

**PROCESSO** - A. I. Nº 087461.0006/06-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e M-I DRILING FLUIDS DO BRASIL LTDA.  
**RECORRIDOS** - M-I DRILING FLUIDS DO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0271-02/07  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 21/05/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0154-11/08

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, as das saídas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO VALOR DO IPI NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS.** Modificada a Decisão recorrida. Exclui-se da base de cálculo do ICMS o valor do IPI, nas transações efetuadas entre contribuintes do imposto federal, com produtos destinados à comercialização ou à industrialização. Comprovada a utilização pelo adquirente como produto intermediário. Infração insubsistente. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente subsistente. **4. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Não acolhida a arguição de nulidade. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0271-02/07 -, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$97.841,78, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2001, 2002 e 2003), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas omitidas.
2. Recolhimento a menos do ICMS, no valor R\$10.637,94, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.
3. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor R\$30.086,70, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.
4. Recolhimento a menos do ICMS, no valor R\$272,04, devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial.
5. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, referente às notas fiscais obtidas no sistema CFAMT, com ICMS devido no valor de R\$7.900,06.

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva, inicialmente arguindo nulidade da autuação, por ilegitimidade passiva, sustentando que o Auto de Infração foi lavrado contra a M-I Drilling Fluids do Brasil Ltda., CNPJ Nº 61.802.526/001-80, quando tal sociedade já se encontrava extinta, pois incorporada, em 07 de fevereiro de 2006, pela M-I Mineração Ltda., CNPJ Nº 15.185.358/0001-03, que no mesmo ato, alterou a sua denominação para M-I Swaco do Brasil, Comércio, Serviços e Mineração Ltda. (Doc. 24), denominação com a qual está se defendendo. Em seguida, apontou diversos equívocos que teriam ocorrido no levantamento quantitativo, motivando as divergências apontadas na infração 01; em relação à imputação 02, diz que, de acordo com a Constituição Federal, não pode integrar a base de cálculo do ICMS o montante do imposto sobre produtos industrializados -IPI- nas operações realizadas entre contribuintes, com produtos destinados à industrialização ou à comercialização; aduz que a infração 03 não pode prosperar, por tratar-se de operações não tributadas pelo ICMS, (transferências de bens do ativo fixo entre estabelecimentos do mesmo titular e remessa por conta e ordem de terceiros); finalmente, sobre a imputação 05, informa que não reconhece as operações e que não constam, em seu movimento contábil e fiscal, o recebimento dessas mercadorias. Não houve impugnação à infração 04.

O autuante prestou as informações de praxe, fls. 357 a 364, inicialmente contestando o argumento de ilegitimidade passiva, em seguida acatando alguns argumentos de defesa e corrigindo equívocos apontados, que resultaram em novos demonstrativos de redução do débito para as infrações 1, 2, 3 e 5.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e documentos acostados pelo autuante, apresentando, às fls. 373 a 377, manifestação, destacando que o autuante somente apresentou parte das notas fiscais relacionadas na infração 5. Tangentemente à imputação 1, sobre o demonstrativo revisado na informação fiscal, apresentou esclarecimentos e considerações, insistindo nos equívocos dos pontos não acatados pelo autuante, no levantamento quantitativo nos exercícios de 2001, 2002 e 2003.

Em nova informação fiscal, folhas 392 e 393, o auditor, no que pertine à infração 5, diz que o autuado não observou as exclusões realizadas na informação fiscal e reitera os argumentos anteriores. Assevera que, sobre a imputação 1, acata no exercício de 2001, a exclusão no levantamento do item denominado carbonato de cálcio, por tratar-se de outra denominação da

calcita e finaliza afirmando ter efetuado as correções devidas, reduzindo, portanto, o valor da infração.

O sujeito passivo, após intimado, apresenta nova manifestação, fls. 401 a 404, alegando que mais uma vez o autuante não acolheu todos os argumentos defensivos e insiste na indicação de equívocos cometidos no levantamento para os exercícios de 2001 e 2002, na infração 1, ratificando que na imputação 5, só recebeu parte dos documentos que embasaram a autuação.

À fl. 408, o auditor apresenta nova informação fiscal onde acolhe o argumento defensivo para o exercício de 2002, na infração 01, reduzindo o valor desse item; quanto aos demais argumentos, aduz que já foram analisados e não acatados, na informação fiscal anterior.

A Junta de Julgamento Fiscal rejeitou a preliminar de nulidade suscitada, por entender que a lavratura do Auto de Infração foi em decorrência do Pedido de Baixa do autuado, sendo o procedimento do autuante correto, na medida em que, ao proceder a auditoria em um contribuinte que solicitou baixa de sua inscrição estadual, apurou imposto devido, lavrando o Auto de Infração contra esse contribuinte e indicando a razão social constante no cadastro da SEFAZ Bahia; outrossim, indeferiu o pedido de perícia, admitindo que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir a lide. A seguir, assim se posicionou:

1. Manteve parcialmente a infração 1, tendo em vista que acatou as correções efetuadas nas informações fiscais pela autuante, reduzindo o valor da infração e aduzindo ainda que, em relação ao exercício de 2001, no levantamento, o autuante tratou individualmente Soda 96 e Soda Cáustica 70, as quais em 2001 eram controladas, sem fazer distinção, levando ao equívoco de apuração de 5.000kg do produto numa suposta omissão de entradas e omissão de saídas na mesma quantidade, decidindo que:

*“Apesar do autuante não ter aceito o argumento defensivo, acolho o referido argumento, uma vez, que restou comprovado que a diferença encontrada pelo autuante é idêntica para os produtos, sendo uma omissão de entrada e a outra omissão de saída, folhas 394 e 395, comprovando o argumento apresentado, juntamente com o livro Registro de Inventário.*

*Logo, o débito relativo ao exercício de 2001, apurado pelo autuante na informação fiscal, no valor de R\$3.429,99, deve ser reduzido a importância de R\$1.143,49, referente ao produto soda cáustica folha, 394, resultando no valor devido de R\$2.286,50.*

*Em relação ao exercício de 2002, aduz que o valor correto é R\$2.817,29, considerando somente as omissões de saídas ocorridas, sendo que o fiscal equivocou-se ao computar as omissões de entradas na soma total, fato que foi acatado pelo autuante em sua manifesta à folha 408, com a qual concordo.*

*Assim, a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 10.270,95, conforme abaixo:”*

| EXERCÍCIO | ICMS DEVIDO |
|-----------|-------------|
| 2001      | 2.286,50    |
| 2002      | 2.817,29    |
| 2003      | 5.167,16    |
| TOTAL     | 10.270,95   |

2. Decidiu pela procedência parcial da infração 2, considerando que as operações ocorridas entre o contribuinte e a “PETROBRÁS S/A”, cujos materiais foram objetos da autuação, não são utilizados como matéria prima pelo destinatário como alega o autuado, e sim como material de consumo, segundo informação prestada pelo autuante sobre o processo de perfuração de poços. De outra parte, acolheu o argumento defensivo em relação às Notas Fiscais N<sup>os</sup> 2.324 e 2.801, emitidas para as empresas “COASTCAL BMCAL-4 LTDA.” e “HIGEP”, onde foi recolhido o ICMS calculado sobre o IPI, uma vez que o próprio autuante, na informação fiscal, reconheceu o alegado e excluiu os valores relativos às referidas notas fiscais.

Restou, então, a infração 2, parcialmente caracterizada, no valor de R\$10.482,19.

3. No que tange à imputação 3, foi julgada parcialmente procedente, considerando que o autuante reconhece que errou ao transportar os valores do demonstrativo de folhas 70 dos autos, pois “lançou os valores da coluna “subtotais mensais” quando os valores corretos são os da coluna “a recolher”, opinando pela redução do valor para R\$21.522,66”, entendendo que o procedimento do autuante, ao acatar a alegação defensiva, foi correto. Sobre o argumento defensivo de que não é devida a cobrança da diferença de alíquota sobre transferência de bens do ativo imobilizado, não houve acolhimento, pois a isenção do pagamento da diferença de alíquotas prevista no artigo 27 do RICMS/97 somente ampara as operações realizadas internamente no Estado da Bahia, entre estabelecimentos do mesmo titular. Entretanto, acatada a alegação do sujeito passivo, pela exclusão do valor relativo ao arrendamento mercantil (Nota Fiscal nº 36013), deduzindo a importância de R\$286,15, em conformidade com o inciso II, do §6º, do artigo 563 do RICMS/97, concluindo que:

*“Assim, a infração 03 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$21.236,51, conforme abaixo:”*

| DATA OCORR. | ICMS DEVIDO |
|-------------|-------------|
| 31/01/01    | 0,18        |
| 28/01/01    | 0,00        |
| 31/03/01    | 0,00        |
| 31/07/01    | 1.856,49    |
| 31/10/01    | 3.431,46    |
| 31/08/02    | 545,09      |
| 30/09/02    | 0,00        |
| 30/11/02    | 306,82      |
| 31/12/02    | 0,00        |
| 28/02/03    | 3.707,43    |
| 31/03/03    | 90,00       |
| 31/05/03    | 465,98      |
| 30/06/03    | 798,12      |
| 31/08/03    | 9.598,49    |
| 30/11/03    | 436,45      |
| TOTAL       | 21.236,51   |

4. Quanto à infração 05, onde é imputado ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, conforme notas fiscais obtidas no sistema CFAMT, foi decidido que:

*“Entretanto, o valor da infração deve ser reduzido, uma vez que o autuante, quando a informação fiscal, acostou parte das notas fiscais, não comprovando todo o valor reclamado no Auto de Infração. Sem a juntada das vias das notas fiscais aos autos, não é possível manter a autuação em seu valor integral, ficando a infração em tela parcialmente caracterizada em R\$3.359,06, uma vez que a presunção é de saídas anteriores não tributadas, conforme abaixo:”*

| DATA OCORR | NÚMERO DA NF | VALOR     | ALÍQUOTA % | ICMS DEVIDO |
|------------|--------------|-----------|------------|-------------|
| 31/1/2001  | 5.167        | 12.862,47 | 17         | 2.186,62    |
| 31/5/2001  | 542.644      | 1.153,04  | 17         | 196,02      |
| 31/5/2001  | 542.645      | 3.507,65  | 17         | 596,30      |
| 31/1/2002  | 3.974        | 1.750,00  | 17         | 297,50      |
| 31/7/2002  | 12.398       | 486,00    | 17         | 82,62       |
| TOTAL      |              |           |            | 3.359,06    |

Nesse contexto, concluiu a Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência Parcial do Auto de Infração, consoante o seguinte quadro:

| INFRAÇÕES | ICMS DEVIDO |
|-----------|-------------|
| 1         | 10.270,95   |
| 2         | 10.482,20   |
| 3         | 21.236,51   |
| 4         | 272,04      |
| 5         | 3.359,06    |
| TOTAL     | 45.620,76   |

Assim, recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos da legislação vigente.

De sua parte, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário (fls. 445 a 462), pedindo a reforma da Decisão recorrida em relação às infrações 1, 2, 3 e 5.

Suscitou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da empresa, aduzindo que o equívoco cometido pela autoridade fiscal, ao lavrar o Auto de Infração contra a empresa M-I Drillings Fluids do Brasil Ltda., quando a sociedade já se encontrava extinta, enseja a imediata anulação do respectivo Auto de Infração.

Em relação à infração 1, reitera o recorrente os argumentos apresentados nas manifestações, em rebate às informações fiscais, enfatizando o pleito pela exclusão na apuração do estoque de cal hidratada, da saída de 10.150 kg do produto cloreto de potássio, referente à Nota Fiscal nº 617.

Ao se reportar à imputação de nº 2, repete a alegação já argüida na defesa, de que nas operações ocorridas entre o recorrente e a PETROBRÁS S/A e a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A, o IPI, efetivamente, não deveria integrar a base de cálculo do ICMS. Fundamenta a argumentação nos artigos 155, § 2º, inciso XI, da Constituição Federal e no artigo 13, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, além de citar entendimentos de diversos Juristas e Decisão do Supremo Tribunal Federal.

Referentemente à infração 3, sustenta que a autoridade pretende exigir do “Impugnante” o diferencial de alíquotas em operações onde este, simplesmente, não é devido, já que as transferências para outro estabelecimento da mesma empresa de bens não se inserem no conceito de mercadoria, não ensejando a cobrança do diferencial de alíquotas. Nesse cenário, as operações de mera movimentação de bens integrantes do ativo fixo da pessoa jurídica – ainda que envolvam a transferência desses bens de um para outro Estado da Federação – não se amoldam à hipótese de incidência típica do ICMS. Aporta aos argumentos defensivos, algumas transcrições de doutrina especializada na matéria e algumas decisões do STJ.

Em alusão à infração 5, argumenta que a presunção legal simplesmente não se aplica no caso concreto, porque os bens ingressados no estabelecimento do autuado, consubstanciados nas notas fiscais que deixaram de ser registradas no Livro de Entradas, não se destinavam à comercialização, tratando-se de bens adquiridos para uso e consumo ou para amostra. Aduz que é o caso de todas as notas fiscais que remanesceram na cobrança do ICMS após a Decisão recorrida e que, se alguma importância pudesse ser exigida do recorrente, essa seria pelo descumprimento da obrigação acessória, pela falta de escrituração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 475 a 477), opinando pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, sob os fundamentos adiante reproduzidos:

- I) Inicialmente, rechaça a preliminar suscitada, pois, na realidade, o autuado é o sujeito passivo da obrigação tributária no presente lançamento, de acordo o que dispõe o CTN, arts. 113 e 114, os quais atrelam a sujeição passiva ao momento da ocorrência do fato gerador.
- II) Descabimento do pedido de não inclusão do IPI na base de cálculo do tributo apurado na infração 2, já que a base de cálculo apurada foi lastreada em consonância com a legislação estadual, ou seja, o art. 54 do RICMS.
- III) No que pertine à infração 03, observa que a mesma encontra guarida na Lei do ICMS, art. 4º, inciso XV, que expressamente preceitua “*é fato gerador do ICMS a entrada de mercadoria destinada a ativo fixo do estabelecimento*”, portanto, considerando autônomo cada

estabelecimento do mesmo titular (Lei nº 7.014/96, art. 14, §2º), configurando-se, no caso em tela, a circulação das mercadorias.

- IV) As razões do autuado, relativas à infração 5, não têm o condão de afastar a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, conforme o artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, sendo a normatividade clara, no sentido de que a imputação de omissão persiste enquanto o contribuinte não lograr elidi-la, com produção de provas que lhe cabe.

## VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício, por ter a JJF exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito relativamente às infrações 1, 2, 3 e 5, conforme previsto no art. 169, I, “a-1”, do RPAF, e Voluntário, este último visando modificar a Decisão da 1ª Instância referentemente às mesmas increpações do Auto de Infração em comento, tendo o sujeito passivo reconhecido a infração 4.

Inicialmente, no que atine à preliminar suscitada no Recurso Voluntário, de nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva do autuado, rejeito, de plano, o pleito, por entender que, conforme restou demonstrado, a ação fiscal geradora do Auto de Infração foi desencadeada em função do Pedido de Baixa da Inscrição no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia, sendo correto o procedimento do auditor que, ao realizar a auditoria para proceder à baixa, apurou infrações com imposto a exigir, lavrando o Auto de Infração contra o contribuinte com a razão social cadastrada na Sefaz Bahia, a qual estava sob a ação de fiscalização instalada. Ademais, comungo do entendimento da PGE/PROFIS, expressado no Parecer de fl. 476, de que o autuado é efetivamente o sujeito passivo da obrigação tributária no presente lançamento, segundo o Código Tributário Nacional, artigos 113, § 1º e 114, os quais preveem que a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador. Assim, como as infrações apuradas têm fatos geradores ocorridos em 2001, 2002 e 2003, é inequívoca a condição de sujeito passivo do autuado, mesmo considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 15/12/2006.

Da análise das peças processuais, observo, quanto à infração 1, objeto de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário impetrados, que a JJF, em sua Decisão, acolheu, acertadamente, após diversas manifestações do autuante e do autuado, algumas alegações defensivas, procedendo a retificação do levantamento quantitativo, exercício de 2001, por ter restado demonstrado que as diferenças encontradas, omissão de saídas de 5.000 kg e omissão de entradas de 5.000 kg do produto soda cáustica 70 e soda cáustica 96, não poderiam ser individualizadas, na medida em que, no Registro de Inventário, estoque inicial de 2001, estavam agrupadas no título “soda cáustica”.

No Recurso Voluntário, sobre a infração 1, o recorrente apenas insiste e reitera a alegação de que o fiscal considerou, indevidamente, na apuração do levantamento quantitativo de estoque, exercício de 2001, do produto “cal hidratada”, a saída de 10.150 kg do produto “cloreto de potássio”. Esse argumento foi incensuravelmente analisado, tanto nas informações fiscais, quanto no acórdão recorrido, inexistindo qualquer razão nessa sustentação, já que o referido produto não foi incluído na apuração da autuação no exercício de 2001.

Nesse passo, mantenho a procedência parcial da infração 1, com a redução do valor para R\$10.270,95, conforme quadro de fl. 428 dos autos.

Relativamente à infração 2, cobra-se o imposto ICMS recolhido a menos, apurado em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (exclusão do IPI na base de cálculo).

O autuado argumenta, nas suas peças defensivas e recursal, que as operações objeto da autuação foram realizadas entre contribuintes e que, de acordo com a Constituição Federal, art. 155, § 2º, XI, não integra a base de cálculo do imposto o montante do IPI, quando a transação é realizada entre contribuintes com produto destinado à industrialização ou à comercialização.

Sucede que as operações foram realizadas basicamente com a PETROBRÁS e, segundo os elementos constantes dos autos, principalmente a informação fiscal de fls. 357 e 358, onde o autuante declara que, através de pesquisas e diversas entrevistas, obteve elementos que permitem descrever detalhadamente a utilização do produto no processo de perfuração e que o produto fornecido na transação trata-se de um tipo de lama, fluido com aplicação na perfuração de poços com finalidades principais, entre outras, de lubrificação e limpeza, da coluna e broca da perfuratriz, evitar a intrusão de água, óleo ou gás no poço.

Assim, efetivamente, baseado na própria informação do autuante, não se configura como matéria-prima para industrialização, nem como produto para comercialização, muito menos como material de consumo e, sim, como produto intermediário, com comprovada participação, determinante e necessária, no processo industrial para o qual se destina, ou seja, o material é fruto de transação realizada entre contribuintes destinado à industrialização, descabendo, conforme legislação vigente, a integração do IPI na base de cálculo do montante do imposto ICMS da operação.

Discordo, portanto, da Decisão da JJF quando considerou que o IPI deveria integrar a base de cálculo da operação, para julgar esse item da infração 2 como insubsistente, uma vez caracterizado tratar-se de produto intermediário e adquirido por contribuinte, para o processo de produção.

Outrossim, concordo com a exclusão, no valor da infração, das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 2.324 e 2.801, pois restou comprovado, e o próprio autuante reconhece a procedência da alegação defensiva, e decidido pela improcedência da infração 2, modificando a Decisão da JJF, para o lançamento em tela.

No tocante à imputação 3, também objeto de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário, a questão em discussão é a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais. A JJF procedeu as necessárias correções, apontadas pelo autuado e reconhecidas pelo autuante em sua informação fiscal, reduzindo, corretamente o valor do lançamento e mantendo a imputação para as notas fiscais que acobertavam as entradas de bens para o ativo fixo.

As alegações do recorrente de que não é devida a cobrança da diferença de alíquota sobre transferência de bens do ativo fixo imobilizado originadas de estabelecimentos da própria Impugnante, situados em outras unidades da Federação, porque, nem todas as operações realizadas por uma pessoa jurídica estarão sujeitas à incidência do ICMS, não podem prosperar, por não encontrarem amparo na legislação estadual vigente, visto como o RICMS/97, em seu artigo 27, só isenta do pagamento do imposto as operações realizadas internamente no Estado da Bahia, entre estabelecimentos do mesmo titular, o que não é o caso concreto versado, já que todas as operações foram de conotação interestadual.

Acrescente-se, ainda, o que dimensiona o inciso II, do parágrafo único, do art. 624, do RICMS/97, previsionando que, quando os materiais forem remetidos em caráter definitivo, é devida a diferença de alíquota interestadual.

Ressalte-se, também, que, de acordo com o artigo 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96-BA, a entrada de mercadoria destinada ao ativo fixo no estabelecimento é fato gerador do ICMS, configurada a circulação de mercadorias.

Acolho, destarte, o julgamento de primeira instância, no sentido da caracterização parcial da infração 3, confirmando o valor de R\$21.236,51, consoante quadro demonstrativo de fl. 430.

Tangentemente à imputação 5, considero incensurável o julgamento proferido pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, ao decidir pela procedência parcial do lançamento, embasando o seu entendimento no preconizado pelo artigo 2º, § 3º, III, do RICMS/97, ao determinar a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte o ônus da comprovação da improcedência da presunção, o que não foi feito no presente caso.

Logo, correta a Decisão da JJF de aplicar a redução da imputação, para incidir apenas sobre as notas fiscais cujas cópias foram acostadas aos autos.

Ressalto, ainda, que a constatação da existência de entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, conforme prevê o artigo 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, e as razões apresentadas no Recurso Voluntário de que as mercadorias ingressadas no estabelecimento autuado, com notas fiscais sem registro no Livro de Entradas não se destinavam à comercialização, e sim bens adquiridos para uso e consumo ou para amostra, não têm a força de afastar a presunção legal, pois independe qual seja a mercadoria, se para fins de comercialização ou não, já que o objeto da autuação são operações de saídas tributadas, realizadas anteriormente.

Confirmo, por entender correto, o valor de R\$3.359,06, imputado na Decisão recorrida para a infração 5, conforme quadro demonstrativo de fl. 431 dos autos.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida, apenas para excluir o valor de R\$10.482,20 referente à infração 2 o que se reduz o valor do débito para R\$35.138,56.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087461.0006/06-6**, lavrado contra **M-I DRILING FLUIDS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$35.138,56**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.508,55 e 70% sobre R\$13.630,01, previstas no art. 42, II, “a” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

SYLVIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS