

A. I. Nº - 269139.0004/14-9
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS
AUTUANTE - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS e JOSÉ ANTONIO SOARES SEIXAS
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.06.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-04/16

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **a.1)** FALTA DE PAGAMENTO. **a.2)** PAGAMENTO A MENOS. Incide o imposto nas operações de transferências interestaduais de bens destinados ao Ativo Fixo. Inaplicabilidade da Súmula nº 166/STJ. Excluídas da exigência as operações que tem o imposto diferido de acordo com os benefícios do DESENVOLVE. Item subsistente em parte. **b)** MATERIAL PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. **b.1)** FALTA DE PAGAMENTO. Incide o imposto nas operações de transferências interestaduais de materiais destinados ao consumo próprio. Inaplicabilidade da Súmula nº 166/STJ. Mantida a exigência em relação a aquisição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional e excluídas da exigências as operações destinadas à contribuinte diverso. **b.2)** PAGAMENTO A MENOS. Item mantido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 15/10/2014 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$1.466.365,61 e demais acréscimos legais, em face das seguintes acusações:

- 1) Deixou de recolher ICMS no valor de R\$1.388.881,21 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, conforme demonstrativo anexo, "DIFAL SEM PAGAMENTO" fls. 10 a 15. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.
- 2) Deixou de recolher ICMS no valor de R\$37.203,34 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, de acordo com o demonstrativo de "DIFAL PAGO A MENOR", fls. 16 a 19. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.
- 3) Deixou de recolher ICMS no valor de R\$37.203,34 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, de acordo com o demonstrativo "DIFAL SEM PAGAMENTO", fls. 20 a 22. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.
- 4) Deixou de recolher ICMS no valor de R\$1.014,20 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, de acordo com o demonstrativo "DIFAL PAGO A MENOR", fls. 23 e 24. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio do seu representante legal, ingressou com impugnação, fls. 35 a 43, onde, inicialmente, sustenta a tempestividade da defesa, menciona a natureza da sociedade, destaca as infrações que lhe foram imputadas e, em seguida afirma que a apuração se encontra contaminada por diversos equívocos, que não realizou e tampouco realiza operações em desacordo com a legislação em vigor, sendo que, na verdade, a hipótese é de improcedência manifesta do Auto de Infração, situação esta que diz que será demonstrada adiante.

Apesar desta afirmativa, destaca que depois de uma criteriosa análise e avaliação das infrações acima apontadas, reconhece a procedência parcial das Infrações nº 01, 02, 03 e 04, pois se identificou que, em alguns casos, efetivamente houve equívoco no cálculo da exação, com recolhimento de imposto inferior ao devido, conforme planilha que denomina de Doc. 03, a qual afirma que está juntada aos autos.

No que toca a parte remanescente das exigências contidas nas mencionadas Infrações, diz que carece de fundamento jurídico, seja porque não houve falta de recolhimento de imposto, seja em razão de haver operações consideradas no levantamento que não se sujeitam à incidência do ICMS, informando, ainda que, tão logo quitado o Documento de Arrecadação Estadual dos valores reconhecidos, este será acostado ao processo, requerendo, desde já, sua homologação.

Adentra à análise do mérito da infração 01 onde sustenta que, salvo na parte cuja procedência foi reconhecida, se encontra eivado de três vícios que o tornam insubstancial, na medida em que: i) exigiu imposto sobre operações que não se encontram no âmbito de incidência do ICMS; ii) desconsiderou a redução de base de cálculo prevista no Convênio 52/91, e; iii) não observou o diferimento previsto para bens enquadrados no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE).

Assim é que, em relação as operações pertinentes as Notas Fiscais nº 1544, 2110, 3492, 3637, 13741, 14987, 14992, 15204, 15317, 15472, 16783, 17252, 22136, 42429, 45803, 45804, 45805, 51991, 52803, 52804, 53010, 57903, 58338, referem-se a transferências de mercadorias entre estabelecimentos do Contribuinte, nas quais, segundo seu entendimento, não há que se falar em incidência de ICMS e tampouco em DIFAL, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Neste aspecto, defende ser ilegítima a cobrança do diferencial de alíquota nas transferências em questão, pois, nos termos da Súmula nº 166 do STJ, “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, citando, a este respeito, o posicionamento do STJ sumulado em julgamento submetido ao regime de recurso repetitivo – REsp. 1.125.133/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 10.09.2010 – e confirmou-o em inúmeros outros acórdãos, citando, como exemplo, o precedente relativo ao AgRg no Ag 1303176/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 02/08/2013, cuja ementa transcreveu.

Por outro lado, sustenta que a Fiscalização não observou que as operações mencionadas nas Notas Fiscais nº 89, 405, 406, 626, 634, 1524, 2314, 2317, 2318, 2323, 3890, 3891, 3915, 4033, 4034, 4047, 4112, 4113, 4126, 4130, 4228, 4280, 4281, 4293, 4405, 4662, 93058 e 93988 (Doc. 04), tem redução de base de cálculo do ICMS, pois estão enquadrados no Convênio ICMS 52/91, que dispõe:

Cláusula primeira - Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);

b) nas demais operações interestaduais, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

[...]

Cláusula quinta Para efeito de exigência do ICMS devido em razão do diferencial de alíquota, o Estado onde se localiza o destinatário dos produtos de que trata este Convênio reduzirá a base de cálculo do imposto de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos nas Cláusulas primeira e segunda para as respectivas operações internas.

Finalmente, em relação a primeira infração, menciona que os bens adquiridos por meio das Notas Fiscais nº 9304, 30182, 35000, 35387, 35720, 199303, 199414, 199551, 199606, 200336 e 200337 (Doc. 05) estão enquadradas no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, por força do qual o ICMS é deferido para o momento da desincorporação, conforme art. 2º, inciso I, letra "c" do Decreto 8205/2002, o qual transcreveu.

Com estes argumentos, conclui que o lançamento da Infração nº 01, salvo na parte reconhecida, carece de fundamento, seja porque o tratamento tributário das operações indicadas é diverso daquele considerado pela Fiscalização e/ou seja pela falta de fato gerador do imposto.

Adentra à infração nº 02, onde também se imputou falta de recolhimento de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, afirmando que o autuante não observou que, na parte não reconhecida, isto é na operação prevista na Nota Fiscal nº 4.697 (Doc. 06), aplica-se o regime tributário previsto no Convênio ICMS 52/91, precipuamente na Cláusula primeira e na Cláusula quinta, de acordo com as quais é insubstancial a cobrança do DIFAL, conforme anteriormente explicado.

Em relação à infração nº 03 onde foi imputada falta de recolhimento da DIFAL sobre uma série de operações, houve equívoco na cobrança de tributo sobre as transferências interestaduais mencionadas nas Notas Fiscais nº 205444, 205447, 205455, 207205, 207647, 216894, 216906, 216920 e 219293 que, como já argumentou, não autorizam a cobrança de ICMS e tampouco de DIFAL, como afirma a Súmula nº 166 do STJ.

Acrescenta que não se observou que a Nota Fiscal nº 1.296 (Doc. 07), foi emitida por sujeito passivo da obrigação tributária optante do Simples, de modo que não há que se falar em diferencial de alíquota, sendo indevida a cobrança do valor de R\$ 2.929,04.

Sustenta que também é indevido o diferencial de alíquota sobre as operações descritas nas Notas Fiscais nº 3, 10, 232 e 492 (Doc. 08), nas quais o destinatário não se localiza no Estado da Bahia que, por via reflexa, não faz jus ao imposto, como se constata do art. 155, II c/c §2º, VII, "a" e VIII da Constituição Federal, cujo texto transcreveu.

Argumenta, ainda, que o Estado da Bahia não faz jus ao DIFAL sobre a entrada da mercadoria descrita na Nota Fiscal nº 1.033 (Doc. 09), na medida em que, conforme Nota Fiscal de Remessa nº 1.031 (Doc. 10), o bem nela descrito foi enviado para a filial localizada no Estado do Rio Grande do Norte, a quem pertence o imposto, também segundo o art. 155, II c/c §2º, VII, "a" e VIII da CF/88.

Com estes argumentos conclui que não há que se falar em cobrança de ICMS sobre as operações mencionadas nas Notas Fiscais nº 205444, 205447, 205455, 207205, 207647, 216894, 216906, 216920 e 219293, por força da Súmula 166 do STJ; nº 1.296, porque emitida por optante do SIMPLES, e; nº 3, 10, 232, 492 e 1.033, porque os bens não foram destinados ao Estado da Bahia.

Por fim, quanto à Infração 04 onde também se exige imposto a título de diferença de alíquota, é indevida a cobrança de tributo sobre a transferência interestadual mencionada na Nota Fiscal nº 59132, porquanto, como já mencionado, a simples movimentação de mercadorias entre

estabelecimentos do contribuinte não autoriza a cobrança de ICMS e tampouco de DIFAL, *ex vi* da Súmula nº 166 do STJ.

Em conclusão, requer que sejam julgadas improcedentes as autuações, naquilo que foi impugnado, uma vez que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária e tampouco falta de recolhimento do Imposto sobre Circulação Mercadoria de Serviços – ICMS.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 128 a 135, onde após destacar o reconhecimento parcial pelo autuado das infrações 01 a 04, passa a contestar os argumentos colacionados pelo autuado na forma que segue.

No que se relaciona a infração 01, que trata da falta de pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados ao Ativo Fixo, cita que em relação às Notas Fiscais nº 1544, 2110, 3492, 3637, 13741, 14987, 14992, 15204, 15317, 15472, 16783, 17252, 22136, 45429, 45803, 45804, 45805, 51991, 52803, 52804, 53010, 57903, 58338, as quais referem-se a transferências de mercadorias entre estabelecimentos do Contribuinte, observa que o argumento de que não há incidência de ICMS e tampouco DIFAL, não tem fundamentação na legislação tributária do Estado da Bahia. O próprio contribuinte, apesar de citar a Súmula nº 166 do STJ, de que “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”, destacou ICMS na maioria destas operações. Portanto, mantemos a ação fiscal.

Já em relação às Notas Fiscais nº 89, 405, 406, 626, 634, 1524, 2314, 2317, 2318, 2323, 3890, 3891, 3915, 4033, 4034, 4047, 4112, 4113, 4126, 4130, 4228, 4280, 4281, 4293, 4405, 4662, 93058 e 93988, diz que no cálculo do DIFAL foi considerada a redução da base de cálculo do ICMS, conforme previsto no Convênio ICMS 52/91. Portanto, mantém a ação fiscal.

Quanto às Notas Fiscais nº 9304, 30182, 35000, diz que estão enquadradas no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme observações na nota fiscal, razão pela qual elaborou demonstrativo de débito excluindo estas notas fiscais.

No que concerne às Notas Fiscais nº 199303, 199414, 199551, 199606, 200336 e 200337, sustenta que não há referência na Nota Fiscal e nem o contribuinte mencionou em sua defesa qual o enquadramento das citadas Notas Fiscais no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Observa que na documentação apresentada não há como relacionar tais Notas Fiscais ao DESENVOLVE, razão pela qual mantém a autuação com relação a estas notas fiscais.

Ao concluir este tópico (infração 01) cita que após a exclusão das Notas Fiscais nº 9304, 30182, 35000, 35387, 35720 do demonstrativo inicial, o valor do débito fica reduzido de R\$1.388.881,21, para R\$970.172,04.

Em relação a infração 02, que trata de DIFAL pago a menos nas aquisições interestaduais de bens destinados ao Ativo Fixo, menciona que no que diz respeito à Nota Fiscal nº 4.697, conforme o regime tributário previsto no Convênio ICMS 52/91, a DIFAL foi calculada considerando a redução da base de cálculo, resultando no valor de R\$56,45. O contribuinte recolheu o valor de R\$4,02, resultando na diferença de R\$52,43. Manteve na íntegra a autuação.

Adentrando a Infração 03, que trata da falta de pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais para consumo próprio, comenta que a exigência de tributo sobre as transferências interestaduais mencionadas nas Notas Fiscais nº 205444, 205447, 205455, 207205, 207647, 216894, 216906, 216920 e 219293, não se sustenta o argumento do autuado de que não há incidência de ICMS e tampouco DIFAL em razão de não ter fundamentação na legislação tributária do Estado da Bahia. Observa que o próprio contribuinte destacou ICMS em várias notas fiscais destas operações, apesar de citar a Súmula nº 166 do STJ, de que “*não*

constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Mantém a exigência.

Quanto à Nota Fiscal nº 1.296, que foi emitida por sujeito passivo da obrigação tributária optante do Simples, o adquirente está obrigado ao pagamento da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual prevista para a operação. Não há isenção do pagamento da diferença de alíquota, na legislação tributária do Estado da Bahia, para os contribuintes deste Estado, nas aquisições interestaduais de empresas optantes pelo Simples Nacional.

Com relação a exigência sobre as operações descritas nas Notas Fiscais nº 3, 10, 232 e 492, nas quais consta como CNPJ do destinatário filial da Petrobras localizado noutro Estado, tais Notas Fiscais foram lançadas na escrita fiscal do contribuinte na Bahia. Portanto, se o contribuinte reconhece que os produtos fornecidos foram destinados a filial da Bahia, o erro na emissão da Nota Fiscal não impede a cobrança do DIFAL. Manteve a exigência.

No que se refere a autuação sobre a entrada da mercadoria descrita na Nota Fiscal nº 1.033 informou que:

- O fornecedor MACCOMEVAP IND.COM.TEC.SERV. ELET. LTDA emitiu a NF 1033 em 28/03/2011, com o CFOP 6102, tendo como destinatário o CNPJ 33.000.167/0236-67, e observação de que a mercadoria seria entregue no RN, CNPJ 33.000.167/1049-00.
- Na mesma data o citado fornecedor emitiu a Nota Fiscal 1031 (Doc. 10), com o CFOP 6949, para acompanhar as mercadorias até o local de entrega, no RN.

Desta maneira sustenta que o adquirente da mercadoria foi a filial da Petrobras no Estado da Bahia a quem é devido o pagamento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual nesta operação.

Adentra à infração 04, que trata de DIFAL paga a menos, menciona que com relação à Nota Fiscal nº 59132, a qual refere-se a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do Contribuinte, o argumento de que não há incidência de ICMS e tampouco DIFAL, não tem fundamentação na legislação tributária do Estado da Bahia. O próprio contribuinte, apesar de citar a Súmula nº 166 do STJ, de que "*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*", efetuou o pagamento do DIFAL destas operações, apesar de ter sido a menor. Portanto, mantém a exigência.

Em conclusão, mantém integralmente a ação fiscal relativa às infrações 02, 03 e 04. Com relação a infração 01, reconhece ser indevido a cobrança da DIFAL nas operações beneficiadas pelo DESENVOLVE, tendo o débito sido reduzido de R\$ 1.388.881,21, para R\$ 970.172,04.

O autuado se manifestou acerca da informação fiscal, fls. 138 a 142, arguindo que a Infração nº 01 é totalmente insubstancial porque o lançamento em questão – salvo na parte cuja procedência foi reconhecida – se encontra eivado de três vícios: i) exigiu imposto sobre operações que não se encontram no âmbito de incidência do ICMS; ii) desconsiderou a redução de base de cálculo prevista no Convênio 52/91, e; iii) não observou o diferimento previsto para bens enquadrados no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE).

Observa que as operações envolvendo as Notas Fiscais nº 1544, 2110, 3492, 3637, 13741, 14987, 14992, 15204, 15317, 15472, 16783, 17252, 22136, 42429, 45803, 45804, 45805, 51991, 52803, 52804, 53010, 57903, 58338, referem-se a transferências de mercadorias entre estabelecimentos do Contribuinte, nas quais não há que se falar em incidência de ICMS e tampouco em DIFAL, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Voltou a citar que a Fiscalização não observou que as operações mencionadas nas Notas Fiscais nº 89, 405, 406, 626, 634, 1524, 2314, 2317, 2318, 2323, 3890, 3891, 3915, 4033, 4034, 4047, 4112, 4113, 4126, 4130, 4228, 4280, 4281, 4293, 4405, 4662, 93058 e 93988, tem redução de base de cálculo do ICMS, pois

estão enquadrados no Convênio ICMS 52/91, destacando que, neste ponto, a Fiscalização não observou a incidência do art. 77, I, do RICMS/97, segundo o qual nas operações [inclusive internas] com máquinas, aparelhos e equipamentos relacionados no Anexo I do Conv. ICMS 52/91, até 31/12/2012, é reduzida a base de cálculo, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80 % (oito inteiros e oitenta centésimos por cento). Por conseguinte, acrescentou que como a alíquota interestadual (Convênio ICMS 52/91) e a alíquota interna (art. 77, I, do RICMS/97), por força de redução de base de cálculo, são idênticas, não há DIFAL a recolher e, portanto, ao seu entender, a Infração nº 01 carece do mínimo fundamento.

Acrescenta que o autuante após reconhecer o erro na cobrança de imposto sobre as operações das NF's nº 9304, 30182, 35000, 35387, 35720, insiste em exigir-lo sobre as operações das NF's nº 199303, 199414, 199551, 199606, 200336 e 200337, a partir da premissa de que não é possível associá-las ao DESENVOLVE. Neste sentido afirma que uma simples verificação da NCM dos itens mencionados em cada uma destas notas remanescentes ratifica que as mercadorias em questão se enquadram naquele regime, sendo que todas aquelas operações referem-se a bens com NCM 73041900, ou seja, outros tubos de aço para oleodutos ou gasodutos, conforme consulta na página da Receita Federal, em anexo, sustentando que na medida em que são utilizados na implantação de oleodutos e/ou gasodutos, nenhuma dúvida subsiste acerca da aplicação do DESENVOLVE.

Desta maneira, defende que o lançamento da Infração nº 01, salvo na parte reconhecida, carece de fundamento, porque seja porque o tratamento tributário das operações indicadas é diverso daquele considerado pela Fiscalização, seja pela falta de fato gerador do imposto.

Cita em seguida que, em relação a infração 02, relativamente à Nota Fiscal nº 4.697, o autuante cometeu o mesmo erro em que incorreu na Infração nº 01: a alíquota interestadual (Convênio ICMS 52/91) e a alíquota interna (art. 77, I, do RICMS/97), por força de redução de base de cálculo, são idênticas e, por conseguinte, não há DIFAL a recolher.

Quanto a infração 03 diz que também carece de fundamento, pois: i) as transferências interestaduais mencionadas nas Notas Fiscais nº 205444, 205447, 205455, 207205, 207647, 216894, 216906, 216920 e 219293 não autorizam a cobrança de ICMS e tampouco de DIFAL, como afirma a Súmula nº 166 do STJ; ii) a Nota Fiscal nº 1.296 (Doc. 07), foi emitida por sujeito passivo da obrigação tributária optante do Simples, de modo que não há falar-se em diferencial de alíquota, sendo indevida a cobrança do valor de R\$ 2.929,04; iii) o Estado da Bahia não é sujeito ativo das obrigações tributárias a que se referem as Notas Fiscais nº 3, 10, 232, 492 e 1.033, e o erro na escrituração é insuficiente para conferir-lhe jus ao imposto

Por fim, no tocante a Infração 04, diz que é indevida a cobrança de tributo sobre a transferência interestadual mencionada na Nota Fiscal nº 59132, porquanto, como já dito, a simples movimentação de mercadorias entre estabelecimentos do contribuinte não autoriza a cobrança de ICMS e tampouco de DIFAL, *ex vi* da Súmula nº 166 do STJ.

Às fls. 145 a 153 foram juntados documentos relacionados ao processo SIPRO nº 053263/2015-5, que trata de Certificado de Habilidação para operar no regime de diferimento no tocante as operações de aquisições de bens destinados ao projeto de ampliação de injeção CO2 no campo de Miranga.

Em nova manifestação, fls. 156 e 157, o autuante, reportando-se a infração 01, diz que com relação às Notas Fiscais nº 199303, 199414, 199551, 199606, 200336 e 200337 não há referência na Nota Fiscal e nem o contribuinte havia mencionado em sua defesa qual o enquadramento das citadas Notas Fiscais no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Entretanto, em 13/03/2015 o contribuinte apresentou novas informações relativas a tais notas fiscais, arguindo que as mesmas são destinadas ao Projeto de Injeção de CO2, processo nº 7676/2008, e informa os números dos Certificados de Habilidação.

Em vista disto, excluiu notas fiscais do valor desta infração, cujo valor histórico, no auto de infração, era de R\$1.388.881,21. Com a apresentação da defesa este valor foi reduzido para R\$

970.172,04 e, agora, com essa nova informação, a infração 01 fica com o seu valor reduzido para R\$864.457,65, conforme demonstrativo de débito a seguir:

Mês	Ocorrência	Vcto	
1	30/01/2011	09/02/2011	44.871,10
2	28/02/2011	09/03/2011	1.376,23
3	31/03/2011	09/04/2011	14.805,83
4	30/04/2011	09/05/2011	29.988,44
5	31/05/2011	09/06/2011	4.659,18
6	30/06/2011	09/07/2011	10.753,14
7	31/07/2011	09/08/2011	48.788,06
8	31/08/2011	09/09/2011	138.466,45
9	30/09/2011	09/10/2011	137.557,28
10	31/10/2011	09/11/2011	208.843,36
11	30/11/2011	09/12/2011	78.899,40
12	31/12/2011	09/01/2012	145.449,18
			864.457,65

Reportando-se a infração 03, diz que com relação a diferença de alíquota sobre as operações descritas nas Notas Fiscais nº 3, 10, 232 e 492, nas quais consta como CNPJ do destinatário filial da Petrobras localiza noutro Estado, tais Notas Fiscais foram lançadas na escrita fiscal do contribuinte na Bahia. Portanto, se o contribuinte reconhece que os produtos fornecidos foram destinados a filial da Bahia, o erro na emissão da Nota Fiscal não impede a cobrança da DIFAL. Mantém a exigência fiscal.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF, fl. 164, com o seguinte teor:

A infração 01 trata de exigência de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interestaduais e a interna, nas aquisições em outros Estados de bens destinados à integração do Ativo Fixo do autuado.

Este, por sua vez, insurgiu-se em relação ao lançamento pertinentes às notas fiscais nº 89, 405, 406, 626, 634, 1524, 2314, 2317, 2318, 2323, 3890, 3891, 3915, 4033, 4034, 4047, 4112, 4113, 4126, 4130, 4228, 4280, 4281, 4293, 4405, 4662, 93058 e 93988 (fl.39), sob o argumento de que o autuante não observou que, em relação a estas notas fiscais, tem redução da base de cálculo do ICMS pois estão enquadradas no Convênio ICMS 52/91, Cláusulas primeira e quinta.

Diz, também, que o autuante não observou a incidência do art. 77, I do RICMS/97, que, estabelece que nas operações (inclusive internas) com máquinas, aparelhos e equipamentos relacionados no Anexo I do referido Convênio, até 31/12/2012 é reduzida a base de cálculo, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80%. Com isso, como a alíquota interestadual (Convênio ICMS 52/91) e a alíquota interna (art. 77, I, do RICMS/97) por força da redução da base de cálculo, são idênticas, não existe diferença de alíquota à ser recolhida em relação as mencionadas notas fiscais.

Quanto a infração 2, que trata de diferença de alíquota paga a menos em relação a Nota Fiscal nº 4.697, o autuado trouxe os mesmos argumentos mencionados no item acima.

O autuante, por sua vez, manteve a autuação, ao argumento de que, em ambos os casos, levou em consideração a redução da base de cálculo para efeito de cobrança do ICMS / diferença de alíquota.

Diante do quadro acima, e da dúvida surgida, solicita-se que preposto da ASTEC/CONSEF verifique se nos cálculos da cobrança da diferença de alíquota relativa as notas fiscais acima indicadas, infrações 1 e 2, foi considerada a redução da base de cálculo prevista pelo Convênio ICMS 52/91 e Art. 77, I do RICMS/97. Elaborar demonstrativo, caso se confirme que não foi considerada a redução da BC, considerando cada documento fiscal e o respectivo mês.

Em relação a infração 3 pede-se que seja elaborado um demonstrativo indicando os valores que foram exigidos em relação às notas fiscais nº 3, 10, 232 e 492, fls. 120 a 123, e os respectivos meses.

Após o atendimento da diligência, deverá ser dado ciência ao autuado do seu resultado, com entrega, inclusive, de cópia desta solicitação de diligência. Por igual, o autuante deverá ser cientificado, concedendo a ambos o prazo legal para efeito de manifestação.

Ao final, retorno-se os autos ao CONSEF para conclusão da instrução e posterior julgamento.

Em atendimento, a ASTEC emitiu o Parecer nº 0097/ 2015, fls. 166 a 168, tendo a i. parecerista que o subscreveu, assim se posicionado:

"a) Relativamente a infração 01

Nesta infração, a partir da análise da NCM registrada em cada nota fiscal, apensadas fls. 81/125, alvo da contestação do autuado, constato que as mercadorias relacionadas estão sob o amparo do Convênio 52/91.

Para melhor esclarecimento a respeito da matéria transcrevo dispositivos do citado Convênio, que tratam da matéria:

Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);

Cláusula quinta Para efeito de exigência do ICMS devido em razão do diferencial de alíquota, o Estado onde se localiza o destinatário dos produtos de que trata este Convênio reduzirá a base de cálculo do imposto de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos nas Cláusulas primeira e segunda para as respectivas operações internas.

O RICMS/97, assim dispõe no inciso I, art. 77:

Art. 77 – É reduzida a base de cálculo das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos:

I – até 31/12/12, relacionados no anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento);

Analisando os elementos referentes a esta infração, vejo que a controvérsia consiste em que os autuantes aplicaram a carga tributária expressa no RICMS/97, inciso I, art. 77, equivalente a 8,8% e o autuado entende que para a matéria em comento a carga tributária a ser aplicada é de 5,14% conforme dispõem as Cláusulas primeira e quinta do Convênio ICMS 52/91 acima transcritas e, portanto, não haveria diferença de alíquotas a ser cobrada.

A título de exemplo, para a nota fiscal nº 405, fl.106, do demonstrativo elaborado pelos autuantes fl.10, depreende-se que foi adotado o seguinte procedimento:

Valor da Nota x Carga Tributária = ICMS - Carga destacada NF (5,41%) = ICMS DIFAL Cobrado

\$737.930,36	8,8%	\$64.937,87	\$37.930,36	\$27.008,00
--------------	------	-------------	-------------	-------------

Portanto, caso o ilustre Relator entenda que a carga tributária a ser aplicada ao caso concreto é aquela estabelecida no multicitado Convênio, que na Cláusula quinta trata especificamente do tratamento a ser dado no cálculo de diferença de alíquotas, nenhum valor deve ser cobrado nesta infração relativamente às notas fiscais relacionadas pelo deficiente.

Se a decisão de mérito for nesse sentido, elaboro novo demonstrativo de débito a partir da planilha já ajustada pelos autuantes, quando da 2ª informação fiscal, com a exclusão das referidas notas fiscais conforme fls. 182/185, remanescendo na infração 01 o montante de R\$539.046,73.

"b) Relativamente a in 0087-04/16 fração 02

Todos os fatos expendidos para a infração 01 valem no que diz respeito à nota fiscal nº 4697 da infração 02. Excluindo-se esta nota fiscal do levantamento original, esta infração remanesce em R\$37.150,91, demonstrativo fls. 186/187.

"c) Relativamente a infração 03

Nos termos solicitados no pedido de diligência, os valores exigidos em relação às notas fiscais 03, 10, 232, e 492 totalizam R\$28.384,59 conforme demonstrativo fl.188.

O autuado se pronunciou acerca da diligência realizada, fls. 193 a 196, onde destacou que a ASTEC reconheceu a procedência de parte dos argumentos apresentados na impugnação, ao afirmar que “*a partir da análise da NCM registrada em cada nota fiscal, apensadas fls. 81/125, alvo da contestação do autuado, constato que as mercadorias relacionadas estão sob o amparo do Convênio 52/91*”.

Diz que, neste ponto, esclarece a ASTEC que “*caso o ilustre Relator entenda que a carga tributária a ser aplicada ao caso concreto é aquela estabelecida no multi citado Convênio, que na Cláusula quinta trata especificamente do tratamento a ser dado no cálculo de diferença de alíquotas, nenhum valor deve ser cobrado nesta infração relativamente às notas fiscais relacionadas pelo defendant*”, afirmando em seguida que a aplicação do critério que utiliza e entende ser o correto, implicaria em um crédito tributário de R\$539.046,73, do qual já foi efetuado o pagamento de R\$508.993,55, em 14/11/2014, sendo que o valor remanescente – R\$30.053,18 – refere-se a operações de transferências entre estabelecimentos da Petrobras, que não se sujeitam à tributação, nos termos da Súmula nº 166 do STJ.

Citando a Infração 02, relativamente à Nota Fiscal nº 4.697, menciona que a Fiscalização também desconsiderou a identidade entre a alíquota interestadual (Convênio ICMS 52/91) e a alíquota interna (art. 77, I, do RICMS/97), e, por conseguinte, a ausência de DIFAL a recolher. Diz que o raciocínio que confirmou a improcedência da Infração nº 01 se aplica, também, ao presente caso e que, segundo a ASTEC, com a exclusão da Nota Fiscal em tela, remanesceria o valor de R\$ 37.150,91, conforme demonstrativo de fls. 186/187. Porém, a parcela em questão já foi quitada em 14/11/2014 e, por isso, não há quantia remanescente a ser exigida do Contribuinte.

Quanto a infração três, após repetir argumentos já trazidos anteriormente, diz que o pedido de diligência resumiu-se às operações descritas nas Notas Fiscais 3, 10, 232, 492, para elaboração de demonstrativo dos valores exigidos em razão delas, com menção aos meses respectivos. Na oportunidade, a ASTEC apresentou os cálculos de fls. 188, para indicar o total de R\$28.384,59, ao tempo em que os documentos fiscais foram emitidas para filiais do Contribuinte localizadas em outros Estados, portanto é indevida a cobrança do DIFAL.

O autuante se manifesta à fl. 201, aduzindo que com relação a redução da base de cálculo nos termos do Convênio ICMS 522/91, Cláusula primeira, inciso I, alínea "a", entende que a carga tributária é específica para as saídas interestaduais das regiões especificadas, sendo que, conforme o inciso II da mesma cláusula, nas operações internas a carga tributária é de 8,8%, portanto a diferença entre este percentual e 5,14% resulta no percentual de 3,66% relativo a DIFAL do estado de destino.

VOTO

As quatro infrações objeto do lançamento sob análise relacionam-se a falta de pagamento ou pagamento a menos do ICMS diferença de alíquota, sendo que as duas primeiras se referem a aquisições interestaduais destinadas ao Ativo Fixo, enquanto que as duas últimas relacionam-se a aquisições para uso próprio pelo estabelecimento.

De acordo com o documento acostado às fls. 160 a 162 o autuado reconheceu parcialmente o débito e efetuou o pagamento, das seguintes quantias (valores históricos): Infração 1 - R\$508.993,55; Infração 2 - R\$37.150,91; Infração 3 - R\$39.266,86 e Infração 4 - R\$1.014,20, totalizando a quantia paga de R\$553.284,17, a qual, com os devidos acréscimos, resultou no recolhimento na ordem de R\$807.595,54, valor este que deverá ser homologado pelo setor competente. Desta maneira a controvérsia remanesce em relação as parcelas não reconhecidas, cuja análise passo a proceder.

Assim é que, no tocante a infração 01, o autuado questiona a exigência relacionada às notas fiscais nº 1544, 2110, 3492, 3637, 13741, 14987, 14992, 15204, 15317, 15472, 16783, 17252, 22136, 42429, 45803, 45804, 45805, 51991, 52803, 52804, 53010, 57903, 58338, as quais se referem a transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos, e que, ao seu entender, não há que se falar em

incidência de ICMS e tampouco em DIFAL, nos termos da Súmula nº 166 do STJ, “*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”, citando, a este respeito, o posicionamento do STJ sumulado em julgamento submetido ao regime de recurso repetitivo – REsp. 1.125.133/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 10.09.2010 – e confirmou-o em inúmeros outros acórdãos, citando, como exemplo, o precedente relativo ao AgRg no Ag 1303176/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 02/08/2013, cuja ementa transcreveu.

A este respeito, vejo que não assiste razão ao autuado. Já tive oportunidade de participar nesta mesma 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em julgamento de matéria idêntica a que ora se enfrenta, relacionada ao mesmo contribuinte aqui autuado, Acórdão nº 0204-04/15, oportunidade em que me posicionei na forma abaixo transcrita, posicionamento ao qual aqui fica mantido:

Ingressando nas razões de mérito (...) os argumentos do autuado centram-se, praticamente, na tese de não ocorrência da incidência tributária nas operações de transferências entre estabelecimentos filiais do mesmo titular, citando a seu favor a Súmula 166 do STJ.

Analizando os argumentos defensivos, destaco inicialmente que é jurídica a circulação de mercadorias nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade.

Assim é que, de início destaco que a Súmula 166 do STJ não é vinculante e foi publicada antes da Lei Complementar 87/1996, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor sobre normas gerais do imposto em comento.

A referida LC é chamada de Lei Nacional do ICMS e dispõe sobre hipóteses de incidência, não incidência, contribuintes, substituição tributária, local da operação, momento da ocorrência do fato gerador, base de cálculo e compensação, entre outras situações de naturezas mais específicas.

O Diploma Legal Complementar trata no seu art. 13, § 4º, sobre critérios de determinação da base para o cálculo dos créditos nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que não se pode concluir que tais operações estejam fora do campo de incidência do ICMS.

No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do art. 12 da referida LC, ao informar que ocorre o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular.

Isto posto, não vejo como afastar a exigência fiscal em relação as operações de transferências interestaduais de materiais para uso e consumo próprio pelo estabelecimento porque além da legislação tributária em vigor conter previsão expressa neste sentido, a autoridade fiscal tem atividade vinculada e tem o dever de aplicar o quanto previsto pela legislação tributária vigente.

Neste aspecto, a Lei Estadual nº 7.014/96 em seu Art. 2º, inciso IV, estabelece:

Art. 2º. O ICMS incide sobre:

[...]

IV - a entrada ou a 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; (grifo não original).

Já o § 1º do citado dispositivo legal prevê que:

§ 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;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;

Por sua vez, os autuantes se basearam o Art. 4º, incisos I e XV da mesma Lei, que estabelecem:

Art.. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

[...]

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; (grifo não original).

De maneira que, à luz do quanto acima exposto, cabe à autoridade julgadora e, também, ao agente fiscalizador, cumprirem o quanto está exposto pela legislação tributária deste Estado que prevê a cobrança do imposto a título de diferença de alíquota nas situações aqui debatidas.

E este entendimento tem sido sustentado pela Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, a exemplo do Parecer Jurídico nº 2014224287-0, proferido nos autos do Processo nº 20694000001134, pelo i.procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, cujo excertos transcrevo a seguir:

"A irresignação tracejada na presente súplica recursal (...) cinge-se, em suma, aos seguintes argumentos: a) de que não há fato gerador do ICMS por se tratar de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da autuada, não havendo circulação econômica; b) de que não se pode cobrar diferencial de alíquota nas transferências de bens de uso e consumo entre mesmos estabelecimentos da recorrente.

(...)

Pois bem, estribado nas razões lançadas pelo recorrente, faz-se necessário trazer a baila o matiz constitucional do ICMS, a fim de melhor apreendermos seu alcance eficacial, observe.

Preconiza o art 155, II, da CF/88:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação..."

A leitura da norma constitucional, mesmo que de forma breve, conduz inequivocamente a ilação de que o constituinte definiu o ICMS como um imposto incidente sobre operações "relativas" à circulação de mercadorias ou prestação de serviços. e não, como quer inferir o recorrente, um tributo sobre operações de venda de mercadorias.

Neste timbre constitucional, concedeu-se à Lei Complementar definir o perfil do imposto, definindo seus elementos fundamentais, dentro, é claro, dos lindes demarcados pelo legislador constitucional.

Assim, ancorado no permissivo constitucional, o legislador complementar como axioma informativo do ICMS o princípio da autonomia dos estabelecimentos, devidamente normatizado no art. 12, da LC nº 87/96:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Aliás, quadra sublimar, tal posicionamento normativo já existe no nosso ordenamento jurídico desde o Decreto nº 406/68 e Convênio ICM nº 66/88, veículos legais com força de Lei Complementar, não sendo, assim, nenhuma novidade.

(...)

Dessa forma, sendo perfeitamente legal, quiçá constitucional, que o legislador fixasse como autônomos estabelecimentos de um mesmo contribuinte, afigura-se claro à simplicidade franciscana que as transferências de mercadorias entre eles concretizadas deverão ser objeto de regular tributação, como o foram neste presente lançamento.

Aliás, vale referir que, o ICMS é um imposto que incide sobre operações RELATIVAS à circulação de mercadorias e prestação de serviços, não sendo, desta maneira, um imposto exclusivamente sobre operações de vendas de mercadorias.

Neste sentido, impende afirmar que é irrelevante para efeito (diga-se efeito tributário) de incidência do ICMS, se nas etapas de circulação de mercadorias haja ou não transferência de propriedade, bastando, assim, a circulação tendente a encaminhar o bem para seu consumo final.

(...)

Com efeito, é possível afirmar que a saída de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, não é uma simples movimentação de mercadoria, mas, isto sim, um fato econômico, que possui relevância jurídica tributária.

Contudo, em que pese os fortes argumentos urdidos pela doutrina acerca da questão, o STJ trilhou um caminho no sentido da não tributação no simples deslocamento de mercadorias entre os estabelecimentos do mesmo ente, sendo este entendimento devidamente sedimentado na Súmula 166.

Entretanto, não é este o problema do caso em apreço, aliás, como quis infundir o recorrente, mas, isto sim, transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, cujo deslinde não perpassa sob enfoque dado à questão pelo STJ.

Nesse passo, além das considerações acima alinhavadas sobre a questão de remessa de mercadorias à empresa de um mesmo contribuinte, acresce-se ao caso em análise, a questão das transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, observemos.

No caso das transferências interestaduais, a operação comercial engendradora da circulação econômica irradia reflexos em outro Estado Membro da Federação, tendo em vista que o ciclo econômico ao qual ficará adstrito o bem mercantil se desenrolará parte no território de um Estado, parte no outro, restando prejudicado o Estado remetente da mesma, num autêntico atentado ao princípio federativo.

(...)

Desta forma, ainda que se entenda vinculante o disposto na Súmula 166 do STJ sobre as transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (em que pese no meu entender a falta de competência desta Corte para apreciação de questão nitidamente constitucional relativa ao alcance da regra matriz Constitucional do ICMS) mesmo assim, faz-se necessário encerrar a aplicação do comando sumular apenas aos casos de meros deslocamentos de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, o que, repita-se, não é o caso dos autos.

Neste caso, forçoso carrear acórdão prolatado pelo próprio STJ, precisamente no Recurso Especial nº 242.338/MG, cujo alcance determinativo faz considerações sobre transferências internas e interestaduais, espancando, desta maneira, a argumentação da aplicação da Súmula 166 da própria Corte de Justiça, verbi:

"ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DO MESMO CONTRIBUINTE. MAS LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 166/STJ. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

... Embora possa parecer caso de incidência do referido enunciado (da Súmula 166), temos que fazer distinção, pois, na hipótese dos autos, o outro estabelecimento do contribuinte, para onde foram transferidas as mercadorias, situa-se em outro Estado-membro.

Daí afasta-se a aplicação da súmula..."

Assim, enlaçando as considerações acima expostas ao caso em apreço, conclui-se restar absolutamente improcedente o pleito do recorrente neste item, cabendo o recolhimento do diferencial de alíquota, por expressa determinação constitucional e, outrossim, por motivos de lógica jurídica como acima alinhavado.

(...)

Destaco, também, que a Segunda Turma do STJ em sede de apreciação do REsp 1109298/RS, cujo Relator foi o Ministro Castro Meira (DJe 25/05/2011), decidiu pela aplicação do disposto no Art. 13, § 4º da LC 87/96, que trata especificamente da constituição da base de cálculo nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Por fim, pontuo ainda, que o Conselho de Fazenda Estadual já firmou entendimento a respeito desta matéria, a exemplo do quanto dispõe o Acórdão nº 0352-11/13 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que, embora não unânime, peço vênia para transcrever o acórdão pertinente ao Voto Vencedor proferido pelo Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0352-11/13

EMENTA: ICMS. (...) 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. b) MATERIAIS DE USO E CONSUMO. d) TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Incide o imposto nas operações da transferência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência ou perícia. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

Portanto, à luz do quanto acima exposto, não merece albergue a alegação de que o ICMS não incide nas transferências interestaduais de material de consumo.

Isto posto, com fulcro nos argumentos acima, fica mantida a exigência do pagamento da diferença de alíquota concernentes as notas fiscais acima indicadas e relacionadas a infração 01.

O segundo argumento apresentado pelo autuado impugnando parcialmente a infração 01, diz respeito às notas fiscais nas Notas Fiscais nº 89, 405, 406, 626, 634, 1524, 2314, 2317, 2318, 2323, 3890, 3891, 3915, 4033, 4034, 4047, 4112, 4113, 4126, 4130, 4228, 4280, 4281, 4293, 4405, 4662, 93058 e 93988, sustentando que a Fiscalização não observou que as operações mencionadas nas citadas notas fiscais tem redução de base de cálculo do ICMS, pois estão enquadrados no Convênio ICMS 52/91.

Os autuantes, por sua vez, entendem que com relação a redução da base de cálculo nos termos do Convênio ICMS 52/91, Cláusula primeira, inciso I, alínea "a", a carga tributária é específica

para as saídas interestaduais das regiões ali mencionadas, sendo que, conforme o inciso II da mesma cláusula, nas operações internas a carga tributária é de 8,8%, portanto, ao seu entender, a diferença entre este percentual e 5,14% resulta no percentual de 3,66% relativo a DIFAL devida ao estado de destino.

Dúvidas não restam que as operações que foram objeto da autuação estão enquadradas nas normas previstas pelo Convênio 52/91, entretanto, como visto acima, a controvérsia reside na interpretação dos autuantes que aplicaram a carga tributária expressa pelo Art. 77, inciso I do RICMS/97, para as operações internas, isto é, 8,80%, enquanto que o entendimento da autuada foi no sentido de que a carga tributária incidente é de 5,14% em consonância com as Cláusulas primeira e quinta do referido convênio, não remanescedo, ao seu entender, imposto a ser recolhido a título de diferença de alíquotas.

A controvérsia envolve operações de aquisições interestaduais pelo autuado, relacionadas as notas fiscais nº 89, 405, 406, 626, 634, 1524, 2314, 2317, 2318, 2323, 3890, 3891, 3915, 4033, 4034, 4047, 4112, 4113, 4126, 4130, 4228, 4280, 4281, 4293, 4405, 4662, 93058 e 93988, originárias das Regiões Sul e Sudeste, destinadas ao autuado, conforme demonstrado pela ASTEC/CONSEF às fls. 182 a 188.

Ao meu entender, por se tratar de operações de entradas de bens, há de se aplicar a norma expressa pela Cláusula quinta do citado Convênio, que para efeito do cálculo da diferença de alíquota, considera que "...o Estado onde se localiza o destinatário dos produtos de que trata este Convênio reduzirá a base de cálculo do imposto de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos nas Cláusulas primeira e segunda para as respectivas operações internas".

Já a Cláusula primeira do mesmo convênio, dispõe:

Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);

b) nas demais operações interestaduais, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Nova redação dada ao inciso II da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 154/15, efeitos a partir de 30.12.15.

II - nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Redação anterior dada ao inciso II da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 01/00, efeitos de 01.08.00 a 29.12.15.

II - nas operações interestaduais com consumidor ou usuário final, não contribuintes do ICMS, e nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Como visto acima, o próprio Convênio estabelece em sua Cláusula primeira, item I, que nas saídas dos Estados das Regiões Sul e Sudeste com destino a Região Nordeste a base de cálculo fica reduzida para o percentual de 5,14%, enquanto que no item II, estabelece que nas operações internas a base de cálculo fica reduzida para 8,80%.

Considerando que as operações envolvendo as mencionadas notas fiscais são todas originárias das regiões Sul e Sudeste, destinadas ao Estado da Bahia, é devida, sim, a diferença de alíquotas no percentual de 3,66% conforme apurado corretamente pelo autuante.

Também, e em consonância com o citado Convênio o RICMS/BA, vigente à época dos fatos, consigna: Art. 77 – É reduzida a base de cálculo das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos:

I – até 31/12/12, relacionados no anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Desta maneira, entendo estar incorreta a interpretação da autuada, remanescedo portanto a exigência da diferença de alíquota para as referidas notas fiscais.

No que se refere às notas fiscais nº 9304, 30182, 35000, 35387, 35720, 199303, 199414, 199551, 199606, 200336 e 200337, o autuado sustentou que estão enquadradas no Programa de Desenvolvimento

Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, por força do qual o ICMS é diferido para o momento da desincorporação.

Em sua primeira informação fiscal os autuantes acolheram os argumentos do autuado apenas em relação às notas fiscais nº 9304, 30182, 35000, 35387, 35720, efetuando as respectivas exclusões, entretanto manteve a exigência quanto as notas fiscais nº 199303, 199414, 199551, 199606, 200336 e 200337, por entender que não era possível associá-las ao programa DESENVOLVE. Entretanto, diante da manifestação do autuado, fls. 146 a 148, e documentos juntados às fls. 149 a 153, os autuantes acolheram os argumentos defensivos e processaram nova redução do débito, consoante consta às fls. 156 e 157, com o que concordo, visto que, tais documentos atestam a habilitação para operar no projeto de ampliação de injeção de CO₂ no Campo de Miranga, conforme documento expedido pela COPEC, fl. 149.

Desta maneira e diante do quanto acima exposto, e, também, apesar do resultado esposado pela ASTEC/CONSEF à fl. 185, concluo pelo acolhimento do resultado espelhado no demonstrativo elaborado pelos autuantes, fl. 157, e julgo parcialmente procedente a infração 01 no valor de R\$864.457,65.

A infração 02 no valor de R\$37.203,34, consigna a insurgência do autuado apenas em relação a nota fiscal nº 4697 por entender que também, em relação a esta, aplica-se o regime tributário previsto pelo Convênio 52/91. Considerando que se trata de matéria idêntica a já comentada no item anterior, não acolho o argumento defensivo e julgo a infração 02 totalmente procedente.

A infração 03, no valor de R\$39.266,86, o autuado se insurgiu em relação a três situações:

- a) as transferências interestaduais mencionadas nas Notas Fiscais nº 205444, 205447, 205455, 207205, 207647, 216894, 216906, 216920 e 219293 não autorizam a cobrança de ICMS e tampouco de DIFAL, como afirma a Súmula nº 166 do STJ;
- b) a Nota Fiscal nº 1.296, foi emitida por sujeito passivo da obrigação tributária optante do Simples, de modo que não há falar-se em diferencial de alíquota, sendo indevida a cobrança do valor de R\$2.929,04;
- c) o Estado da Bahia não é sujeito ativo das obrigações tributárias a que se referem as Notas Fiscais nº 3, 10, 232, 492, visto que o destinatário não se localiza no Estado da Bahia enquanto que em relação a nf. nº 1.033, o bem nela indicado foi remetido para o Estado do Rio Grande do Norte conforme nf. nº 1031, sendo que o erro na escrituração é insuficiente para conferir-lhe jus ao imposto.

Já o autuante assim se posicionou:

Quanto ao item "a" manteve a exigência ao argumento de que o autuado apesar de se referir a Súmula 166 do STJ destacou o imposto em diversas das notas fiscais autuadas, razão pela qual manteve a exigência;

Em relação ao item "b", referente a nota fiscal nº 1296 emitida por contribuinte inscrito no Simples Nacional, sustenta que não há isenção de pagamento do imposto a título de diferença de alíquota na legislação tributária do Estado da Bahia, enquanto que no que se refere ao item "c", notas fiscais nº 3, 10, 232, 492, mantém a autuação pelo fato de que apesar de constar nas mesmas o CNPJ do destinatário localizado em outro estado, tais notas foram escrituradas na filial do Estado da Bahia. Por isso afirma que o erro na emissão da nota fiscal não impede a cobrança da diferença de alíquota.

Já em relação a nf. nº 1033 esta foi emitida para a filial do Estado da Bahia, onde foi registrada, porém com a observação de que seria entregue no Estado do Rio Grande do Norte.

Analizando os fatos acima concluo que, quanto ao item "a" que se refere a transferências interestaduais, manto os argumentos já citados na infração 01, visto que tais operações são tributáveis e, consequentemente, devida a diferença de alíquota, consoante já explanado em linhas acima.

No que toca ao item "b" vejo que não assiste razão ao autuado pois não há previsão de isenção de pagamento da diferença de alíquota nas aquisições oriundas de contribuintes inscritos no regime do Simples Nacional, ademais, o autuado não apontou em qual dispositivo legal se estribou para não recolher o imposto. Mantenho a exigência concernente a nf. nº 1296.

No que se refere ao item "c" vejo que tais notas fiscais foram destinadas para estabelecimento diverso do autuado, portanto, o imposto devido seria de competência do Estado destinatário das mercadorias e não ao Estado da Bahia. Por esta razão, acolho o demonstrativo elaborado pela ASTEC fl. 188, e excluo da autuação o imposto no valor de R\$28.384,59 pertinente as notas fiscais nº 3, 10, 232, 492.

Por fim, quanto a exigência relacionada a nf. nº 1033 vejo que a mesma foi destinada ao estabelecimento localizado no Estado da Bahia e, só em momento posterior, é que a mercadoria foi remitida para outro Estado. Mantenho a exigência fiscal.

Ante ao exposto, julgo procedente em parte a infração 03, no valor de R\$10.882,27 ante a exclusão do valor de R\$28.384,59 conforme demonstrado pela ASTEC/CONSEF (fl. 188).

Finalmente, no que se refere a infração 04, no valor de R\$1.014,20 ela é mantida integralmente, vez que o autuado se insurgiu apenas em relação a exigência pertinente a nf. 59.132, a qual, por se referir a transferência interestadual de material para uso ou consumo, é devida a diferença de alíquota na forma já explicitada no item nº 01.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, nos seguintes valores: Infração 01: R\$864.457,65, conforme demonstrado à fl. 185; Infração 02: R\$37.203,34; Infração 03: R\$10.882,27 e Infração 04: R\$1.014,20, totalizando o débito a quantia de R\$913.557,46, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0004/14-9** lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$913.557,46**, acrescido de multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado pelo órgão competente os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA