

PROCESSO - A. I. Nº 299904.0004/19-5
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JJF nº 0116-03/19
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/11/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.JF Nº 0268-11/19

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, ainda que se trate de operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular. Indeferido o pedido de diligência e perícia. Excluídas notas fiscais citadas pelo Sujeito Passivo em face da comprovação do recolhimento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 6º JJF Nº 0116-03/19, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 09/01/2019, para exigir ICMS no valor histórico de R\$72.029,36, em razão de quatro infrações distintas, todas objeto do presente recurso, descritas a seguir.

Infração 01 – 06.01.01: Falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro, março, abril, julho, setembro, novembro e dezembro de 2017. Valor do débito: R\$20.692,11. Aquisições efetuadas de terceiros, conforme Anexo A e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Infração 02 – 06.01.01: Falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a novembro de 2017. Valor do débito: R\$31.452,71. Transferências efetuadas de estabelecimentos da mesma empresa, conforme Anexo B e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Infração 03 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março, setembro a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$3.740,96. Aquisições efetuadas de terceiros, conforme Anexo C, e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Infração 04 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2017. Valor do débito: R\$16.143,25. Transferências efetuadas por estabelecimentos da mesma empresa, conforme Anexo D e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 30/05/2019 (fls. 71 a 76) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Inicialmente, constato que apesar de não ter sido argüida questão específica de nulidade, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a

IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, as infrações 01 e 03 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que o autuado se reservou no direito de combatê-las simultaneamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa.

Infração 01: Falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro, março, abril, julho, setembro, novembro e dezembro de 2017. Aquisições efetuadas de terceiros, conforme Anexo A e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março, setembro a dezembro de 2017. Aquisições efetuadas de terceiros, conforme Anexo C, e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

O defendente alegou que analisando as notas fiscais listadas nas planilhas anexas ao Auto de Infração, verificou que a Fiscalização deixou de observar alguns pagamentos realizados pela PETROBRAS. Afirmou que se faz necessária a realização de perícia, tendo em vista a divergência entre os dados colhidos pela PETROBRAS e os obtidos pelo Fisco.

Disse que a perícia que requereu é para verificação, nos documentos fiscais, dos recolhimentos de ICMS-DIFAL realizados pela PETROBRAS, em confronto com os valores relacionados no auto de infração, de modo a se evidenciar o fato alegado em defesa.

O convencimento do julgador será formado a partir dos fatos, circunstâncias e argumentos constantes no processo, apreciando as provas apresentadas, e a deliberação para a realização de diligência acontece quando essa providência for necessária à convicção dos julgadores. A solicitação de diligência ou perícia visa a instruir o processo com elementos que possibilitem a decisão da lide e, neste caso, se pretende sejam carreados aos autos os documentos e levantamentos necessários para a decisão final.

No caso de indeferimento do pedido de diligência ou perícia, não significa que houve cerceamento ao direito de defesa, considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao defendente comprovar suas alegações, sendo inadmissível a realização de diligência ou perícia quando destinadas a verificar fatos e documentos que estejam na posse ou no alcance do Contribuinte, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido juntada ao presente processo.

Na diligência, é realizado exame, vistoria, levantamento, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeira conhecimento técnico especializado. Na perícia a autoridade competente determina que se esclareçam certos fatos, devendo ser efetuada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada.

Vale destacar a informação dos autuantes, de que o defendente alegou que a fiscalização deixou de observar alguns pagamentos efetuados. No entanto, em momento algum apresentou quais foram e em que momento foram recolhidos os valores alegados. A Petrobras foi intimada em 31/10/2018 e 26/11/2018, e os valores informados como pagos foram excluídos do demonstrativo final.

Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessárias, em vista dos elementos constantes nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal ou perícia, formulado pelo autuado em sua impugnação.

Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Assim, concluo pela subsistência dos itens 01 e 03 da autuação fiscal.

As infrações 02 e 04 também serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam de ICMS relativo à diferença de alíquotas em relação às transferências efetuadas por estabelecimentos da mesma empresa, e o autuado se reservou no direito de combatê-las simultaneamente.

Infração 02: Falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a novembro de 2017. Transferências efetuadas de estabelecimentos da mesma empresa, conforme Anexo B e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Infração 04 – Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2017. Transferências efetuadas por estabelecimentos da mesma empresa, conforme Anexo D e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Em relação às mencionadas infrações 2 e 4, o autuado alegou não subsistir a exigência fiscal, porquanto se tratam de transferências interestaduais entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, a PETROBRAS.

Afirmou não restar dúvidas de que as notas fiscais listadas nas planilhas anexas ao Auto de Infração, se referem a transferências de mercadorias entre estabelecimentos da PETROBRAS, como explicitado pela identificação dos CNPJs dos estabelecimentos emitentes e destinatários dos produtos.

Entende que não havendo circulação ou mercadoria, não há operações sujeitas à incidência do ICMS e, portanto, não seria possível à fiscalização imputar as Infrações 2 e 4 à PETROBRAS, de modo que merecem o julgamento de total improcedência.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96).

Nas operações interestaduais, referentes a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens do ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, quando da entrada no estabelecimento destinatário, é devido o pagamento do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação.

Vale salientar, que o legislador constituinte não disse que o imposto relativo à diferença de alíquota recai sobre vendas. No caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96.

Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS. Quanto à descrição dos fatos, verifico que foi utilizada a palavra aquisições, tendo sido empregada esta palavra no sentido amplo, compreendendo-se como entradas dos bens procedentes de outros Estados (art. 6º, I do RICMS/BA).

Vale ressaltar, que para efeito da legislação tributária, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, conforme estabelece o § 3º, II, do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, e o pagamento da diferença de alíquotas é previsto no art. 155, § 2º, VIII da Constituição Federal; no art. 4º, XV, e art. 17, XI da Lei nº 7.014/96. Não acato as alegações defensivas e concluo pela subsistência das infrações 02 e 04.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 86 a 95, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Quanto às infrações 01 e 03, relativas a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, requer perícia, com fins de atestar os recolhimentos do imposto sobre as operações relacionadas no auto de infração, único meio que entende viável de evidenciar o fato alegado em sua defesa.

Especificamente no que diz respeito à Infração 01, afirma ter acostado relatório (Doc. 1) que comprova o recolhimento de R\$5,93, relativo à Nota Fiscal nº 27221.

Quanto à Infração 03, afirma ter acostado relatório (Doc. 2) que comprova o recolhimento de R\$2.980,45, relativos às Notas Fiscais nºs 167380, 1120, 4138 e 72621.

Reitera o seu pedido de produção de prova pericial.

Quanto às infrações 02 e 04, também relacionadas a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, alegar tratar-se de operações de transferência interestaduais entre seus estabelecimentos, situações nas quais sequer ocorre o fato gerador do imposto. Transcreve as doutrinas de Horácio Villen Neto, Geraldo Ataliba, Francisco Rezek e José Eduardo Soares de Melo, em apoio aos seus argumentos, bem como julgados do STF e do STJ, além da Súmula 166 do STJ.

Arremata a sua peça recursal, requerendo: a) perícia fiscal, para comprovação do recolhimento relativo às infrações 01 e 03; b) que sejam acolhidos os pagamentos realizados mediante os documentos anexados ao presente recurso; c) a reforma do acórdão recorrido para julgar totalmente improcedente o auto de infração.

Nesses termos, pede deferimento.

VOTO

Considerando que não foram deduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme segue.

Denego o pedido de perícia por entender que os elementos dos autos são suficientes à formação da minha convicção. Ademais, a prova do recolhimento do tributo lançado é ônus probatório da Recorrente, cabendo-lhe, simplesmente, acostar os comprovantes de pagamento que possua.

Quanto à Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “Falta de recolhimento do 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 Sujeito Passivo alega ter recolhido o montante de R\$5,93, relativos à Nota Fiscal nº 27221. Acosta documentação comprobatória (doc. 1).

O exame da EFD relativa ao mês de setembro de 2017 revela que o Sujeito Passivo possui razão, pois a NF citada se encontra lançada à folha 62.

A Infração 01 fica, então, reduzida para o montante de R\$20.686,51, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
jan/17	R\$ 157,95
mar/17	R\$ 75,93
abr/17	R\$ 286,50
jul/17	R\$ 7.313,12
set/17	R\$ 5,64
nov/17	R\$ 90,84
dez/17	R\$ 12.756,53
TOTAL	R\$ 20.686,51

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como “Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, ...”. O Sujeito Passivo alega ter recolhido o montante de R\$2.980,45, relativos às Notas Fiscais nºs 167380, 1120, 4138 e 72621. Acosta documentação comprobatória (doc. 2).

O exame das EFD's relativas aos meses de março e setembro de 2017 revela que o Sujeito Passivo possui razão, pois as Notas Fiscais nºs 167380, 1120, 4138 e 72621 se encontram lançadas às folhas 92, 102 e 107 (em mar/17), bem como à folha 42 (em set/17), respectivamente.

A Infração 03 fica, então, reduzida para o montante de R\$875,59, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
fev/17	R\$ 157,91
mar/17	R\$ 227,54
set/17	R\$ -
out/17	R\$ 53,81
nov/17	R\$ 29,56
dez/17	R\$ 406,77
TOTAL	R\$ 875,59

Quanto às infrações 02 e 04, o Sujeito Passivo aduziu razões comuns, o que autoriza que sejam julgadas, também, de forma global. É o que passo a fazer nas linhas que seguem.

Na Infração 02 a conduta autuada foi descrita como “Falta de recolhimento do 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, ...”. Já a Infração 04 foi descrita como “Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, ...”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando tratar-se de operações de transferência entre

seus estabelecimentos, situações que alega não configurarem fato gerador do ICMS.

Quanto à questão da incidência, ou não, do imposto estadual nas operações citadas, é importante que se diga que a doutrina inspiradora do legislador constituinte não é uníssona ao delimitar o aspecto material da regra matriz de incidência do ICMS, pois o conceito de “circulação” goza, ao menos, de três vertentes teóricas distintas, denominadas: teorias da Circulação Física, Circulação Econômica e Circulação Jurídica.

A doutrina restritiva adotada pela impugnante (Circulação Jurídica) entende que o campo de incidência do tributo estadual em comento restringe-se àquelas operações nas quais haja mudança da titularidade jurídica da propriedade das mercadorias. Já a Doutrina da Circulação Física, ampliativa, possui uma compreensão distinta, defendendo que basta que se verifique a circulação física das mercadorias para que a operação se enquadre no campo de incidência delimitado pela matriz constitucional. Uma terceira vertente teórica (Circulação Econômica), a mais restritiva de todas as teorias, advoga a tese de que não basta que haja mudança da propriedade do bem, mas requer que tal ocorra no âmbito do ciclo de escoamento do produto, ao longo da cadeia de distribuição da mercadoria, com destino ao consumo.

Diferentemente do que afirma o Sujeito Passivo, a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontra fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar (LC 87/96) que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o art. 12, cujo inciso I tem o seu teor abaixo reproduzido.

“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;
...”*

Assim, a despeito do enunciado da Súmula nº 166, do STJ, a legislação acerca da matéria mantém-se em vigor, sendo vedado ao intérprete afastá-la, sob pena de incorrer em grave ofensa ao princípio da separação de poderes, o qual reservou a prerrogativa de editar normas em caráter originário, apenas ao poder legislativo, cabendo ao julgador aplicá-las, enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado.

Ademais, a PGE tem se manifestado, reiteradas vezes, no sentido de que a Súmula 166 tem o seu alcance limitado às operações internas, pois a sua extensão às operações interestaduais pode resultar em prejuízos ao estabelecimento destinatário, o qual fica impossibilitado de creditar-se do ICMS incidente nas etapas anteriores às operações de transferência, conforme se depreende da leitura da “ressalva” ao “Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0”, cujo texto reproduzo abaixo.

“Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Ressalva: Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular (grifo acrescido), tendo em vista que a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto.

Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do RESP nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96.

Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.”

Assim, como as operações autuadas se referem a transferências interestaduais, é forçoso concluir que se situam dentro do campo de incidência do ICMS. Não merece reparo, portanto, a decisão recorrida naquilo que se refere às infrações 02 e 04.

Ex-postis, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, reduzindo o valor lançado para R\$69.158,06, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
1	R\$ 20.686,51
2	R\$ 31.452,71
3	R\$ 875,59
4	R\$ 16.143,25
TOTAL	R\$ 69.158,06

VOTO DIVERGENTE (Infrações 2 e 4)

Em que pese o posicionamento tomado por esta egrégia Câmara de Julgamento Fiscal, permito-me divergir do voto do ilustre Relator de relação às infrações 02 e 04, abaixo transcritas:

Infração 02 – 06.01.01: Falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a novembro de 2017. Valor do débito: R\$31.452,71. Transferências efetuadas de estabelecimentos da mesma empresa, conforme Anexo B e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Infração 04 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2017.

Como bem destacado pelo ilustre Relator em seu voto condutor “*Quanto à questão da incidência, ou não, do imposto estadual nas operações citadas, é importante que se diga que a doutrina inspiradora do legislador constituinte não é uníssona ao delimitar o aspecto material da regra matriz de incidência do ICMS, pois o conceito de “circulação” goza, ao menos, de três vertentes teóricas distintas, denominadas: teorias da Circulação Física, Circulação Econômica e Circulação Jurídica.*”, inexistente posicionamento que pacifique o entendimento quanto à obrigatoriedade do recolhimento do ICMS DIFAL nas operações objeto das autuações que ora contendo.

Também anotado pelo ilustre Relator, ao abordar os conceitos de “circulação”, o mesmo define: “*A doutrina restritiva adotada pela impugnante (Circulação Jurídica) entende que o campo de incidência do tributo estadual em comento restringe-se àquelas operações nas quais haja mudança da titularidade jurídica da propriedade das mercadorias.*”, que foi o princípio normativo adotado pela Recorrente, com o qual comungo.

Ao apresentar como argumento básico para seu voto condutor o que dispõe a LC 87/96, em seu artigo 12, abaixo transcrito, peço mesmo ao não buscar definir o que venha a ser “mercadorias”, diferenciando-as de “bens”, em especial de “ativo imobilizado” e “uso e consumo”.

“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;

Analisando o conceito do que venha a ser “mercadorias”, em se tratando de operações sujeitas ao ICMS, Raphael Barbosa Tributarista e consultor com especialidade em ICMS/ISS, em artigo publicado no Portal Contábeis, **Definição de circulação para o ICMS na transferência de mercadorias., assim se expressa:**

O conceito de circulação, entretanto, é confundido por muitos, pelo aspecto físico do mesmo, porém, não é exatamente assim que deve ser analisado, pois existem duas visões, a esfera jurídica e a esfera administrativa (fisco).

*Pela análise jurídica do **ICMS**, a circulação deve ser jurídica, isto é, deve haver a transferência de titularidade da mercadoria, o que implica dizer que transferências de mercadorias de um estabelecimento para outro não configuram fato gerador do **ICMS**, desde que estes estabelecimentos sejam da mesma empresa.*

*Pela esfera administrativa (Fisco Estadual), a circulação é meramente física, de modo que as meras transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa são consideradas como atividades tributadas pelo **ICMS**.*

Aborda o articulista que, no caso de “mercadorias”, ao ser atendido ao conceito administrativo (fiscal) ocorrerá o débito do tributo ao estabelecimento remetente e o respectivo crédito ao estabelecimento recebedor, o que não ocorre nos demais casos.

Comenta ainda o articulista que inoocorrendo a transferência de propriedade, conceito de “mercancia”, não há que se falar em cobrança de tributos, destacando, como já ocorreu em vários processos tramitados nesta CJF, que, no caso em comento, aplica-se a disposto na Súmula Nº 166, do STJ, que ao julgar o processo REsp 1.125.133-SP, em efeito repetitivo, assim se expressou:

“o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS””

Além do mais na circulação de “mercadorias”, temos a ação da não cumulatividade do tributo, fato este impossível de ocorrer nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de relação a bens do ativo imobilizado e bens para uso e consumo.

Em se tratando do conceito de “transferência” temos o enunciado por De Plácido e Silva, in, Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.423:

“transferência exprime sempre o ato por que as coisas mudam de lugar, ou de posição, ou o ato por que a posse, ou a propriedade das coisas, mudam de titular”.

Como se vê, inoocorre nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa a “mudança de titular”, tão somente a movimentação física, sem que ocorra a movimentação jurídica.

Pelo que analiso e convencido estou, discordo do ilustre Relator, acatando o que pretende a Recorrente de relação às infrações 02 e 04, julgando-as insubsistentes, para julgar PROCEDENTE EM PARTE, dando provimento parcial ao Recurso Voluntário, onde reduzo o valor lançado para o montante de R\$21.562,10, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	VALOR
01	R\$21.686,51
02	-O-
03	R\$875,59
04	-O-

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299904.0004/19-5**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.158,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infrações 2 e 4) – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Infrações 2 e 4) – Conselheiros(as): José Rosivaldo Evangelista Rios, Laís de Carvalho Silva e Leonel Araújo Souza.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR/VOTO VENCEDOR
(Infrações 2 e 4)

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – VOTO DIVERGENTE
(Infrações 2 e 4)

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS