

A. I. Nº - 281076.0004/17-9
AUTUADO - FERROLENE SA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS
AUTUANTE - SÉRGIO CABRAL LEBERATO DE MATTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15.08.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-02/18

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. OPERAÇÕES DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração subsistente. Precedentes: Acórdãos CJF Nº 0377-11/11; CJF Nº 0261-12/13; CJF Nº 0263-12/14; CJF Nº 0093-12/17. 2. ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/06/2017 reclama ICMS e MULTA, no valor total de R\$162.057,35, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

01 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS no valor de R\$162.031,67, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Período: Julho de 2012 a Dezembro de 2014. Enquadramento legal: Art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS/BA. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/95.

02 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Período: Novembro de 2012, Fevereiro, Abril de 2013, Janeiro, Abril, Junho e Dezembro de 2014. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS/BA. Multa: Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c alínea “c”, inciso II, art. 106, da Lei nº 5.172/66.

Na defesa de fls. 60/70, de logo o Impugnante reconhece a infração 02. Discorda da autuação pela infração 01, 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 às saídas (no caso, 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 Arts. 4º da Lei nº 7.014/96 e 305 da Lei 13.780/2012 do RICMS-BA. 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.

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).

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 é paga com o ICMS para a Bahia embutido no preço, de modo que, se não reverter à autuação, o autua do pagará ICMS em duplicidade.

Conclui pedindo acolhimento da impugnação, cancelamento e arquivamento do Auto de Infração.

O Auditor Fiscal autuante presta informação às fls. 141/142. Resume a impugnação e informa ter previamente enviado as planilhas de suporte da autuação à autuada para que se pronunciasse antes da lavratura do AI e que ela disse que as operações relacionadas eram de simples deslocamento de mercadorias entre seus estabelecimentos sem a transferência de propriedade, portanto, sem incidência de ICMS (e-mail de fl. 55) e que ele, na condição de Auditor Fiscal teria que lavrar o AI para atender a legislação a respeito, pois esta considera as operações como sujeitas à tributação pelo ICMS e, por isso, pede que o AI seja julgado procedente.

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 – Infração 01) e multa de 1% por falta de registro de entrada de mercadorias tributadas no estabelecimento (Infração 02).

Expressamente o Impugnante reconhece a Infração 02 e, quanto à Infração 01, não divergindo quanto aos fatos, 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. 06-40) e CD de fl. 57; cópias dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte, pois assinou recibo (fls. 03 e 05); 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. 06-40 indicam: a) operações com o CFOP2557 – Transferência (interestadual) de material de uso ou consumo ocorridas no período julho 2012 a dezembro 2014; b) correto 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 01 veiculada neste processo.

Infração caracterizada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281076.0004/17-9, 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\$162.031,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$25,68**, prevista no art. 42, inciso IX do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05 devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR