

A. I. N° - 278936.0002/17-7
AUTUADO - DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING BRASIL LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15.12.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0212-05/17

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. **a)** ATIVO FIXO. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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. Infrações subsistentes. Rejeitada preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 29/03/2017, o Auto de Infração exige crédito tributário no valor de R\$43.654,27, acusando o cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Período: outubro e novembro de 2014 e março e junho de 2015. Valor Histórico: R\$12.761,29. Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”, do RICMS-BA. Multa de 60% - Art. 42, II, “f”, da citada lei;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Período: novembro e dezembro de 2015 e dezembro de 2016. Valor Histórico: R\$30.892,98. Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”, do RICMS-BA. Multa de 60% - Art. 42, II, “f”; da citada lei.

A impugnação de fls. 32/44, após descrever os fatos suscita preliminar de nulidade devido à deficiência na descrição dos fatos. Enfatiza que a Autoridade Fiscal se limitou a indicar os dispositivos legais que a levaram a realizar a autuação, contudo, não demonstra as razões que levaram à apuração de tal fato, no qual, afirma que pela ausência das informações completas cerceou o seu direito de defesa, devido ao não conhecimento das razões exatas da exigência fiscal.

Insiste que a fiscalização não motivou as razões para lavratura do AI, sendo que esta situação é um dos objetivos para tal lavratura, cuja ausência é causa de nulidade do ato administrativo. Cita ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 9ª edição, p. 322/323). Argumenta sobre as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, transcrevendo o artigo 5º, inciso LV, da Carta Maior.

Diz não ser aceitável e que a conduta da autuação é incompatível, pois o Auto de Infração deve ser claro e preciso, informar com exatidão e detalhar a infração cometida, adequando-a com o artigo correto, sem generalidades, sem artigos amplos e frases passíveis de múltipla interpretação. Acrescenta que o referido Auto de Infração é deficiente de requisito essencial aos atos administrativos, requisito este cuja ausência impossibilita a elaboração de qualquer defesa.

Volta a afirmar seu cerceamento de direito de defesa consubstanciada no fato de não se ver indicado, de maneira precisa, todos os pressupostos de fato e de direito que determinaram a utilização supostamente indevida de créditos de ICMS, de modo que não pode se defender de maneira adequada, uma vez que não sabe do que foi acusado, razão pela qual a nulidade deve ser reconhecida.

Sustentando seu argumento no art. 155 II, § 2º, da Constituição e Lei Complementar nº 87/1996, alega não haver incidência de ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos.

Entende ser necessário que a operação promova a circulação de mercadorias, sendo preciso que existam duas pessoas distintas, de modo que a mercadoria seja remetida de uma pessoa para outra, ou seja, a circulação de mercadoria pressupõe a transferência de titularidade, que a mercadoria deixe de ser de uma pessoa e passe a pertencer a outra.

Assim, sustenta que a autuação é descabida de fundamento, uma vez que o fato gerador do ICMS jamais ocorreu, de modo que a cobrança do diferencial de alíquota também não deveria ocorrer. Explica que recebeu bens destinados ao ativo imobilizado e de material de consumo de outra filial, no qual, de logo, pode ser identificado que o elemento “mercadoria” está ausente na operação descrita, pois esta situação não tem natureza de mercadoria e, sim, uma transferência do mesmo contribuinte.

Destaca que esta transferência advinda de outro seu estabelecimento não implica em transferência de titularidade, em que pese a autonomia dos estabelecimentos. Cita entendimento do STJ a respeito da Súmula nº 166 (RE nº 1.116.792/PB - Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 14/12/2010), manifestação do STF sobre a não incidência de ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte (ARE 1033286 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 09-06-2017 PUBLIC 12-06-2017; ARE 764196 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 06-06-2016 PUBLIC 07-06-2016).

Impugna quanto à aplicação incorreta da carga tributária – Desconsideração do Convênio ICMS 51/91. Esclarece que o Auto de Infração contém outro vício de nulidade, pois diz que a fiscalização não observou a carga tributária correta para os bens recebidos em transferência no mês de dezembro de 2015.

Aduz que na transferência das mercadorias realizadas é indevida a cobrança, pois a fiscalização não aplicou o Convênio ICMS 51/91, no qual a base de cálculo é reduzida nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, para os bens que tem a classificação de NCM 8414.80.12, pois a operação interestadual tem origem o Estado de São Paulo. Assim, tem como carga tributária o percentual de 5,14%, e a carga tributária nas operações internas é de 8,8%, sendo que o diferencial supostamente devido seria de 3,66% ($8,8\% - 5,14\% = 3,66\%$)

Desta forma, concluiu que o trabalho fiscal está viciado e deve ser anulado, tendo em vista que deixou de considerar a redução da carga tributária dos bens recebidos em transferência pelo Convênio ICMS 52/91, dando origem à cobrança de valores evidentemente indevidos.

Pede o cancelamento da autuação em relação ao pagamento da diferença entre as alíquotas. Diz que não assiste razão do lançamento referente ao mês de julho/2015, no valor de R\$384,87, por ser totalmente indevida pelo simples fato de que o valor lançado já foi contemplado na apuração feita no mês de junho e que isso será comprovado com apresentação dos livros fiscais por ocasião de oportuna diligência, que desde já solicita.

Repete ser indevida a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS, conforme o Parecer nº 04303/2016 do Estado da Bahia, pois o autuante não observou para o fato de que os bens destinados ao ativo imobilizado objetos das operações autuadas tinham mais de um ano de uso.

Assevera que recebeu bens com finalidade de incorporá-lo ao seu ativo imobilizado, no entanto, os bens já tinham mais de um ano de uso, razão pela qual não é devido o diferencial de alíquota ao Estado da Bahia. Requer, novamente, a realização de Diligência.

Quanto à multa exigida, diz ser de caráter confiscatório por negar vigência aos artigos 5º, inciso XXII, e 170, inciso II, da CF, que garantem a propriedade privada, além de ferir os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco (artigo 150, inciso IV, CF). Transcreve ementas de decisões do STF. Solicita que seja afastada a aplicação da multa, tendo em vista ser caráter confiscatório, por não ser razoável nem proporcional, ou ao menos que esta seja reduzida a patamares razoáveis (20% do valor principal).

Concluindo, pede que seja acolhida a nulidade suscitada ou a improcedência do Auto de Infração e, em caso, de manutenção do imposto a redução da multa aplicada para 20%. Requer, ainda, a realização de diligência, a sustentação oral na sessão de julgamento e que todas os avisos e intimações relativas a este processo sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Avenida da França, 164, Edifício Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador, Bahia, CEP 40.010-000.

A informação fiscal de fls. 79/81 rebate a preliminar de nulidade suscitada afirmando que as infrações estão devidamente descritas.

Quanto à alegação de incidências de ICMS nas operações de transferência, reproduzindo o artigo 2º da Lei nº 7014/96 que estabelece a incidência do imposto para o caso em apreço, afirma que as alegações do impugnante não são eficazes.

No que pertine à aplicação incorreta da carga tributária, sustenta que não procede a impugnação tendo em vista o que está estabelecido no RICMS/2012, relativo ao pagamento da diferença de alíquota. Transcreve o art. 268, §4º do RICMS/12, que dispõe que o pagamento do diferencial de alíquota será a aplicação do percentual entre a diferença da alíquota interna e interestadual, no qual não é considerada qualquer redução da base de cálculo.

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, destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento (originárias de SP, MG, RJ e ES, demonstrativos de fls. 08-27).

Dizendo ter sido cerceado em seu direito de defesa, o impugnante suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração alegando deficiência na descrição dos fatos, pois o autuante se limitou a indicar os dispositivos legais infringidos.

Ocorre que, além das infrações estarem regularmente descritas no corpo do Auto de Infração, os dispositivos legais citados que enquadram as infrações (Art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”, do RICMS-BA), sendo de pleno conhecimento do contribuinte autuado, não inspiram qualquer dúvida a alimentar o alegado cerceamento ao direito de ampla defesa. Eis suas 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 a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

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

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

Assim e ademais, 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; as infrações estão claramente descritas, tipificadas e determinadas 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. 08-27); cópias dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte (fls. 29-30); os procedimentos processuais ocorreram com suficiência para contemplar o direito à ampla defesa do obrigado tributário.

Rejeito, portanto, a nulidade suscitada.

Por considerar: **a)** suficientes para formação de minha convicção, os elementos contidos nos autos; **b)** ter por objeto verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, estando na posse do requerente, a prova ou cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada, indefiro o pedido de diligência formulado, com fundamento no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF.

Quanto ao mérito do Auto de Infração, o impugnante alega: **a)** essencialmente, 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; **b)** que nos cálculos efetuados o autuante não considerou que os bens em questão estão contemplados pelo Conv. ICMS nº 52/91 que, no Estado de origem (São Paulo) têm carga tributária de 5,14% e nas operações internas é 8,8%, pelo que o diferencial entre as alíquotas seria 3,66%; **c)** que o autuante não considerou o fato de o valor que seria devido a título de diferencial de alíquota relativo ao mês de junho 2015 já foi considerado na apuração mensal de ICMS que realizou, cuja prova seria apresentada por ocasião da diligência solicitada; **d)** que os bens relativos ao ativo imobilizado que recebeu em transferência “tinham mais de um ano de uso, razão pela qual não é devido o diferencial de alíquota ao Estado da Bahia...”

Ora, em existindo, os elementos de prova para sustentar as alegações defensivas compostas nas letras “**c**” e “**d**” estão na posse do autuado (provas de que os bens do ativo transferido possuem mais de um ano de uso e de pagamento de ICMS relativo ao diferencial de alíquotas de junho 2015), mas, compulsando os autos observo que o Impugnante não fez a necessária e indispensável comprovação, como prevê o artigo 123, § 5º, do RPAF, de modo que as alegações contidas nas letras “**c**” e “**d**” não prosperam por falta de prova.

O § 4º do art. 268 do RICMS-2012 e § 8º dispõem:

Art. 268 ...

§ 4º Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, não será considerada qualquer redução da base de cálculo relativa à operação interna prevista neste artigo ou em outro dispositivo da legislação tributária estadual.

Art. 309. ...

§ 8º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:

I - mercadorias ou serviços oriundos dos Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo: 7%;

Portanto, sem sustentação legal a reclamação contida no item “**b**” acima, e relativa à não consideração da redução da base de cálculo na exigência do imposto concernente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, como corretamente calculado e exigido no Auto de Infração.

No mais, o contribuinte sustenta sua tese defensiva em doutrina, decisões judiciais de Tribunais Superiores e Súmula 166 do STJ.

Pois bem! Observo que a matéria aqui veiculada tem vários precedentes nesse órgão judicante 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, quando recorridas, foram referendadas pela instância recursal. Nesse sentido, contra esse sujeito passivo cito os Acórdãos JJF Nº 0373-01/08, JJF Nº 0232-01/09, JJF Nº 0250-03/05, JJF

Nº 0232-01/09, JJF Nº 0203-01/16, JJF Nº 0061-01/17, CJF Nº 0132-12/09, CJF Nº 0111-11/12 e CJF Nº 0267-11/13. Da mesma matéria, mas contra outro contribuinte, 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; JFF 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, como acima reproduzidos, 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.

Ademais, vejo que os demonstrativos de fls. 08-27 indicam: a) operações com o CFOP 2.551 - Compra de bem para o ativo imobilizado; CFOP 2.556 - Compra de material para uso ou consumo e; CFOP 2.552 - Transferência de bem do ativo imobilizado ocorridas nos períodos outubro e novembro 2014, março, junho, novembro e dezembro 2015 e dezembro 2016; b) corretos cálculos da diferença de ICMS entre a tributação de origem e destino das operações.

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 do 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 das infrações veiculadas neste processo.

Infrações caracterizadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278936.0002/17-7**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING BRASIL LTDA**. devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.654,27**, 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, 28 de novembro de 2017.

JOÃO VICENTE COSTA NETO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR