

A. I. Nº - 299904.0008/19-0
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. PETROBRÁS
AUTUANTES - JUDSON CARLOS SANTOS NERI e TANIA MARIA SANTOS DOS REIS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/09/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-04/20-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO **a.1)** AQUISIÇÕES POR NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Item reconhecido. **a.2)** TRANSFERÊNCIAS POR NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Razões de defesa não elidem a autuação. Está demonstrado que há incidência de ICMS DIFAL nas transferências interestaduais consubstanciado inc. I, art. 12, da Lei Complementar nº 87/96. Entendimento sumulado pela Câmara Superior, na sessão de 29/08/2018, sob o nº 08. Item subsistente. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. **b.1)** AQUISIÇÕES POR NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Item reconhecido parcialmente. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Está demonstrado que o Contribuinte Autuado houvera pago o ICMS DIFAL de algumas das operações constante do demonstrativo de débito da autuação. Acatado em sede de Informação Fiscal pelos Autuantes. Item subsistente parcialmente. **b.2)** TRANSFERÊNCIAS POR NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Razões de defesa não elidem a autuação. Está demonstrado que há incidência de ICMS DIFAL nas transferências interestaduais consubstanciado inc. I, art. 12, da Lei Complementar nº 87/96. Entendimento sumulado pela Câmara Superior, na sessão de 29/08/2018, sob o nº 08. Item subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/09/2019, exige o débito no valor de R\$78.068,43, inerente ao ano de 2018, conforme demonstrativos e documentos às fls. 05 a 27 dos autos e CD/Mídia de fl. 28, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 06.01.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$22.113,50, 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 no exercício de 2018, conforme demonstrativos de fls. 12/13 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 28. Consta da descrição dos fatos tratar-se de aquisições por notas fiscais eletrônicas, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – 06.01.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$16.721,94, 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 no exercício de 2018, conforme demonstrativos de fls. 14/17 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 28.

Consta da descrição dos fatos tratar-se de transferências interestaduais por notas fiscais eletrônicas, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – 06.02.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$19.484,38, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo estabelecimento no exercício de 2018, conforme demonstrativos de fls. 18/21 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 28. Consta da descrição dos fatos tratar-se de aquisições por notas fiscais eletrônicas, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – 06.02.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$19.484,38, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo estabelecimento no exercício de 2018, conforme demonstrativos de fls. 22/26 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 28. Consta da descrição dos fatos tratar-se de transferências interestaduais por notas fiscais eletrônicas, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 32 a 40, através do seu patrono devidamente constituído, sua impugnação administrativa, em face do Auto de Infração epigrafado, com arrimo nos artigos 123 e 176, inc. I, “b”, do Decreto Estadual nº 7.629/99 (RPAF), pelas razões fáticas e jurídicas, conforme a seguir exposto.

Após destacar a tempestividade da defesa e a síntese das infrações imputadas, diz que, como esmiuçará a seguir, a autuação encontra-se envolta de máculas que conduzem à sua improcedência.

I. DA INFRAÇÃO 1 E 3: DILIGÊNCIA

Diz que, embora com redações distintas, reúnem-se as duas infrações em um único tópico em razão de ambas abrangerem a falta de recolhimento de ICMS DIFAL nas entradas de mercadorias adquiridas pelo estabelecimento.

Pontua que, em análise às notas fiscais listadas nas planilhas anexas ao Auto de Infração, verifica-se que a Fiscalização deixou de observar pagamentos realizados pela PETROBRAS. Portanto, diz fazer necessário a realização de perícia, tendo em vista a divergência entre os dados colhidos pela PETROBRAS e o obtido pelo Fisco.

Registra que é justamente para situações como estas que o art. 150, inc. I, do RPAF/BA orienta a realização de vistoria ou o exame de caráter técnico e especializado a fim de se esclarecer certos fatos.

Após traçar considerações em relação à disposição do art. 147, inc. II, “a” e “b”, observa que a perícia que se requer neste momento é a verificação, nos documentos fiscais, dos recolhimentos de ICMS DIFAL realizados pela PETROBRAS, com confronto com os valores relacionados no auto de infração, de modo a se evidenciar o fato alegado na defesa.

Neste contexto, apresenta quesito neste sentido a ser respondido pelo diligenciador. Também, de pronto, indica como assistente a sua Contadora Sandra Maria Schultz, matrícula 9624394, com endereço profissional Av. República Chile, nº 65, Centro, Rio de Janeiro/RJ, C.E.P.: 20031-912, reservando-se o direito de substitui-la se necessário (férias, licença-médica, etc.).

II. DA INFRAÇÃO 2 E 4: IMPROCEDÊNCIA

Diz que, por tratarem entradas de mercadorias por transferências interestaduais, também se agrupam as duas infrações epigrafadas em um único tópico, de modo a evitar repetições.

Com efeito, consigna que, em relação às infrações 2 e 4, não subsiste o Auto de Infração, porquanto se tratam de transferências interestaduais entre estabelecimento pertencentes ao mesmo titular, quem seja, a PETROBRAS.

Registra que não há dúvida de que as notas fiscais litadas nas planilhas - Anexo “B” e Anexo “D” – referem-se a transferência de mercadorias entre estabelecimento da PETROBRAS, como explicitado pela identificação nos CNPJ dos estabelecimentos emitentes e destinatários dos produtos. Para ilustrar o fato por amostragem, destaca exemplo no corpo da defesa à fl. 36 dos autos.

Diz que, em casos, como o presente, o próprio fato gerador do imposto em análise não ocorre. Destaca que o art. 155, inc. II, da CF/88 afirma que o ICMS incide sobre *“operações relativas à circulação de mercadorias sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*.

Neste contexto, diz que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não devem ser tributadas, como se fosse uma etapa autônoma da cadeia produtiva. Aduz que o que acaba de ser alegado está amplamente de acordo com a Teoria Geral do Direito Tributário, bem como com as normas constitucionais do próprio ICMS, que diz passar a aduzir.

Observa, então, que a regra matriz do ICMS exige atenção para o conteúdo do art. 155, inc. II, da CF/88, aparentemente desprezado por parte do Fisco. Diz que é está regra-tipo que traz a referência aos critérios, aspectos, elementos ou dados identificativos do tributo (operação, circulação, mercadorias), com a descrição normativa de um evento que, concretizado no nível das realidades materiais, fará impor o vínculo abstrato que o legislador estipulou na consequência.

Pontua que, assim é para cumprir-se a regra atinente à definição do fato gerador, constante em o art. 114, do CTN. Em relação ao ICMS, a situação definida em lei como necessária e suficiente, a constituir a hipótese de incidência do tributo, necessita, concomitantemente, dos seguintes elementos: (a) operação (vale dizer, negócio jurídico); (b) circulação (ou seja, transferência de titularidade do bem); (c) mercadoria (isto é, ato de mercancia, com fito de lucro).

Com base em ensinamento de estudiosos do direito, como Geraldo Ataliba e Horácio Villen Neto, sustenta que, na mera transferência de produto não há atos de circulação, mas mero deslocamento de produtos entre estabelecimentos (art. 1.142, do CC), sem modificação quanto à titularidade.

Neste contexto, diz que, na mera transferência de produtos entre estabelecimentos de um mesmo titular, não há qualquer ato de comércio, pois ninguém vende para si mesmo. Acrescenta que, se não pode falar em ato de comércio, tampouco há que se falar em mercadoria.

Frisa que o ICMS só pode e só deve incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos possuidores originários a outros e aos consumidores finais.

Diz que o imposto em tela incide sobre operações com mercadorias e não sobre simples “movimentação” de mercadorias. Aduz que, só a passagem de mercadorias de um titular para outro, por força da prática de um negócio jurídico, abre espaço à tributação por meio do ICMS.

Pontua que, nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se encontra consolidado na Súmula nº 166 da jurisprudência do próprio STJ e vem sendo reiterado em inúmeros julgados a exemplo do REsp 1.125.133/SP (DJe 10/09/2010 RTFP vol. 96, p392), que destaca parte da sua ementa.

Assim, diz que, a simples saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte não é hipótese de incidência do ICMS, como pretendido com suposta base no artigo 12, inc. I, da Lei Complementar nº87/96, pois não alcançada a escorreita exegese do mencionado dispositivo, que de ser sistematicamente interpretada com a hipótese de incidência prevista no artigo 2º que

contempla a circulação, ou seja, a passagem de mercadoria de uma para outra pessoa, mediante transferência de titularidade.

Registra que, a pretensão fiscal de identificar tributo numa mera transferência de produtos entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, esbarra na própria regra-matriz constitucional do ICMS.

Frisa que, não havendo circulação ou mercadoria, não havia operações sujeitas à incidência do ICMS e, portanto, não seria possível à Fazenda Pública imputar as infrações 2 e 4 à PÉTROBRAS, de modo merecerem o julgamento de total improcedência.

III. DOS REQUERIMENTOS

Pelo exposto, requer a produção de todos os meios de provas admitidos pelo direito, notadamente a diligência requerida para as infrações 1 e 3, sendo, ao final, julgado improcedente *in totum* o Auto de Infração, uma vez que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária, tampouco falta de pagamento do ICMS DIFAL.

Às fls. 49 a 50 dos autos, o Contribuinte Autuado ingressa com manifestação de defesa complementar em relação aos termos das Infrações 1 e 3 do Auto de Infração, em tela.

I. DO PAGAMENTO

Diz que, em relação ao PAF nº 299904.0008/19-0, na data de 28/11/2019, apresentou sua defesa administrativa impugnando integralmente o Auto de Infração, em tela. Ocorre que, sempre imbuída do espírito da cooperação e da boa-fé, apurou com maior rigor a imputação fiscal e acabou por inferir que é integralmente procedente a infração 1, assim como parcela expressiva da infração 3.

Por conseguinte, registra que efetuou o recolhimento do valor autuado com os eventuais descontos legais, cujas as provas diz apresentar em anexo à presente petição (Doc. 1)

Logo, diz que leva ao conhecimento deste CONSEF o fato novo, que acarreta a extinção integral da infração 1 e parcial da infração 3 (art. 156, I, do CTN).

II. DA IMPUGNAÇÃO PARCIAL DA INFRAÇÃO 3

Diz que os julgamentos dos Autos de Infração pelo CONSEF seguem o Decreto nº 7.629/99, que aprova o RPAF, onde, entre seus princípios inspiradores, como consignado no art. 2º, são, entre outros, os da verdade material, do informalíssimo e da garantia da ampla defesa.

Desse modo, muito mais importante do que o apego ao formalismo injustificado das formas é um processo administrativo tributário condizente com a Constituição Federal, no qual se prima trunfo da verdade real.

Diz que realmente, de nada adiantaria ignorar elementos materiais comprobatórios na esfera administrativa pelo fundamento temporal ou do modo pelos quais foram levados aos autos do PAF, porquanto tais provas ainda poderiam ser apresentadas na esfera judicial.

Por conseguinte, a PETROBRAS reitera que, de fato, cometeu equívocos, razão pela qual reconheceu a procedência parcial da Infração nº 3. Todavia, para algumas operações, há questões fáticas e legais que afastam a autuação, ora especificadas:

(a) Nota fiscal 505.577 de 05/04/2018: houve recolhimento do ICMS/DIFAL, no valor de R\$776,06 conforme Relatório de Diferencial de Alíquotas em anexo de abril de 2018 — doc. 2;

(b) Notas fiscais 942080, 17798, 2019, 16, 74589, 476: os bens adquiridos constituem equipamentos industriais. Portanto, para o cálculo do DIFAL, as alíquotas a serem aplicadas são aquelas previstas no ato normativo do CONFAZ, redundando nos seguintes valores:

b. 1 - INF 942080 de 24/05/2018: devido R\$852,26, contudo recolhido R\$881,53, ou seja, recolhido a maior (autuado R\$1.967,28);

c. 2. NF 17798, de 12/06/2018: devido R\$62,42, contudo recolhido R\$66,65, ou seja recolhido a maior (autuação R\$198,91);

- d. 3. NF 2019, de 19/06/2018: devido R\$1.180,34, contudo recolhido R\$1.180,24 diferença a recolher R\$ 0,10 (autuado R\$2.765,24);
- e. 4. NF 16 de 08/08/2018: devido R\$36,12, contudo recolhido R\$32,94 - diferença a recolher R\$ 4,23 (autuado R\$150,79);
- f. 5. NF 74589, de 30/10/2018: devido R\$72,49, contudo recolhido R\$ 0 — diferença a recolher R\$72,49 (autuado R\$151 ,98);
- g. 6. NF 46 de 20/12/2018: devido R\$74,20, contudo recolhido R\$75,74, ou seja, recolhido a maior (autuado R\$172,30).

Às fls. 61/65 têm-se a Informação Fiscal dos agentes Autuantes, onde trazem de forma resumida os termos da autuação, bem como as considerações de defesa, para em seguida assim posicionar:

Dizem deixar de analisar os argumentos da Autuada quanto à interpretação de normas legais aplicáveis aos fatos, por diversas vezes citadas em sua defesa.

Assim, registram que passarão restringir somente quanto a análise técnica e tributária da matéria em lide conforme abaixo, informando inicialmente que para desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização a respeito de divergências nos recolhimentos de impostos, foram emitidas as seguintes intimações DTE de no 132.764 de 10-07-2019 e 132.866 de 12-07-2019.

- Infração 01

Dizem que a Autuada reconheceu totalmente a infração 01 no valor de R\$13.758,78.

- Infrações 02 e 04

Dizem que apresentam os argumentos conjuntamente porque, conforme descrito pela própria defesa: “*Por tratarem de entradas de mercadorias por transferências interestaduais, também se agrupam as duas infrações em um único tópico, de modo a evitar repetições (...)*”.

Registraram que a Autuada argumenta improcedência das infrações discorrendo sobre vasta Literatura do Direito, apresentando citações de diversos autores, finalizando com a citação que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça já se encontra consolidado na Súmula no 166 da jurisprudência daquela Corte.

Consignam que se eximem de opinar sobre a vasta Literatura apresentada, exceto quanto a Súmula 166. Dizem que a referida Súmula não é vinculante, além de ser anterior à Lei Complementar (LC) 87/1996, chamada Lei Kandir, à qual a Constituição Federal delegou poderes para dispor sobre normas gerais do ICMS. A LC 87/1996 em seu artigo 12 e 13, assim prevê:

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;

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

§ 40 Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I-o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II- o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III- tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Portanto, dizem que está previsto tanto o fato gerador como a base de cálculo do ICMS para operações de transferência interestadual.

Frisam que Lei Estadual do ICMS, que define esta questão, em seu art. 40, inc. I, ao estabelecer a regra do momento da ocorrência do fato gerador do imposto:

Art. 40 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;

Sendo assim, dizem que a alegação de não incidência do ICMS nas operações de transferências de mercadorias para estabelecimentos do mesmo contribuinte não subsiste, destarte essas operações são definidas na legislação como tributadas, nos termos da Constituição Federal, Lei Complementar no 87/96 e Lei Estadual no 7.014/96.

Desse modo mantém a autuação na integra das infrações 02 e 04

• Infração 03

Pontuam que a Autuada reconheceu parcialmente a infração 03 no valor de R\$13.384,59, e reitera que, de fato cometeu equívocos. Todavia, para algumas operações há questões fáticas e legais que afastam a autuação, que aduzem analisar seus argumentos apresentados individualmente.

Após analisar individualmente os argumentos de defesa na forma descrito às fls. 64/65 dos autos, apresenta novo demonstrativo de débito, para a Infração 03 de fls. 66/69, que totaliza o valor R\$13.377,48.

Às fls. 77/79 vê-se extrato do Sistema SIGAT - “*Detalhe de Pagamento do PAF*” - relativo aos valores reconhecidos do Auto de Infração, em tela.

À fl. 79, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova, que caracterize a ilicitude ou inexistência do ato gravoso das infrações 1 e 3, em relação a algumas operações, dado a Fiscalização ter deixado de observar alguns pagamentos do ICMS DIFAL, como arguindo pelo defendantem em sede de defesa, na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, vez que o próprio sujeito passivo, imbuída do espírito da cooperação e da boa-fé, em momento seguinte, acostou uma manifestação de defesa complementar, em que alega ter apurado com maior rigor a imputação fiscal e acabou por inferir que, de fato, é integralmente procedente a infração 1 e parcialmente procedente a infração 3, com a indicação das operações que estariam sendo cobradas de forma indevida, em que os agentes Fiscais, em sede de Informação Fiscal, acataram na sua totalidade, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Relativamente às infrações 2 e 4 não há, nos autos, qualquer pedido de diligência do sujeito passivo no que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, nem tampouco arguição de nulidade, o que, de fato, existe é arguição de improcedência por tratarem de entradas de mercadorias decorrente de transferências interestaduais entre estabelecimento pertencentes ao mesmo titular, que entendem não ser devido o imposto (ICMS) cobrado, em que, a seguir, passo a manifestar no mérito, inclusive em relação às infrações 1 e 3 do Auto de Infrações, em tela.

O Auto de Infração resultou de uma ação fiscal realizada por Auditores lotados na Unidade SAT/COPEC, decorrente do cumprimento da O.S. 502642/19, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, constataram que o Contribuinte Autuado deixou de efetuar o recolhimento do imposto (ICMS) decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na

aquisição/transferência de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, isso em relação as infrações 1 e 2; e destinadas ao consumo, também, do próprio estabelecimento, isso em relação as infrações 3 e 4, decorrentes de operações ocorridas no ano de 2018, conforme demonstrativo de débito de fls. 12/26 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 28, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

No mérito, em relação as infrações 1 e 3 que tratam da falta do recolhimento do ICMS DIFAL na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e uso ou consumo do próprio estabelecimento, respectivamente, não há lide, vez que, como destacado anteriormente, o sujeito passivo acostou aos autos, às fls. 49/50, manifestação reconhecendo integralmente procedente a infração 1, assim como parcela expressiva da infração 3, onde, de pronto, manifesto pela procedência da infração 1, por não haver mais lide na autuação, inclusive com informação de pagamento na forma do documento de fls. 52 e 52-v dos autos.

Em relação a infração 3, o sujeito passivo, de fato, reitera, na manifestação complementar de fl. 49/50 dos autos, ter cometido equívocos em algumas das operações constantes do demonstrativo de débito da autuação, razão pela qual reconheceu a procedência parcial da autuação. Todavia, para algumas operações, traz aos autos, mais especificamente à fl. 50, questões fáticas e legais que diz afastar a autuação, tipo “*já ter efetuado o pagamento do ICMS DIFAL cobrado*”, ou mesmo, “*por alguns dos bens adquiridos que constituírem equipamentos industriais, o cálculo ICMS DIFAL não seria o efetuado pelos autuantes, e nesse caso, demonstram, apurando pelo cálculo que entendem correto, o pagamento do ICMS DIFAL já houvera ocorrido na totalidade.*”

Em sede de Informação Fiscal, os agentes Autuantes, após analisar individualmente os argumentos de defesa apresentado pelo sujeito passivo, dizem concordar com os argumentos defensivos, alterando a infração 3 do valor originalmente lançado de R\$19.484,38 para o valor de R\$13.377,48, na forma do demonstrativo abaixo, menor, inclusive, que o valor reconhecido e pago de R\$13.384,59, conforme documento de fls. 52 e 52-v dos autos.

DataOcorr	Data Veneto	Valor Histórico Lançado (fl.2)	Valor Histórico Julgado (fl.66/69)
31/01/2018	09/02/2018	1.302,51	1.302,51
28/02/2018	09/03/2018	1.623,13	1.623,13
31/03/2018	09/04/2018	16,30	16,30
30/04/2018	09/05/2018	786,72	10,66
31/05/2018	09/06/2018	3.255,99	1.288,71
30/06/2018	09/07/2018	3.643,34	679,19
31/07/2018	09/08/2018	5.932,34	5.932,34
31/08/2018	09/09/2018	534,16	386,54
31/10/2018	09/11/2018	2.196,61	2.117,11
30/11/2018	09/12/2018	20,98	20,98
31/12/2018	09/01/2019	172,30	0,00
Total da Infração 3		19.484,38	13.377,48

Desta forma, não vendo nada que desabone as alterações da infração 3, pelos agentes Autuante, porquanto as considerações de defesa, coaduno com o valor remanescente da autuação no montante de R\$13.377,48. Infração 3 subsistente parcialmente na forma do demonstrativo de débito acima destacado.

As infrações 2 e 4, no mérito, diz respeito a falta do recolhimento do ICMS DIFAL nas transferências de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e uso ou consumo do próprio estabelecimento, em que, o sujeito passivo argui suas improcedências dado tratarem de transferências interestaduais entre estabelecimento pertencente ao mesmo titular.

Entende o sujeito passivo que a mera transferência de produtos não há atos de circulação, mas mero deslocamento de produtos entre estabelecimentos sem modificação de titularidade. Diz que

o ICMS incide sobre operações com mercadorias e não sobre a simples “*movimentação*” de mercadorias. Pontua que a simples saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte não é hipótese de incidência do ICMS.

Passo, então a manifestar sobre tal arguição. Pois bem! Não é o que interpreto da legislação. Não há como considerar que as operações de transferências para estabelecimento do mesmo contribuinte situado em outra unidade da Federação se tratam de operação realizada com não incidência do imposto, independentemente do regime de apuração do ICMS em que venha inserir o sujeito passivo, vez que estas operações de transferências estão sob a égide do inc. I, art. 12, da Lei Complementar nº 87/96, que dispõe sobre o imposto em operações relativas à circulação de mercadorias interestadual e intermunicipal das unidades Federativa do Brasil, e considera, sim, a ocorrência do fato gerador do ICMS em operações de saída de mercadorias de contribuinte, “*ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”, conforme a seguir destacado:

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; (Grifos acrescidos)

E no caso dos autos,vê-se a determinação expressa de sua incidência na disposição do inc. IV, do art. 2º, da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, com a redação dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/2015 na forma seguir:

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. (Grifos acrescidos)

Art. 2º O ICMS incide sobre:(Grifos acrescidos)

IV - as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto; (Redação do inciso dada pela Lei Nº 13373 DE 21/09/2015).

Não obstante o disposto no inc. I, art. 12, da Lei Complementar nº 87/96, vale registrar que aqui na Bahia a legislação tributária já se aceita a não incidência do ICMS, para as transferências internas, do mesmo titular, dentro do Estado, dado o efeito do débito e do crédito intrínseco do princípio na não cumulatividade do ICMS, não trazer qualquer prejuízo aos cofres do Estado, com manifestação favorável da Procuradoria Geral do Estado (PGE), que editou o **Incidente de Uniformização nº 2016.169506-0**, com o seguinte enunciado: “*não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”.

Todavia, não se aplica as operações objeto das infrações 2 e 4 integrantes do Auto de Infração, em tela, objeto em análise, pois não se trata de transferências internas, mas sim de transferências interestaduais, ou seja, de unidades estabelecidas em outras unidades da Federação para a unidade estabelecida, aqui, no Estado da Bahia.

Friso que este é o entendimento prevalecente nas decisões deste Conselho de Fazenda, sumulado pela Câmara Superior, na sessão de 29/08/2018, sob o nº 08, embasado no art. 155, inciso II, da Constituição Federal, de 1988, dados os precedentes jurisprudenciais dos Acórdãos CJF nºs A-0344-11/17, A-0359-12/17, A-0224-12/17, A-0361-11/17, A-0333-11/17, A-0339-11/17, A0355-11/17, A-0357-12/18, A-0345-11/17, A-0356-12/18.

Observo, também, que decisões do STJ não tem efeito vinculante e temos de ater a nossa legislação que, na forma do art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, com a redação do inciso dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/2015, reza que o ICMS incide sobre operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto.

Em sendo assim, consoante o que se observa da acusação, estando devidamente capitulada a acusação fiscal na legislação pertinente, resta procedente as infrações 2 e 4 do Auto de Infração, em tela. Infrações 2 e 4 subsistentes.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme a seguir:

INFRAÇÃO	VALOR LANÇADO	VALOR JULGADO	OBSERVAÇÃO
INFRAÇÃO 01 – 06.01.01	13.758,78	13.758,78	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 02 – 06.01.01	16.721,94	16.721,94	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 03 – 06.02.01	19.484,38	13.377,48	PROC EM PARTE
INFRAÇÃO 04 – 06.02.01	28.103,33	28.103,33	PROCEDENTE
TOTAL	78.068,43	71.961,53	

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 299904.0008/19-8, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.961,53**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA