

PROCESSO - A. I. Nº 269139.0005/17-0
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0203-02/18
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/05/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0068-11/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. OPERAÇÕES DESTINADAS AO ATIVO FIXO. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS ENTRE INTERNAS E INTERESTADUAIS. **a)** PAGAMENTO EFETUADO A MENOR. **a.1)** TRANSFERÊNCIAS ENTRE FILIAIS. Comprovado o recolhimento do tributo, o valor correspondente deve ser excluído da autuação remanescendo aqueles efetivamente devidos. Decisão com repercussão geral não possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, em regra. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo CONSEF. Infrações 1 e 3 subsistente. Mantida a Decisão recorrida. **a.2)** AQUISIÇÕES DE TERCEIROS. **b)** FALTA DE PAGAMENTO. **b.1)** TRANSFERÊNCIAS ENTRE FILIAIS. **b.2)** AQUISIÇÕES DE TERCEIROS. Realizado em diligência ao autuante para analisar as notas fiscais e alegações do contribuinte, procedeu com a revisão fiscal, reconhecendo parte dos fundamentos apresentados, sendo acatada pela recorrente, o resultado da diligência, com a ressalva de que a Nota Fiscal nº 8899-1 por estar no mesmo contexto fático das operações excluídas, deveria também ser retirada da autuação. Infrações 2, 4 e 5 parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 26/12/2017, o qual exige crédito tributário de ICMS no valor histórico de R\$2.048.653,20 em razão das seguintes irregularidades:

*INFRAÇÃO 1 (06.01.01) - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. **DIFAL PAGO A MENOR REFERENTE TRANSFERÊNCIAS ENTRE FILIAIS.** Anexo: DEMONSTRATIVO DO DIFAL PAGO A MENOR RELATIVO A ENTRADA DE MERCADORIAS RESULTANTES DE TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS CONSIDERADAS PELO CONTRIBUINTE COMO SENDO ATIVO IMOBILIZADO, nos meses de fevereiro, maio a novembro de 2013. Valor Histórico: R\$27.233,72. Multa de 60% - Art. 42, II, “f”;*

*INFRAÇÃO 2 (06.01.01) - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. **DIFAL PAGO A MENOR REFERENTE AQUISIÇÕES DE TERCEIROS.** Anexo: DEMONSTRATIVO DO DIFAL PAGO A MENOR RELATIVO A AQUISIÇÕES CONSIDERADAS PELO CONTRIBUINTE COMO SENDO ATIVO IMOBILIZADO, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$88.344,39. Multa de 60% - Art. 42, II, “f”;*

*INFRAÇÃO 3 (06.01.01) - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. **DIFAL NÃO PAGO RELATIVO A TRANSFERÊNCIAS ENTRE FILIAIS.** Anexo: DEMONSTRATIVO DO DIFAL NÃO PAGO RELATIVO ÀS ENTRADAS POR TRANSFERÊNCIAS DE*

MATERIAL DE CONSUMO [CFOP 6557] CONSIDERADOS PELO CONTRIBUINTE COMO SENDO ATIVO IMOBILIZADO, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$56.096,61. Multa de 60% - Art. 42, II, “f”;

INFRAÇÃO 4 (06.01.01) - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ANEXO: Demonstrativo do DIFAL não pago relativo às aquisições de mercadorias consideradas pelo contribuinte como sendo Ativo Imobilizado, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$1.854.320,29. Multa de 60% - Art. 42, II, “f”;

*INFRAÇÃO 5 (06.01.01) - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. **DIFAL NÃO PAGO RELATIVO A AQUISIÇÕES DE TERCEIROS.** Anexo: **DEMONSTRATIVO DO DIFAL NÃO PAGO RELATIVO A AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CONSIDERADAS PELO CONTRIBUINTE COMO SENDO ATIVO IMOBILIZADO**, nos meses de janeiro a novembro de 2013. Valor Histórico: R\$22.658,19. Multa de 60% - Art. 42, II, “f”;*

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência, por unanimidade, com base nos seguintes fundamentos:

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Verifico que apesar do lançamento estar segregado em cinco infrações, refere-se ao mesmo fato gerador, posto que decorram da falta de recolhimento ou recolhimento a menos, relativo ao ICMS incidente em suas entradas de bens destinados ao ativo imobilizado da Impugnante a título de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Nessa esteira, as infrações 1 e 3 referem-se ao diferencial de alíquotas devido em vista de entradas de ativo imobilizado decorrentes de operações de transferências interestaduais, já as infrações 2, 4 e 5 refletem diferencial de alíquotas devido em vista de entradas de ativo imobilizado decorrentes de aquisições de terceiros estabelecidos em outras unidades da federação.

Analizando a preliminar de nulidade suscitada pela defesa com fulcro em alegação de que ocorreu cerceamento do direito de defesa e do contraditório, haja vista afirmar que a exigência envolveu centenas de notas fiscais, o que demandou grande dificuldade para a análise individual de cada documento envolvido na acusação, resultando em ter dificultado a defesa, sobretudo quanto a necessidade de ser apresentada no prazo regulamentar, o que foi exacerbado pelo fato de o presente auto de infração foi lavrado em meio a outras dezenas de autos de infração na mesma oportunidade, o que afirma ter tornado materialmente impossível a apresentação da respectiva impugnação.

Afasto esta preliminar de nulidade, pois o prazo regulamentar afeta a todos, posto que a generalidade se trate de uma característica intrínseca da lei, haja vista que deve dirigir-se, abstratamente, a todos. Não havendo cabimento buscar lastro em uma exigência prevista em norma para fundar uma arguição de nulidade, esse argumento inexoravelmente encerra, portanto, uma antinomia.

Ademais, é cediço que o prazo para apresentação de matéria probante não é absoluto, ex vi do §§ 5º e 6º do art. 123 do RPAF, que reproduz a seguir:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

§ 6º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior.”

Deste modo, não há falar em cerceamento do direito de defesa em função da quantidade de documentos envolvidos e prazo exíguo, sobretudo considerando a legislação posta acima e o fato de que já se passaram mais de um ano da lavratura e durante esta intercorrência temporal poderia a qualquer tempo a defesa suprir os autos com os elementos que lhe fossem pertinentes, porém nada apresentou.

Não socorre a defesa também a segunda arguição de nulidade que se fundamenta na alegação de que o Autuante compilou diversas supostas infrações fiscais em um único auto de infração, pois o que se verifica da peça vestibular é que se funda em apenas uma infração, a qual por questões didáticas, inclusive para facilitar a cognição e por conseguinte a defesa fora diluída em cinco partes respeitando a composição explicada preliminarmente acima. Deste modo, pelos motivos já explicitados anteriormente, também não acolho a arguição de nulidade em tela.

Pelo exposto, decido também indeferir o pedido de diligência e perícia por entender que os elementos constantes dos autos permitem a perfeita cognição sobre o feito.

Adentrando a análise dos argumentos defensivos de mérito, fixo-me inicialmente na alegação de que descaberia a incidência de ICMS sobre as operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, fundada no pressuposto de que transferência não constitui fato gerador do ICMS, razão pela qual também não haveria o que se falar em pagamento de diferencial de alíquotas.

Trata-se de tema que conta com regramento sedimentado no ordenamento jurídico posto, pois desde a edição da Lei Complementar 87/96 encontra-se textualmente prevista a inclusão das transferências entre estabelecimentos de mesmo titular como fato gerador do ICMS, haja vista que a referida Lei Complementar, com manto de permissivo constitucional, deu o norte sobre a incidência do imposto (art. 2º), ressaltando de que “a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitui” (§ 2º do art. 2º) e, quando aborda o local da operação ou prestação, para os efeitos da cobrança do imposto, e definição do estabelecimento responsável (art. 11) no seu § 3º, II considera “autônomo cada estabelecimento do mesmo titular”.

Indo adiante, o seu art. 12, I determina que a ocorrência do fato gerador do imposto se dá no momento da saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, sendo que a base de cálculo do imposto é o “valor da operação” (art. 13, I). E ainda dispõe em seu art. 13, § 4º sobre critérios de determinação da base para o cálculo 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.

Não há falar também que a Súmula 166 do STJ afasta a incidência do ICMS nas operações de transferência, porquanto é sabido que esta súmula foi editada num cenário jurídico anterior a edição da LC 87/96, a qual conforme demonstrado acima, prevê a referida incidência tornando ineficaz a aplicação da referida súmula 166.

Assim, resta peremptório o descabimento desta alegação defensiva de impossibilidade de incidência do ICMS nas operações de transferências, e inexorável à conclusão de que está absolutamente correto o procedimento fiscal em exigir o diferencial de alíquota sobre as operações de entradas de origem interestadual por transferência do ativo imobilizado que se materializaram nas infrações 01 e 03.

Passando a analisar a alegação de que ocorreram devolução e cancelamento de compras que seriam situações fáticas que representariam o desfazimento do negócio e, portanto mitigariam a circulação da mercadoria e, por conseguinte, o fato gerador do ICMS objeto da presente exação fiscal, resalto que em tese não é possível discordar da assertiva defensiva, todavia, se faz mister registrar que a defesa não ultrapassou o limite teórico de sua alegação, pois nada apresentou de concreto que possa macular o levantamento fiscal que tenha fundamento em seu argumento de que houve cancelamento ou devolução de bens que foram objeto da autuação demandada. Deste modo reitero a subsistência da acusação fiscal.

Examinada a planilha apensada à fl. 128, decorrente da missiva da defesa constante da fl. 118, na qual informa estar apresentado os referidos arquivos por conta da intimação s/nº referente código de mensagem nº 31296, nada verificamos que pudesse trazer novos elementos ao deslinde da questão.

Destarte, ultrapassada as teses defensivas e considerando que nenhum questionamento apreciável foi externado quanto ao cálculo apresentado nos autos, voto pela procedência do presente Auto de Infração.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso com base no que alega:

Quanto às infrações 01 e 03, afirma a não incidência do ICMS sobre as operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Afirma a autuação que o Contribuinte teria deixado de recolher ou recolheu a menor o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (ICMS/DIFAL), na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente às transferências entre filiais, no período de 01/2013 a 12/2013.

Explica a recorrente que as notas fiscais que se referem a transferência de ativo imobilizado entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não podem embasar a autuação, tendo em vista que essa transferência não constitui fato gerador do ICMS, razão pela qual também não há que se falar

em pagamento de diferencial de alíquotas (DIFAL).

Destaca que o tema em questão vem sendo apreciado sistematicamente pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdãos recentes, perfilhando-se a mesma linha de entendimento já consolidada na Súmula nº 166 daquela Corte. No entanto, a Decisão recorrida foi pela manutenção do lançamento, utilizando-se de critérios manifestamente desconformes à legislação tributária e à Constituição Federal.

Cita julgamento do Resp. 1.125.133/SP em 25/08/2010 (DJe 10/09/2010 RTFP vol. 96 p. 392), sob o rito do julgamento de recursos especiais repetitivos, no qual o STJ sedimentou definitivamente que:

1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, **não se subsume à hipótese de incidência do ICMS**, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.
2. Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, conforme já preconizado pela Súmula 166 daquela Corte Superior.
3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida no art. 155, II, da Constituição Federal, e a circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à **circulação jurídica**, que pressupõe efetivo **ato de mercancia**, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.
4. O ICMS incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias, pois tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física).

Assim, entende a recorrente que todos os argumentos adotados pela decisão administrativa são insubsistentes, a começar pela sustentação de que a Lei Complementar nº 87/196 daria guarida a tal pretensão em seus arts. 2º, § 2º, 11, § 3º, II, 12, I, 13, I e §4º.

Reforça que o Supremo Tribunal Federal também possui entendimentos consolidados no mesmo sentido defendido pela contribuinte e que a Suprema Corte já não tolera a insistência dos Estados em cobrar ICMS na hipótese em tela, o que pesa contra o Estado da Bahia, caso insista nesta linha de comportamento, pois a Fazenda Baiana já recorreu anteriormente ao Supremo, e teve seu recurso rejeitado, no ARE 824.167 AgR/BA, em que se decidiu o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO CONTRIBUINTE. FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, ainda que localizados em unidades distintas da Federação, não constitui fato gerador do ICMS. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

As infrações 01, 02 e 04 tratam de falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS-DIFAL nas entradas por aquisições e transferências interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, adquiridas de terceiros.

A defesa pontua que não procede a arguição de recolhimento a menor, tendo em vista que o recolhimento do diferencial de alíquotas foi feito na forma regular, não se identificando diferenças a recolher.

No tocante à alegação de dados concretos que fundamentem a insurgência em questão, salienta a recorrente que houve o indeferimento do meio de prova requerido pela Petrobrás (perícia fiscal). Essa circunstância enseja o cerceamento do direito de defesa, pois, para demonstração do fato ora suscitado, faz-se necessária a realização de perícia, tendo em vista a divergência em relação às planilhas elaboradas pela fiscalização.

Destaca que o art. 2º do RPAF prevê que na instrução e decisão do processo deve-se atender ao princípio da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa. Por esse motivo,

valendo-se do direito de petição em defesa de direitos (art. 5º, XXXIV, a, da CF), requer-se sejam considerados os seguintes aspectos no julgamento do Recurso Voluntário, inclusive para reforçar o pedido de prova formulado em defesa:

Infração 02:

- Notas Fiscais nºs 1208 e 6667 (R\$ 148,93): o ICMS/DIFAL foi corretamente recolhido, de acordo com o Relatório de Diferencial de Alíquotas de 04/2013 e 06/2013.
- Nota Fiscal nº 6820 (R\$ 33,35): verificou-se que a SEFAZ/BA calculou o imposto devido com a aplicação de alíquota incorreta de DIFAL de 12,12%, enquanto a correta seria de 10%. Portanto, o ICMS/DIFAL foi corretamente recolhido pela Petrobrás.
- Notas Fiscais nºs 2592 / 3041 / 4478 / 13131 / 45041 / 48838 / 49350 / 49644 / 49853 / 49888 / 51273 / 51305 / 51679 / 52201 / 53193 / 103927 / 104290 / 104811 / 105437 / 106292 / 106293 / 106601 / 108271 / 108420 (R\$ 45.499,59): estão enquadradas no Programa DESENVOLVE, portanto o ICMS/DIFAL é diferido para o momento das saídas das mercadorias, conforme notas fiscais anexas.
- Notas Fiscais nºs 166526, 828 e 1312 (R\$ 1.073,00): não incidência do ICMS/DIFAL, uma vez que as mercadorias estão enquadradas no Convênio nº 52/91 e são provenientes de Estados cuja alíquota interestadual (Cláusula primeira, I, “b”) é igual à alíquota interna (Cláusula primeira, II), de 8,8%.
- Notas Fiscais nºs 22119 e 24515 (R\$ 212,43): a Petrobrás recolheu o DIFAL a maior, uma vez que as mercadorias estão enquadradas no Convênio 52/91.

Infração 04:

- Nota Fiscal amparadas no Programa DESENVOLVE (R\$ 980.547,49): as notas fiscais relacionadas na planilha anexa, na aba “Infr 4-DIFAL não pago”, coluna “V”, com informação de “DESENVOLVE”, estão enquadradas no Programa DESENVOLVE, portanto, o ICMS/DIFAL é diferido para o momento das saídas das mercadorias. Em anexo, cópias das notas fiscais.
- Nota Fiscal nº 3907 (R\$ 87,63): o DIFAL foi corretamente recolhido por substituição tributária, conforme cópia da nota fiscal.
- Nota Fiscal nº 19598 (R\$ 5.464,03): a mercadoria está enquadrada na redução de base de cálculo de que trata o art. 266, XIII, “d” do RICMS/BA, cujo DIFAL é devido à alíquota de 5% e não de 10%.
- Notas Fiscais nº 2613, 2614 e 162807 (R\$ 915,20): as mercadorias estão enquadradas no Convênio nº 52/91 e são provenientes de Estados cuja alíquota interestadual (Cláusula primeira, I, “b”) é igual a alíquota interna (Cláusula primeira, II) de 8,8%.
- Nota Fiscal nº 164312 (R\$ 28,59): verificou-se que parte do DIFAL (R\$ 14,04) foi recolhido conforme Relatório de Diferencial de Alíquotas de 07/2013. Além disso, a mercadoria está enquadrada no Convênio nº 52/91 e é proveniente de Estado cuja alíquota interestadual (Cláusula primeira, I, “b”) é igual a alíquota interna (Cláusula primeira, II) de 8,8%, portanto, não incide o ICMS/DIFAL.

Infração 05:

- Nota Fiscal nº 817 (R\$ 126,33): a mercadoria está enquadrada no Convênio nº 52/91, cuja alíquota de DIFAL será de 3,66% e não de 10% conforme aplicado pela SEFAZ/BA.

Assim, assevera ter demonstrado o desacerto na manutenção das infrações 02, 04 e 05, na medida em que já se identifica inúmeros de recolhimentos e desacertos de cálculo quanto à incidência de Convênios do ICMS, do Programa DESENVOLVE e do RICMS. Por isso, para demonstração do fato ora suscitado, faz-se necessária a realização de perícia, tendo em vista a divergência em relação às planilhas elaboradas pela fiscalização.

Assim, salienta necessidade de perícia para verificação, nos documentos fiscais, dos recolhimentos de ICMS-DIFAL realizados pela contribuinte, em confronto com os valores

relacionados no Auto de Infração, de modo a se evidenciar o fato alegado em defesa.

Por fim, pugna a Recorrente pelo conhecimento e integral provimento do presente Recurso Voluntário, para o fim de reformar o r. Acórdão proferido pela Junta de Julgamento Fiscal, declarando-se a improcedência das infrações 01, 02, 03, 04 e 05, com a desconstituição do lançamento fiscal ali consubstanciado.

Em sessão de julgamento realizada em 26/06/2019, levando em considerações as questões trazidas quanto às infrações 02, 04 e 05, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência ao autuante para que este procedesse com a devida averiguação dos documentos apresentados.

Em resposta (fls. 181/188), o autuante, minudentemente, analisou a documentação e as alegações da recorrente, reconhecendo parcialmente as razões de defesa. Assim, a infração 02 passou a valorar em R\$34.638,79, a infração 04 em R\$120.402,15 e a infração 05 em R\$22.578,10.

Em manifestação, a recorrente pontua as notas fiscais que foram retiradas e informa que a Nota Fiscal nº 8899-1 por estar no mesmo contexto fático das operações excluídas, deveria também ser retirada da autuação. Mantém as razões de mérito quanto às infrações 01 e 03.

VOTO (Vencido quanto às infrações 1 e 3)

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de 05 infrações, já mencionadas no relatório acima, as quais serão devidamente analisadas nesta oportunidade.

No pertinente às infrações 01 e 03, as quais versam sobre diferencial de alíquotas em transferências entre filiais de ativo imobilizado, no período de 01/2013 a 12/2013, entendo que assiste razão os fundamentos apresentados pela recorrente, tendo em vista que tais transferências não constituem fato gerador do ICMS, razão pela qual também não há que se falar em pagamento de diferencial de alíquotas (DIFAL).

Tal afirmativa reflete o entendimento da Súmula nº 166 do STJ, assim como a sua própria jurisprudência, que no julgamento do REsp 1.125.133/SP em 25/08/2010 (DJe 10/09/2010 RTFP vol. 96 p. 392), sob o rito do julgamento de recursos especiais repetitivos, definiu que o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS.

Seguindo a mesma linha, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado reconhecendo a não incidência de ICMS nas transferências entre estabelecimentos de um mesmo titular. A recorrente apresenta, inclusive, decisão que pesa contra o Estado da Bahia, onde a Fazenda Baiana teve seu recurso rejeitado, no ARE 824.167 AgR/BA, em que se decidiu o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO CONTRIBUINTE. FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, ainda que localizados em unidades distintas da Federação, não constitui fato gerador do ICMS. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal certificou em 14/10/2020 o trânsito em julgado, ocorrido em 10/10/2020, do acórdão de mérito da questão constitucional suscitada no Leading Case ARE 1255885, do respectivo Tema 1099, cuja tese confirmou que não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.

Deste modo, entendo pela Improcedência das infrações 01 e 03.

Quanto às infrações 02, 04 e 05, atinentes à falta de recolhimento do ICMS-DIFAL, a recorrente pontuou minudentemente que não foram consideradas algumas notas fiscais, as quais demonstrariam que não houve a falta de recolhimento do imposto cobrado, pontos estes já mencionados no relatório acima.

Com base nas informações trazidas, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência ao

autuante que, ao analisar as notas fiscais e alegações do contribuinte, procedeu com a revisão fiscal, reconhecendo parte dos fundamentos apresentados. A própria recorrente, em manifestação posterior, acatou o resultado da diligência, com a ressalva de que a Nota Fiscal nº 8899-1 por estar no mesmo contexto fático das operações excluídas, deveria também ser retirada da autuação.

Da análise das planilhas e documentos, não verifiquei a nota fiscal ora mencionada pelo contribuinte. Assim sendo, se for o caso, o contribuinte poderá ingressar com o Controle da Legalidade junto à PGE.

Compulsando a diligência realizada, verifico as reduções são reflexo da própria verdade material dos fatos, eis que restou demonstrado o recolhimento parcial das operações, remanescendo as infrações 02, 04 e 05, com base nos demonstrativos acostados às fls. 186, 187 e 188, respectivamente. Assim, o valor das infrações citadas, fica conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	INFRAÇÃO 2		INFRAÇÃO 4		INFRAÇÃO 5	
	V LANÇADO	VL REMAN.	V LANÇADO	VL REMAN.	V LANÇADO	VL REMAN.
JAN/2013	2.732,41	2.732,41	5.503,11	819,21	2.840,08	2.759,99
FEV/2013	3.655,89	1.317,78	128.641,33	0,00	814,13	814,13
MAR/2013	9.806,52	2.614,28	50.635,90	8.545,94	811,66	811,66
ABR/2013	8.508,70	5.045,31	134.654,30	147,08	1.930,72	1.930,72
MAI/2013	12.603,41	1.114,20	132.831,45	5.222,82	4.170,12	4.170,12
JUN/2013	7.477,44	864,70	187.532,14	70.140,39	2.111,51	2.111,51
JUL/2013	7.065,18	65,31	291.180,27	149,11	635,00	635,00
AGO/2013	8.339,17	5.604,56	176.557,11	11.293,26	495,59	495,59
SET/2013	13.763,17	2.775,18	184.889,03	1.362,81	8.165,00	8.165,00
OUT/2013	801,40	778,79	350.712,34	11.198,88	374,20	374,20
NOV/2013	3.736,02	2.117,55	125.214,72	1.278,62	310,18	310,18
DEZ/2013	9.855,08	9.608,72	85.968,59	10.244,03	0,00	0,00
Total	88.344,39	34.638,79	1.854.320,29	120.402,15	22.658,19	22.578,10

Assim, pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 01 e 03)

Com o devido respeito, apesar de concordar com a relatora quanto à inconstitucionalidade da tributação das transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, divirjo do voto por uma questão meramente formal.

Entendo que a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, ao insistir na previsão da incidência do ICMS sobre este fato caracteriza o expediente conhecido como “superação legislativa da jurisprudência” quanto ao entendimento consolidado pelo enunciado nº 166 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, não há qualquer ilegalidade nesta conduta, que é inerente às prerrogativas do Poder Legislativo, embora a nova norma não esteja imune a uma posterior revogação pelo Poder Judiciário, caso persista sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico, sobretudo com a Constituição Federal.

Neste sentido, inclusive, a matéria já foi objeto de novas decisões do STJ e do STF, culminando com a recente fixação do Tema 1099 de Repercussão Geral, por este último, reconhecendo que “*Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia*”.

Mas, não vislumbro como aplicar o entendimento ao caso presente, neste momento, por não haver previsão legal de eficácia vinculante ou *erga omnes* para decisões proferidas em sede de recursos repetitivos ou repercussão geral. O texto constitucional somente estipula estas consequências para os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública de qualquer esfera quando trata das decisões definitivas proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade (ADC) ou de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), conforme art. 102, § 2º da CF/88.

Portanto, tecnicamente, a inconstitucionalidade pronunciada em sede de controle difuso de

constitucionalidade somente passa a produzir efeito *erga omnes* após a suspensão da sua execução, por Resolução do Senado Federal, como previsto no inciso X, do art. 52 do STF, no meu sentir.

Convém anotar que, apesar disso, a doutrina vem reconhecendo a eficácia vinculante contra todos dessas decisões, a despeito do CPC/15 não a atribuir expressamente, considerando que a sistemática processual vigente (notadamente os arts. 1.039 e 1.040 do CPC/15) levará decisões contrárias ao entendimento fixado em sede de repercussão geral a serem reformadas, ainda que em última instância, o que representa verdadeiro desperdício de tempo e de recursos financeiros públicos.

Na mesma linha, ao julgar a ADI 3470 (Rel. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe 31/01/2019), o Supremo indicou uma mudança de compreensão no sentido de não mais se reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo legal, mas, da norma em si, ou seja, da matéria sobre a qual ela avança.

Ocorre que, embora reconheça que é totalmente contraproducente admitir que possa persistir um Auto de Infração sobre matéria que já possui entendimento contrário decidido com repercussão geral reconhecida pelo STF, a legislação baiana nos impede de afastar a aplicação dispositivo legal ainda vigente (art. 125 do COTEB).

Aliás, não apenas contraproducente como prejudicial, já que não há dúvidas de que a recorrente pode reverter a situação com certa facilidade junto ao Judiciário e ainda receber sucumbência no processo.

Contudo, exclusivamente em razão da limitação legal, dirijo da relatora para Negar Provimento ao Recurso Voluntário no que se refere às infrações 01 e 03, tão somente, acompanhando-a quanto aos demais pontos do seu voto. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE/N.PROVIDO	27.233,72	27.233,72	27.233,72	60%
02	PROC. PARCIAL/P.PROVIDO	88.344,39	88.344,39	34.638,79	60%
03	PROCEDENTE/N.PROVIDO	56.096,61	56.096,61	56.096,61	60%
04	PROC. PARCIAL/P.PROVIDO	1.854.320,29	1.854.320,29	120.402,15	60%
05	PROC. PARCIAL/P.PROVIDO	22.658,19	22.658,19	22.578,10	60%
TOTAL		2.048.653,20	2.048.653,20	260.949,37	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0005/17-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$260.949,37**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infrações 1 e 3) – Conselheiros: Anderson Ítalo Pereira, Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Rosivaldo Evangelista Rios, Fernando Antonio Brito de Araújo, e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infrações 1 e 3) – Conselheira: Laís de Carvalho Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Infrações 1 e 3)

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – VOTO VENCEDOR (Infrações
1 e 3)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS