

A. I. N° - 2691390004/12-2  
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. - PETROBRÁS  
AUTUANTES - JOSÉ ELAMANO TAVARES LINS e JOSÉ ANTONIO SOARES SEIXAS  
ORIGEM - SAT/COPEC  
INTERNET - 06.03.2013

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0010-02/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Ficou demonstrado, com o reconhecimento do autuante, que o ICMS resultante das notas fiscais constantes da aludida infração, foi lançado no Registro de Saídas em junho de 2010 e o sujeito passivo efetuou o estorno de débito, no livro Registro de Apuração de ICMS em junho de 2010 e fez a Denúncia Espontânea em julho/2010, quando pagou o ICMS com os acréscimos moratórios pertinentes. Infração improcedente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **a) FALTA DE RECOLHIMENTO.** Mantida a exigência. Existência de fato gerador nas transferências de ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa. Infração mantida. **b) RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração caracterizada, não impugnada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO: **a) FALTA DE RECOLHIMENTO;** Mantida a exigência. Existência de fato gerador nas transferências de material de uso e consumo entre estabelecimentos da mesma empresa. Infração mantida. **b) RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração caracterizada, não impugnada. 4. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. O sujeito passivo comprova o pagamento de parte da exigência através da denuncia espontânea, não havendo exigência ou multa de mora sobre o que efetivamente já recolhido, bem como não cabe a caracterização da denúncia espontânea sobre o que foi recolhido a menos, ou seja, o que não foi recolhido Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 14/08/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$331.250,83 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01– Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo cm a legislação deste imposto. O ICMS com valor de R\$ 82.323,13. Multa de 60%.

Infração 02 – 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. O ICMS com valor de R\$ 71.637,01. Multa de 60%.

Infração 03 – 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. Recolhimento a menos. O ICMS com valor de R\$ 21.314,88. Multa de 60%.

Infração 04 – 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 ICMS com valor de R\$ 26.293,40. Multa de 60%.

Infração 05 – 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. Recolhimento a menos. O ICMS com valor de R\$ 2.584,38. Multa de 60%.

Infração 06 – Deixou de recolher ICMS os acrescemos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo. Notas fiscais emitidas no mês seguinte ao da apuração que não tiveram o ICMS incluso na apuração do ICMS do mês em que as operações foram realizadas. O ICMS com valor de R\$ 128.098,03. Multa de 60%.

A defesa argumenta, às fls.86 a 101, que reconhece a procedência parcial do auto de infração, na seguinte forma:

- a) No tocante às infrações 02 e 04, a Impugnante verificou que não ocorreu a apropriação do diferencial de alíquota e também não ocorreram lançamentos extemporâneos para suportar o não recolhimento do diferencial de alíquota relativo a algumas ocorrências apontadas pela fiscalização. Por isso a Autuada reconhece como devidos os valores históricos de R\$28.349,74, referente à parte da infração 02, e R\$13.247,50 em relação à parte da infração 04.
- b) De igual modo, com relação às infrações 03 e 05, percebeu-se a procedência das inconsistências descritas pelo fisco, pois as notas fiscais foram escrituradas sem observância da legislação que rege o diferencial de alíquota do ICMS, ou seja, as aquisições oriundas de Estados do Sudeste deveriam ser atribuídas alíquotas de 7% mas 12% do difal, mas na verdade foram implementadas com 12% e 7%, invertendo-se a distribuição do imposto, bem como se observou, também, nos lançamentos, a retirada do IPI na base de calculo do imposto. Desta forma, reconhece integralmente os valores históricos de R\$21.314,88 e R\$2.584,38 relativos a estas infrações.

Aduz que a Impugnante irá, portanto, recolher para o Estado da Bahia o montante correspondente ao reconhecimento parcial da autuação, composto pelo valor principal do ICMS acrescido dos encargos legais (considerando o benefício da redução da multa conforme legislação em vigor e de acordo com o DAE e comprovante bancário que, oportunamente, serão anexados aos autos, após a liberação pela instituição financeira arrecadadora).

Requer que os valores recolhidos (quitação parcial do auto de infração) sejam homologados pela decisão administrativa a ser proferida pela C. Junta de Julgamento Fiscal do Conselho Estadual de Fazenda.

Assinala que as demais ocorrências apontadas nas infrações 01 e 06 (integral) e infrações 02 e 04 (parcial) do Auto de Infração em questão serão objeto de impugnação com as alegações jurídicas adiantes.

Argumenta que o Auto de Infração em questão aponta seis supostas irregularidades cometidas pelo estabelecimento fiscal/contribuinte, quais sejam:

*"Efetuou estorno de débito ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Notas fiscais emitidas em junho, relativas a operações realizadas em maio 2010, não lançadas na apuração do ICMS em outros débitos no mês de maio".*

Consigna que a presente infração aponta que a Defendente efetuou estorno de débito ICMS de Notas fiscais emitidas em junho, relativas a operações realizadas em maio 2010, não lançadas na apuração do imposto, conforme determina a lei.

Salienta que conforme a documentação anexa à presente defesa, o estorno efetuado em junho/2010, conforme apontado no Auto de Infração, se refere ao ICMS recolhido em denúncia espontânea ocorrida em 31/7/2010.

Assegura que a referida denúncia espontânea, com o pagamento do ICMS e respectivos encargos legais, foi efetivada antes de iniciado qualquer procedimento administrativo em desfavor da Impugnante.

Desta forma, aduz que tal imputação não procede, pois o recolhimento do imposto foi efetuado espontaneamente, de acordo com a legislação tributária, o que afasta ao caso presente, a exigência do imposto e a aplicação da multa, conforme apontado na infração ora impugnada.

Com efeito, prescreve o art. 138 do CTN:

*Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.*

*Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.*

Aduz ainda que a denúncia espontânea constitui-se em instrumento de exclusão de responsabilidade decorrente do cometimento de ilícito tributário administrativo. Cabe ao denunciante, noticiar à Administração Fazendária sobre a infração ocorrida, comprovando, se for o caso, o pagamento do débito tributário ou o depósito da importância arbitrada, desde que não haja nenhum procedimento administrativo ou medida de fiscalização já iniciada, relacionada ao ilícito confessado.

Assegura que a multa de mora por ser consequência do descumprimento de determinada regra, seja sua natureza formal ou substancial, a ela se agregará a característica de sanção, devendo, portanto, ser afastada com a denúncia espontânea da infração cometida, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido ou do depósito da importância arbitrada pelo agente fiscal.

Sendo assim, entende que tendo ocorrido o pagamento espontâneo do imposto agora reclamado no Auto de Infração, sem o início de qualquer ação fiscal, afasta-se a multa moratória nos termos do art. 138 do CTN.

*“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento”.*

Afirma ainda que no caso específico das infrações 02 e 04, é preciso registrar que a Impugnante reconheceu apenas parcialmente o crédito tributário ali representado.

Salienta que no tocante aos demais aspectos das infrações 02 e 04, não reconhecidas pela Impugnante, vê-se que elas resultaram da – equivocada – constituição de suposto crédito tributário, eis que o DIFAL não foi recolhido por se tratar de *transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos da própria Autuada*.

Consigna ainda, com relação às transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, que cabe ressaltar as lições do ilustre jurista ROQUE ANTONIO CARRAZZA, verbis:

*“Os termos circulação e mercadorias qualificam as operações tributadas por via de ICMS. Não são todas as operações jurídicas que podem ser tributadas, mas apenas as relativas à circulação de mercadorias. O*

*ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais.*

*Como melhor procuraremos demonstrar, para que um ato configure uma operação mercantil, é mister que: a)seja regido pelo Direito Comercial; b)tenha por finalidade o lucro; e, c)tenha por objeto uma mercadoria.”*

(in ICMS, 9<sup>a</sup> ed, rev.e ampl., Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 37).

Sobre o termo “circulação” o mencionado jurista ainda explicita que:

*“É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e, não, meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para a outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança da titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. Esta idéia, abonada pela melhor doutrina (Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cléber Giardino, etc.), encontrou ressonância no próprio Supremo Tribunal Federal”.(ob.cit., p.36).*

Consigna, exatamente porque não existe circulação nos casos de transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa é que o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA editou a Súmula nº 166, de 23/08/1996, segundo a qual:

*“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.*

Afirma, quanto à definição de mercadoria, para fins de incidência do ICMS, que não só o jurista supracitado, ROQUE ANTONIO CARRAZZA, como o Professor GERALDO ATALIBA, explicam com clareza, respectivamente:

*“É o caso de rememorarmos que mercadoria, nos patamares do Direito, é o bem móvel, sujeito à mercancia. É, se preferirmos, o objeto da atividade mercantil, que obedece, por isso mesmo, ao regime jurídico comercial.*

(...)

*Para que um bem móvel seja havido por mercadoria, é mister que ele tenha por finalidade a venda ou revenda. Em suma, a qualidade distintiva entre bem móvel(gênero)e mercadoria(espécie) é extrínseca, consubstanciando-se no propósito de destinação comercial.” (ob.cit.,p.40/41)*

*“Nem todo bem, juridicamente, é mercadoria. Mercadoria é, para o direito, o objeto da atividade mercantil, que, por isso mesmo, se rege pelo direito comercial.*

*“Bem” é gênero, “Mercadoria” é espécie. Só a espécie foi contemplada pela Constituição. Não é lícito ao intérprete confundir o que a norma discerniu. Não pode o exegeta ampliar o conteúdo de uma dicção constitucional, mormente em mercadoria rigorosa, como é a discriminação da competência tributária.”*

(“ICM sobre importação de bens de capital para uso do importador”, RF 250:117-8, Rio de Janeiro, 1975).

Aduz que os ensinamentos doutrinários e a Súmula 166 do STJ, resta claro que meras transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa não constituem hipótese de incidência do ICMS, pois, neste caso, não há “circulação”, ou seja, mudança de titularidade de bens e também não há sequer “mercadoria”.

Coaduna que as operações questionadas no Auto de Infração consistem em meras transferências de bens entre estabelecimentos da própria Impugnante, e a entrada desses bens no seu estabelecimento não autoriza a incidência do ICMS, pois inexistiu negócio mercantil, inexistiu circulação (mudança de titularidade), inexistiu mercadoria.

Assegura que a aquisição de bens (e não mercadorias, como quer o Fisco) destinados ao ativo fixo do estabelecimento está fora do âmbito de incidência do ICMS, sendo esse aliás o entendimento perfilhado pela mais autorizada doutrina. *Verbis:*

*“Os bens destinados ao consumo, ou ao ativo permanente do estabelecimento, não são mercadorias. Por isto mesmo, a incidência do imposto, em se tratando desses bens, somente ocorre na entrada do estabelecimento importador daqueles que tenham sido importados do exterior. (...) O imposto é sobre operações relativas à circulação de mercadorias.” (MACHADO, Hugo de Brito, in Aspectos Fundamentais do ICMS, Dialética, 1997, São Paulo, p.30/31). Grifos nossos.*

*“É o caso de rememorarmos que mercadoria, nos patamares do Direito, é o bem móvel, sujeito à mercancia. É, se preferirmos, o objeto da atividade mercantil, que obedece, por isso mesmo, ao regime jurídico comercial.*

(...)

*Logo, mercadoria, para fins de tributação por via de ICMS, é o que a lei comercial considera mercadoria. Segue-se, daí, que não pode a lei dos Estados ou do Distrito Federal alterar este conceito, para fins tributários. Por quê? Porque esta é uma matéria de Direito Comercial, ou seja, sob reserva de lei nacional e, destarte, modificável apenas por meio de lei ordinária do Congresso.”* (CARRAZZA, Roque Antonio, ob. cit., p.40/42)

Afirma que, não sendo devido o ICMS sobre a operação de aquisição de bens oriundos de outras unidades da Federação, para integrar o ativo fixo do próprio estabelecimento, não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Com efeito, entende que todas e quaisquer transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não podem ser oneradas com o imposto, nem com o diferencial de alíquota a elas pertinentes, segundo o entendimento jurisprudencial da citada Súmula 116 do STJ.

*“Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo. Notas fiscais emitidas no mês seguinte ao da apuração que não tiveram o ICMS incluso na apuração do ICMS no mês em que as operações foram realizadas”.*

Aduz que a presente infração aponta que a Defendente deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo, constituindo o referido crédito tributário.

Todavia, assegura que tal imputação não procede, pois o recolhimento foi efetuado espontaneamente, afastando a aplicação da multa, conforme art. 138 do CTN:

*Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.*

*Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.*

Argumenta que a denúncia espontânea constitui-se em instrumento de exclusão de responsabilidade decorrente do cometimento de ilícito tributário administrativo.

Destaca ainda que cabe ao denunciante, noticiar à Administração Fazendária sobre a infração ocorrida, comprovando, se for o caso, o pagamento do débito tributário ou o depósito da importância arbitrada, desde que não haja nenhum procedimento administrativo ou medida de fiscalização já iniciada, relacionada ao ilícito confessado.

Assinala que a multa de mora por ser conseqüência do descumprimento de determinada regra, seja sua natureza formal ou substancial, a ela se agregará a característica de sanção, devendo, portanto, ser afastada com a denúncia espontânea da infração cometida, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido ou do depósito da importância arbitrada pelo agente fiscal.

Sendo assim, entende que tendo ocorrido o pagamento espontâneo, sem o início de qualquer ação fiscal, afasta-se a multa moratória nos termos do art. 138 do CTN.

Por fim, pede: o deferimento do pedido de perícia fiscal, de modo que sejam verificadas as inocorrências das infrações imputadas à Impugnante; que, homologados os valores reconhecidos e recolhidos, seja julgado totalmente improcedente a parte impugnada do auto de infração nº 269139.0004/12-2, anulando-se as infrações apontadas, ante as razões de fato e de direito apontadas.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos pelo Direito, em especial a produção de prova documental e diligências.

O autuante, às fls. 567 a 570, na informação fiscal, aduz que a autuada reconheceu parte das infrações 02 e 04, conforme já mencionado, e não reconhece a parte restante por se tratar, segundo entendimento da autuada, de transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de materiais de uso e consumo entre estabelecimentos da própria autuada, e para fundamentar sua tese cita algumas doutrinas e a Súmula nº 166, de 23/08/1996, do STJ, segundo a qual:

*“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.*

Afirma ainda que todas e quaisquer transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não podem ser oneradas com o imposto, nem com o diferencial de alíquota a elas pertinentes, segundo o entendimento jurisprudencial da citada Súmula 116 do STJ.

Relata a arguição do sujeito passivo, quanto à infração 06, de que o ICMS e respectivo acréscimo moratório relativo a esta infração foi recolhido através de denúncia espontânea antes de iniciados os procedimentos de fiscalização e anexa as planilhas com a relação das notas fiscais que constaram da denúncia. Foram anexadas à defesa diversas planilhas com as memórias de cálculos relativas às Denúncias Espontâneas: fls. 237, 240, 244, 248, 252, 258, 262, 264, 256, 266, 271, 277, 278, 282 e 284. A planilha anexada à folha 284 não foi considerada porque nenhum DAE corresponde ao total da mesma e, como as outras, não há menção do numero da Denúncia Espontânea.

Quanto à infração 01, assinala que o ICMS das notas fiscais relativos a essa infração foi lançado no Registro de Saídas em junho de 2010. O contribuinte efetuou o estorno de débito, no livro Registro de Apuração de ICMS em junho de 2010 e fez a Denúncia Espontânea em julho/2010, quando pagou o ICMS com os acréscimos moratórios. Neste caso não procede a ação fiscal.

Relativo às infrações 02 e 04, entende que a exigência do Diferencial de Alíquota, nas aquisições de material de consumo e bens para o ativo imobilizado foi feita de acordo com o artigo 1º, § 2º, inciso I, IV e V, art. 5º, inciso I, 36 § 2º, inciso XIV, 69, 72, 111, inciso III, alínea “a”, 124, inciso I e 131 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97. Portanto, mantém integralmente a ação fiscal.

Para a infração 06, afirma ainda que na consideração da existência de Denúncias Espontâneas, conforme planilhas com as memórias de cálculos anexadas ao PAF, fls. 237, 240, 244, 248, 252, 258, 262, 264, 266, 271, 277, 278 e 282, acompanhadas de cópia do respectivo DAE, efetuou consulta ao Sistema SEFAZ “INC” – arrecadação”, constatamos o que segue: a) algumas notas fiscais que constaram da autuação não constam em nenhuma das planilhas apresentadas pela autuada, relativas às Denúncias Espontâneas; b) a planilha anexada à folha 284, no total de R\$ 54.971,92, não tem nenhum DAE, no sistema SEFAZ, relativo a tal valor, e nem a autuada informou o número da Denúncia Espontânea, portanto mantém a autuação fiscal; e c) os acréscimos moratórios de parte das Denúncias Espontâneas foram recolhidos a menor tendo em vista divergência no período da ocorrência dos fatos e o informado nas respectivas denúncias. Feitos os devidos ajustes e elaborou novos demonstrativos que seguem em anexo, resultando no saldo remanescente de R\$ 104.330,02. Demonstrativo de débito a fl. 571.

Por fim, conclui pela manutenção integral da ação fiscal, exceto com relação à infração 01, cujo débito foi pago através de Denúncia Espontânea, e com relação à infração 06, cujo débito foi em parte pago através de denúncia espontânea.

O autuado, às fls. 599 a 604 dos autos, volta a se manifestar argüindo que o autuante reconhece a defesa e extingue a infração 01, parte da infração 06 e mantém integralmente as infrações 02 e 04.

Quanto à infração 06 afirma que o valor remanescente de R\$ 104.330,02, apontado no Auto de Infração, se refere às notas fiscais números 1709, 1710, 1711, 1712, 1713, 1714, 1715 e 1716, relativas a processos de fornecimento interno, com os respectivos ICMS aproveitados em seu mês de competência (marços/2010).

Relata que, no que alude as infrações 02 e 04, o sujeito passivo reafirma sua tese de que não há incidência nas transferências do ativo immobilizado e de materiais de uso e consumo.

O autuado anexa aos autos cópia das defesas relativas a outros autos de infrações, conforme consta às fls. 610 a 614, bem como às fls. 617 a 628 dos autos.

## VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz 06 infrações, já devidamente relatadas, entre as quais o sujeito passivo se insurge integralmente contra as infrações 01 e 06, parcialmente quanto às infrações 2 e 4 e reconhece as infrações 03 e 05, além de parte das infrações 02 e 04.

No que tange a infração 01, ficou demonstrado, com o reconhecimento do autuante, que o ICMS resultantes das notas fiscais constantes da aludida infração foi lançado no livro Registro de Saídas em junho de 2010 e o sujeito passivo efetuou o estorno de débito, no livro Registro de Apuração de ICMS em junho de 2010 e fez a Denúncia Espontânea em julho/2010, quando pagou o ICMS com os acréscimos moratórios pertinentes.

Diante do exposto, ficou demonstrado que o estorno de débito incorretamente efetuado foi alvo de denúncia espontânea cujo recolhimento dos respectivos vales com os devidos acréscimos ocorreram antes da ação fiscal, restando, portanto a improcedência da presente exigência tributária, com observância, inclusive, ao que determina art. 138 do CTN.

Infração 01, por conseguinte, é improcedente.

No que aludem as infrações 02 e 04, o sujeito passivo reconhece parte da infração, contudo se insurge contra a exigência que se refere a transferências entre os estabelecimentos da mesma empresa, ou seja, transferências de ativo fixo, relativa à infração 02 e transferências de material de uso e consumo quanto à infração 04.

A insurgência do sujeito passivo se restringe ao entendimento, por ele já firmado, quanto a não ocorrência de fato gerador do ICMS nas transferências de mercadorias que ocorrem entre os estabelecimentos da mesma empresa, amparado no argumento de que não existe circulação nos casos de transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa e que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 166, de 23/08/1996, segundo a qual: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Quanto ao entendimento do sujeito, com base doutrinária e jurisprudencial, citando o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 166) que firmou entendimento de que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”, ocorre que o art. 12, I da Lei Complementar 87/96, e o art. 4º, I da Lei 7014/96, asseguram a ocorrência do fato gerador nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, conforme o art. 2º, I do Regulamento ICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97 *in verbis*:

“Art.2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;”

É importante destacar, ainda, que as decisões judiciais colacionadas pelo contribuinte, na peça de defesa, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada no presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Assim, verifico que cabe a manutenção das infrações 02 e 04, pois a insurgência do sujeito passivo se restringe as notas fiscais de transferências, amparado no entendimento de que não há ocorrência de fato gerador nas transferências de material de uso e consumo, bem como ativo imobilizado, entendimento esse que não encontra amparo na Legislação Tributária do ICMS, conforme já alinhado.

Cabe a manutenção integral das infrações 03 e 05, na medida em que foram reconhecidas pelo sujeito passivo, bem como foram imputadas atendendo ao devido processo legal.

No que alude a infração 06, diferente do alegado pelo sujeito passivo esclarece, acertadamente, o autuante que em relação às Denúncias Espontâneas, “*conforme planilhas com as memórias de cálculos anexadas ao PAF, fls.. 237, 240, 244, 248, 252, 258, 262, 264, 256, 266, 271, 277, 278 e 282, acompanhadas de cópia do respectivo DAE, efetuou consulta ao Sistema SEFAZ “INC” – arrecadação*”, constatamos o que segue: a) *algumas notas fiscais que constaram da autuação não constam em nenhuma das planilhas apresentadas pela autuada, relativas às Denúncias Espontâneas; b) a planilha anexada à folha 284, no total de R\$54.971,92, não tem nenhum DAE, no sistema SEFAZ, relativo a tal valor, e nem a autuada informou o número da Denúncia Espontânea, portanto mantém a autuação fiscal; e c) os acréscimos moratórios de parte das Denúncias Espontâneas foram recolhidos a menor tendo em vista divergência no período da ocorrência dos fatos e o informado nas respectivas denúncias. Feitos os devidos ajustes e elaborou novos demonstrativos que seguem em anexo, resultando no saldo remanescente de R\$104.330,02.*”

Cabe observar que, em mais uma manifestação do sujeito passivo, não ficou demonstrado existir equívoco do autuante, quanto às alegações acima alinhadas, no que diz respeito às notas fiscais alvo da exigência fiscal.

Assim, conforme consta à fl. 571, planilhas do demonstrativo de débito da infração 06, que totalizam as notas fiscais não incluídas nas denúncias espontâneas e os valores pertinentes ao recolhimento a menos nas concernentes as denúncias espontâneas, de acordo com as planilhas elaboradas pelo autuante na informação fiscal, constantes às fls. 571 a 595.

NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO AJUSTADO CONF. FL. 571					
Data Ocor.	D. Vencto.	B. Cálculo	Aliq %	Multa %)	V.Histórico
29/01/2010	29/01/2010	12.094,12	17	60	2.056,00
26/02/2010	26/02/2010	12.194,94	17	60	2.073,14
28/02/2010	09/03/2010	16.791,88	17	60	2.854,62
31/03/2010	31/03/2010	376,18	17	60	63,95
30/04/2010	30/04/2010	63.268,59	17	60	10.755,66
31/05/2010	31/05/2010	47.315,06	17	60	8.043,56
30/06/2010	30/06/2010	4.472,71	17	60	760,36
30/07/2010	30/07/2010	18.364,47	17	60	3.121,96
31/08/2010	31/08/2010	44.661,29	17	60	7.592,42
30/09/2010	30/09/2010	3.948,71	17	60	671,28
29/10/2010	29/10/2010	40,06	17	60	6,81
31/10/2010	09/11/2010	4.538,29	17	60	771,51
30/11/2010	30/11/2010	385.639,47	17	60	65.558,71
Total da infração 06					104.329,98

A infração 06, portanto, fica mantida parcialmente no valor de R\$ 104.329,98, tendo em vista que o sujeito passivo comprova o pagamento de parte da exigência através da denúncia espontânea, não havendo exigência ou multa de mora sobre o que efetivamente já recolhido, bem como não

cabe a caracterização da denúncia espontânea sobre o que foi recolhido a menos, ou seja, o que não foi recolhido.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, cabendo a exclusão da infração 01 a procedência parcial da infração 06 e a manutenção das demais infrações.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2691390004/12-2**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. – PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$120.829,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais além dos acréscimos moratórios no valor de **R\$104.329,98** acrescido da multa de 60% previstos no art. 42, inciso VIII do mesmo diploma legal e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2013.

JOSE CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR