - Material de Uso e consumo - Demonstrativo do cálculo” e “Débito de diferencial de alíquota - Material de Uso e consumo - Listas de notas/itens” todos anexos”*.

Na defesa de fls. 66/76 o sujeito passivo discorda da autuação por entender que as operações de transferência de material de uso e consumo entre estabelecimentos do autuado não representa “circulação” de mercadorias, portanto, não se confundem com as mercadorias tratadas no artigo 155 da Constituição Federal e art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996, que reproduz.

Em apoio ao seu entendimento, transcreve excerto doutrinário de Plácido e Silva e ementa do REsp nº 772.891/RJ (2005/0132562-0), do STJ.

Sustenta que as notas fiscais oriundas de seu estabelecimento matriz situado em São Paulo transferiram material para uso ou consumo (CFOP 2.557) para o estabelecimento autuado, mas que em tais operações não há incidência de ICMS, portanto, não existe diferencial de alíquota.

Transcrevendo ementa do Parecer nº 3.025/2001 da DITRI-SEFAZ no processo que tramitou sob nº 089.664/2001-4, diz que o Fisco Baiano deu seu entendimento quanto ao objeto da 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.

Diz que a norma legal do Estado de São Paulo contida no inciso XV, do artigo 7º, do Decreto nº 45.490/2000, referindo-se a saídas (no caso se referindo às transferências) de material de uso ou consumo, do estabelecimento paulista com destino a outros estabelecimentos do mesmo titular, dispõe não haver incidência de ICMS nas operações.

Acrescenta, ainda, norma contida no artigo 69 e demais dispositivos pertinentes do RICMS do Estado da Bahia (Regulamento do ICMS) - Decreto nº 6.284/97, no qual sinaliza que existe a imposição de recolher o diferencial de alíquota, mas, - tão somente, - quando o material chega no Estado da Bahia com a condição de incidência de tributação do ICMS, e com alíquota deste inferior à alíquota interna praticável. Reproduz os Art. 4º da Lei nº 7.014/96 e 305 da Lei

13.780/2012 do RICMS. Também cita: o art. 3º da LC 87/96, art. 4º, na redação da Lei 10.619/00, art. 1, III; Convênios ICM-12/75, ICMS 37/90, ICMS 124/93, Cláusula primeira, V, 1 e ICMS 113/96, Cláusula primeira, parágrafo único): ...XV.

Transcrevendo o art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 e art. 305, § 4, III, “a”, do RICMS/BA, afirma que a norma contida no art. 69 e demais dispositivos do RICMS, impõe a obrigação de recolher o diferencial de alíquota, mas, tão somente quando o material chega no Estado com condição de incidência tributária, e com alíquota inferior à praticada na operação interna.

Seguindo, também em subsídio à sua alegação, reproduz mais ementas de decisões judiciais: STF (AI 693714 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 30/06/2009, 1ª Turma, Publicação DJe-157, DIVULG 20-08-2009, PUBLIC 21-08-2009, EMENT VOL-02370-13, PP-02783, Parte(s) AGTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO, AGDO.(A/S): UNISYS BRASIL LTDA); STJ (AgRg no Resp 601140 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0188115-6 – 1T, DJ 10/04/2006 p. 129; 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)). Junta, ainda, jurisprudência sumular do STJ (Súmula nº 166), bem como a Súmula 166.

Reafirma que por não ter ocorrido venda de mercadoria, sequer circulação econômica, não se pode falar em saída tributada, uma vez que, a aquisição do material de uso e consumo, se paga por estar embutido no preço, o ICMS para o Estado da Bahia, de modo que, se não reverter a autuação, o autuado pagará ICMS em duplicidade.

Conclui pedindo acolhimento da impugnação, cancelado e arquivado o Auto de Infração.

O Auditor Fiscal autuante presta informação fiscal às fls. 82/83. Resume a impugnação e a contesta dizendo que a defesa é essencialmente de Direito, pois os fatos não foram contestados.

Sobre o Parecer DITRI nº 08966420014, ratificado em 20/07/2001, informa que se trata de consulta apresentada pela empresa ENTERSA – ENGENHARIA, PAVIMENTAÇÃO E TERRAPLENAGEM, empresa de engenharia, portanto, não contempla ao defendente.

Reforça que o citado parecer somente excepciona as situações em que há transferências não tributadas, com base na legislação de origem amparada no ordenamento jurídico brasileiro, o que não se aplica ao caso vertente.

Quanto à jurisprudência apresentada, além da Súmula do STJ (166), afirma que se referem ao ICMS normal e não se aplicam ao caso de cobrança de diferencial de alíquota. Diz que o ICMS normal tem natureza jurídica distinta do diferencial de alíquotas que se caracteriza por ser meio de redistribuição federativa de tributos, sem qualquer ônus para a empresa, pois o mesmo pode ser compensado no Estado de origem. Sustenta que tem tratamento específico na Constituição Federal.

Destaca que a legislação estadual não contempla o pleito do Contribuinte e para embasar as informações dadas colaciona ementa referente ao Acórdão 4ª JF nº 0263-04/11 (Auto de Infração nº 206955.0008/09-6 de 06/10/2011) deste Conselho de Fazenda Estadual, contra o mesmo contribuinte.

Pede pela manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

Como acima relatado, o Auto de Infração exige ICMS por falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades federativas e destinadas ao consumo do estabelecimento (transferências originárias do Estado de São Paulo).

Não divergindo quanto aos fatos, o contribuinte alega apenas matéria de Direito por entender que as operações de transferência interestadual de material de uso e consumo entre seus estabelecimentos não se sujeitam a incidência de ICMS. Sustenta sua tese em doutrina, decisões

judiciais de Tribunais Superiores, Súmula 166 do STJ, Parecer nº 3.025/2001 da DITRI-SEFAZ e normativa do Estado de origem dos bens (São Paulo).

Preliminarmente, faço notar que tanto o procedimento como o processo fiscal se acham conformados com as normativas do RPAF, tendo sido cumpridas as disposições insertas nos artigos 12, 15, 16, 19, 22, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; a infração está claramente descrita, tipificada e determinada com segurança, bem como identificado o infrator, e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 09-59); cópias dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte, pois assinou recibo (fls. 09, 10, 25, 26, 27, 58 e 60); os procedimentos processuais ocorreram com suficiência para contemplar o direito à ampla defesa do obrigado tributário, tanto que o exerceu na plenitude regulamentar.

Pois bem! Observo que a matéria aqui veiculada tem vários precedentes nesse órgão julgante administrativo e essa lide entre esse sujeito passivo e a Administração Tributária ativa é recorrente. Consta de vários processos, cujas decisões de primeira instância, não acolhendo a tese defensiva, foram referendadas pela instância recursal. Nesse sentido, cito os Acórdãos JJF nº 0097-01/10; JJF nº 0263-04/11; JJF nº 0120-03/12; JJF nº 0210-05/13; JJF nº 0317-01/13; JJF nº 0213-01/15; JJF nº 0015-05/16; CJF nº 0377-11/11; CJF nº 0261-12/13; CJF nº 0263-12/14; CJF nº 0093-12/17.

É que a Lei nº 7.014/96 (art. 4º, inciso XV e art. 2º, § 1º, inciso I) a que diretamente se submetem os contribuintes cadastrados no Estado da Bahia (especialmente com relação às suas operações iniciadas ou terminadas neste Estado), em conjunto com o disciplinamento exposto no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS-BA/2012 (art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”), claramente dispõem sobre a incidência de ICMS nas operações tipo as efetuadas pelo contribuinte e objeto deste Auto de Infração. Eis as redações:

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 nossos)

Art. 2º ...

§ 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;

Art. 305...

...

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

...

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

Sem que tenham sido contestados, vejo que os demonstrativos de fls. 10-59 indicam: a) operações com o CFOP 6557 – Transferências (interestadual) de material de uso ou consumo ocorridas no período de janeiro 2013 a dezembro 2015; b) corretos cálculos da diferença de ICMS entre a tributação de origem e destino das operações.

Quanto ao Parecer DITRI nº 3.025/2001, além de relacionar-se a consulta tributária de outro contribuinte, apenas excepciona de tributação as transferências com base em legislação do Estado de origem, mas com amparo na legislação nacional, o que não é o caso presente.

Como a matéria em juízo administrativo neste caso é a mesma já discutida com igual argumento contraditório e decidida à luz do Direito sempre de modo contrário à pretensão desse sujeito passivo, a ponto de não haver processo com resultado final divergente, para evitar desnecessária repetição, mas, sem prejuízo da fundamentação legal acima descrita (que entendo por si só suficiente para decidir sobre esse caso), como complemento, reservo-me a tomar de empréstimo as fundamentações dos votos vencedores em todos os precedentes citados para afirmar a subsistência da infração veiculada neste processo. Para ilustrar, transcrevo abaixo parte do voto do ACÓRDÃO Nº 0015-05/16, prolatado por esta mesma junta.

“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 arguida 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.”

Infração caracterizada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276468.0003/17-9**, lavrado contra **FERROLENE S/A. – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$242.161,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2017.

JOÃO VICENTE COSTA NETO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR