

A. I. Nº - 279757.0019/20-4
AUTUADO - DROGARIA SÃO PAULO S. A.
AUTUANTES - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/03/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0018-03/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. ENTRADAS DE BENS E/OU MATERIAIS PARA O ATIVO FIXO OU USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Não acatada a tese da inexistência de fato gerador da obrigação tributária nas transferências. Os estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular são juridicamente autônomos. Nas transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se o fato gerador do imposto. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar nº 87/96, que é reforçada pelo art. 12, I, ao estabelecer que o fato gerador do ICMS se considera ocorrido, no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. A legislação prevê a obrigação de ser feito o pagamento da diferença de alíquotas do imposto por ocasião da entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. Ajustados valores referentes a máquinas remetidas por contribuintes estabelecidos no Sudeste, que estão sujeitas a redução na base de cálculo na apuração do imposto, nos termos do Convênio ICMS nº 52/1991. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 22/06/2020, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$428.248,86, acrescido da multa de 60%, pela seguinte irregularidade:

Infração 01 – 06.05.01 - deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo ou consumo do estabelecimento. Refere-se a aquisições por transferências recebidas do CD / Central de compras de bens e ou materiais de uso e consumo do estabelecimento para integrar o ativo imobilizado. Consta que o contribuinte foi contatado duas vezes para apresentar comprovação de que os bens transferidos sob CFOP 6552 de fato, integravam o ativo imobilizado do remetente com apresentação das notas fiscais de aquisição ou registro no CIAP e não fez a correspondente prova, nos meses de setembro a dezembro de 2015.

O autuado contesta o lançamento fls.25/37. Repete a infração que lhe foi imputada. Diz que a defesa é tempestiva e vem apresentar impugnação contra o auto de infração em epígrafe, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir.

Afirma que consoante se verifica do Auto de Infração, o Fiscal autuante fundamentou a lavratura, na ausência de apresentação das notas fiscais de aquisição dos bens do ativo permanente, pelo estabelecimento remetente, ou do livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), também do estabelecimento remetente.

Contudo, afirma que a presente autuação não merece prosperar, uma vez que não há a incidência do ICMS na transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte e existe redução na base de cálculo das máquinas remetidas por contribuintes estabelecidos no Sudeste, nos termos do Convênio ICMS nº 52/1991.

Explica que conforme brevemente exposto, o Auto de Infração objetiva a cobrança de ICMS, relativo ao diferencial de alíquotas, em razão da entrada de bens destinados a integrar o ativo permanente ou ao uso e consumo do estabelecimento. Todavia, diz que as operações autuadas se referem a mera transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme destacado pelo próprio Fiscal autuante.

Neste contexto, destaca o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos filiais de um mesmo Contribuinte, não há ocorrência de fato gerador de ICMS, conforme reconhece a Súmula STJ nº 166, que reproduz.

Afirma que pelo que se observa da Súmula nº 166/STJ e do REsp Repetitivo nº 1.125.133, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que, na mera transferência de bens entre estabelecimentos filiais de um mesmo Contribuinte, não ocorre a translação jurídica dos bens - isto é, não ocorre a transferência da sua propriedade, mas apenas um mero deslocamento físico, tampouco existindo ato de mercancia em tais operações. Logo, as meras transferências de bens entre filiais de um mesmo Contribuinte não se amoldam ao arquétipo constitucional e legal da hipótese de incidência do ICMS (arts. 155, 1, da CF/88 e 2º, I, da LC 87/96) e, conseqüentemente, não se há que falar em recolhimento de ICMS sobre tais transferências.

Seguindo o mesmo raciocínio, diz que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia afastou a incidência de ICMS em mera transferência de bens entre filiais de um mesmo Contribuinte, conforme se verifica das ementas que reproduz. Trata-se, assim, de um entendimento já pacificado na jurisprudência, sem ocorrência de qualquer alteração da titularidade do bem, que permanece no patrimônio da empresa.

Nota que, no Acórdão proferido no Processo nº 0013693-51.2014.8.05.0000, cuja ementa reproduz, (Relator, José Cicero Landin Neto, publicado em 05/11/2014), o Tribunal de Justiça da Bahia foi expresso, ao firmar entendimento pela não incidência de ICMS nos casos de transferências realizadas entre filiais de um mesmo Contribuinte, localizados em Estados diferentes - o que se amolda, ao caso da Impugnante, como frisa, demonstrará.

No presente caso, esclarece que conforme anexo do Auto de Infração "*Demonstrativo de apuração do ICMS diferencial de alíquota nas entradas de bens e/ou materiais para uso e/ou consumo do estabelecimento e integrar o ativo imobilizado por acessão física*", os bens foram remetidos de suas filiais localizadas no Estado de São Paulo, inscritas nos CNPJs nº 61.412.110/0001-55, 61.412.110/0002-36, 7, 61.412.110/0033-32, 61.412.110/0073-20, 61.412.110/0309-09 e 61.412.110/0523-84, de modo que se caracterizam, efetivamente, como meras transferências de bens entre estabelecimentos filiais de um mesmo Contribuinte.

Conforme já amplamente debatido, frisa que o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que, na mera transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo Contribuinte, não ocorre a translação jurídica dos bens - isto é, não ocorre a transferência da sua propriedade, mas apenas um mero deslocamento físico, tampouco existindo ato de mercancia em tais operações. Logo, as transferências de bens entre filiais de um mesmo Contribuinte não se amoldam ao arquétipo constitucional e legal da hipótese de incidência do ICMS (artigos 155,1, da CF/88 e 2º, I, da LC 87/96) e, conseqüentemente, não se há que falar em recolhimento de ICMS sobre

tais operações. Ressalta que o Supremo Tribunal Federal, possui precedente, no sentido de que esta hipótese não enseja a incidência de ICMS, conforme ementa que reproduz.

Por todo o exposto, restando demonstrado que não se pode aceitar a incidência do ICMS nas transferências de bens entre estabelecimentos, deve ser dado provimento à Impugnação, cancelando-se o auto de infração.

Com relação aos bens adquiridos de outros contribuintes, relacionados no anexo do Auto de Infração denominado "*Demonstrativo de apuração do ICMS diferencial de alíquota nas entradas de bens e/ou materiais para uso e/ou consumo do estabelecimento e integrar o ativo imobilizado por acesso física*", conforme *print* da planilha citada, diz que é importante destacar, que o Convênio ICMS nº 52/1991, determina a redução da base de cálculo, na aquisição de bens relacionados nos seus Anexos I e II, conforme reproduz. Informa que o referido Convênio ICMS foi internalizado na legislação estadual, por meio do artigo 266 do RICMS/BA.

Neste contexto, verifica que as mercadorias autuadas estão relacionadas no Anexo I do Convênio ICMS nº 52/91, de modo que o DIFAL deve ser reduzido para que a carga tributária total seja de 5,14%. Todavia, o Fiscal autuante ignorou a expressa previsão legal e lavrou o Auto de Infração para exigir 10% a título de diferencial de alíquota. Ressalta que este benefício fiscal já foi objeto de análise pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por meio da resposta à Consulta formulada por contribuinte, conforme Parecer nº 15341/2007 Data: 07/12/2007. ICMS. conforme reproduz.

Ante ao exposto, requer seja recalculado o diferencial de alíquota para as referidas operações, para que a alíquota aplicável seja de 3,66% e não de 10%, nos termos do artigo 5º do Convênio ICMS nº 52/91.

Requer sejam acolhidas as razões da Impugnação para cancelar o crédito tributário exigido, uma vez que (i) as operações relativas à transferência de ativo permanente entre estabelecimentos da mesma empresa, não são tributadas pelo ICMS, nos termos do REsp Repetitivo nº 1.125.133; (ii) as aquisições de máquinas são beneficiadas pela redução de base de cálculo, prevista no Convênio ICMS nº 52/91.

A dupla de Autuantes presta a informação fiscal fls.71/74. Repete a acusação fiscal. Esclarece que a Autuada apresentou defesa administrativa impugnando o lançamento (fls.25/37). Os argumentos defensivos serão apreciados a seguir.

Ressalta que as mercadorias objeto da autuação tem como origem CD-Centro de Compras e Distribuição localizados no Estado de São Paulo. Inclusive, o estabelecimento autuado é um CD sendo instalado, na época dos fatos geradores, no Estado da Bahia.

Explica ser esta uma prática administrativa muitíssimo racional, de centralizar em determinados locais (estabelecimentos) a responsabilidade pela cotação, aquisição e remessa de mercadorias para toda a sua rede varejista, como é o caso das Drogarias São Paulo, uma das maiores redes varejistas do mercado.

Explica que informações obtidas junto a prepostos do contribuinte, deram conta de que as referidas mercadorias que deram entrada no estabelecimento, no exercício de 2015, foram destinadas à montagem do CD – Central de Distribuição no Estado, que também atende outros Estados do Nordeste.

Esclarece que, praticamente todas as mercadorias que deram entrada foram destinadas à instalação. Pelo fato de haver CD com atividade específica para cada tipo de aquisição de mercadorias, eles o fazem e transferem para a unidade solicitante (destino). Essa é a origem das transferências recebidas. Sim, transferências recebidas, pela Autuada, de seus estabelecimentos filiais (CD) que adquirem essas mercadorias mantidas em seu estoque. Sem uso. Sem ter sido aplicada anteriormente em qualquer atividade econômica. Ao que tudo indica, com o fito de não tributar a grande parte dessas mercadorias na origem, e principalmente no destino, utiliza como

CFOP das operações o código 6552, registrado no destino (o estabelecimento autuado) como 2552: transferência de bem do ativo imobilizado.

Ressalta que não é necessário nenhum grande esforço mental para numa rápida verificação no demonstrativo de fls. 8 a 16, certificar-se de que se tratam, em grande parte, de materiais que são destinados a consumo do estabelecimento e, também, bens que integram o ativo imobilizado por acessão física. As últimas 3 (três) colunas do demonstrativo segregam, somente para ilustrar, essa classificação. Das fls. 17 a 19 do PAF encontram-se algumas fotos meramente ilustrativas dessas mercadorias (bens e/ou materiais).

Conclui neste ponto, que o CD de origem adquire essas mercadorias e os transfere, em grande maioria sob CFOP 6552 (2552 escriturado no destino) para suas filiais, no caso concreto o estabelecimento autuado.

Afirma que recorre a Autuada, à Súmula 166 do STJ, já há muito conhecida nas lides instauradas que tratam de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. *In casu*, a não incidência nessas operações diz respeito na sua origem. Não no seu destino. Ou seja, a aplicação da Súmula 166, diz respeito à operação de saída dos estabelecimentos localizados no Estado de São Paulo.

Observa que a incidência do ICMS nas operações relacionadas no demonstrativo de fls. 8 a 16, está prescrita na Lei nº 7.014/96, com texto vigente à época dos fatos geradores, que reproduz. Verifica que o Legislador não se refere a “aquisição”. Utiliza o vocábulo entrada incluindo aí, as transferências (“entradas em transferência”) recebidas pelos estabelecimentos no Estado da Bahia, com origem em outra unidade da Federação.

Sobre a redução da base de cálculo – Convênio ICMS Nº 52/91, diz que, sim, as mercadorias relacionadas no demonstrativo constam na relação do Convênio ICMS nº 52/91. No entanto, o remetente/vendedor não promoveu, conforme “Informações Complementares” nas referidas Notas Fiscais, a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS Nº 52/91. Ao invés disso, optou pela tributação normal aplicando a alíquota prevista no Resolução SF 13/12.

Assim, o entendimento dos Autuantes é de que essas operações não foram realizadas sob à égide do Convênio ICMS Nº 52/91 descabendo, portanto, a redução da base de cálculo nele prevista.

Expostos os motivos que levaram à lavratura do Auto de Infração afirma que a exigência do ICMS nas entradas de bens e/ou materiais em transferência adquiridos com o fim de serem utilizados na instalação do CD do Estado da Bahia e nas aquisições de bens relacionados no Convênio ICMS Nº 52/91, mas cujas operações não foram submetidas à sua tributação, requerem os Autuantes, a procedência da ação fiscal.

VOTO

Preliminarmente, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96, e o RICMS/2012. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, fls.07/16, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, fl.22, lhe possibilitando defender-se. Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o defendente foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, e destinadas ao ativo fixo ou consumo do estabelecimento. Refere-se a aquisições por transferências recebidas e também de terceiros, do CD / Central de compras de bens e ou materiais de usos e consumo do estabelecimento, para integrar o ativo imobilizado.

A defesa concentra-se em dois aspectos: *a)* não-incidência do ICMS nas transferências de bens de uso, consumo ou ativo fixo entre estabelecimentos da mesma empresa, por inexistência de circulação jurídica e por não se tratar de mercadorias; *b)* mercadorias recebidas sob o manto do Convênio ICMS nº 52/1991, determina a redução da base de cálculo, na aquisição de bens relacionados nos seus Anexos I e II, de modo que o ICMS DIFAL exigido para tais mercadorias deve ser reduzido, para que a carga tributária total seja de 5,14%.

Com relação ao primeiro aspecto, a defesa, trazendo à baila os conceitos de “circulação” e de “mercadorias”, sustenta a tese de que não há incidência de ICMS nos casos de transferências de bens entre estabelecimentos da mesma empresa.

Devo louvar o esmero com que a defesa expôs a sua tese. Demonstra estar em boa companhia, haja vista a doutrina citada, com respaldo em decisões judiciais sem dúvida respeitáveis. Há inclusive súmula do STJ sobre a matéria.

A questão é esta: considerando-se que, no âmbito dos negócios mercantis, o ICMS tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias, incidiria o imposto nos casos de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular? Ou por outra: a transferência é uma operação de circulação de mercadorias? E bens de uso ou do ativo imobilizado são mercadorias?

A Constituição, ao outorgar às Unidades Federadas a competência para instituir o tributo em exame, demarcou o âmbito de sua aplicação: operações de circulação de mercadorias, prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, e prestações de serviços de comunicação.

Observe que o legislador constituinte não disse que o imposto recai sobre “vendas”. Na descrição do fato jurídico tributável, o núcleo é o vocábulo “operações”, seguindo-se o qualificativo destas: “relativas à circulação de mercadorias”. O imposto não incide, portanto, sobre as mercadorias, e tampouco sobre a sua circulação. A incidência é sobre as “operações”, desde que estas digam respeito a circulação de mercadorias.

Quanto ao conceito de “mercadorias”, este deve ser analisado em seu sentido estrito e em seu sentido amplo. Em sentido estrito, mercadorias são bens móveis destinados a atos de comércio. Com esse sentido, somente se consideram mercadorias os bens móveis que sejam objeto de negócios por parte de determinada pessoa física ou jurídica com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Por conseguinte, em se tratando de pequenos negócios efetuados eventualmente, os bens objetos de tais negócios não se consideram mercadorias. Já em sentido amplo, o termo “mercadorias” é sinônimo de “bem móvel”. E nesse caso não se exigem os requisitos da habitualidade ou da quantidade. Por exemplo, na importação de mercadorias ou bens do exterior, ainda que o importador esteja importando um único bem e seja a primeira vez que importa algo, ocorre o fato gerador do imposto, não interessando saber se o objeto importado se destina ou não a atos de comércio, ou se é de pequeno ou alto valor (Constituição, art. 155, § 2º, IX, “a”). É também com base no sentido amplo do conceito de mercadoria, que o legislador constitucional fixou a competência para a instituição e cobrança da diferença de alíquotas, referindo-se textualmente a “bens e serviços”, e não a “mercadorias e serviços” (Constituição, art. 155, § 2º, VII, “a” e VIII).

Quanto ao vocábulo “circulação”, cumpre notar, que existem três modalidades de circulação: circulação física, circulação jurídica e circulação econômica. Nenhuma dessas espécies de circulação, isoladamente considerada, dá ensejo à cobrança do imposto de que ora se cogita. Circulação física sozinha, sem uma prévia ou concomitante circulação jurídica e econômica, não autoriza a cobrança do tributo. Do mesmo modo, circulação econômica, apenas, sem circulação física e jurídica, não constitui fato tributável. Também não é tributável a simples circulação jurídica, sem circulação econômica ou física, a menos que, por meio de uma presunção ou de uma ficção legal, seja expressamente estabelecida a incidência tributária nos casos e nos estritos termos

previstos em lei, como, por exemplo, no caso de imposto devido sobre mercadorias em estoque no encerramento das atividades do estabelecimento.

No que diz respeito ao termo “operações”, a Constituição não define o que seja esse vocábulo. A legislação infraconstitucional também não se preocupou em estabelecer tal conceito. A doutrina, de um modo geral, considera operação, para efeitos de ICMS, todo ato ou negócio hábil a provocar a circulação de mercadorias. Ou por outra, operação é o ato ou negócio jurídico de que decorra a mudança de titularidade do bem. Porém a mudança de posse também constitui uma operação, quando o novo detentor do bem pode dele dispor como se fosse o seu dono. Se, por exemplo, um comerciante envia mercadorias para uma oficina a fim de ser feito determinado conserto, não há nesse caso uma operação, pois o bem apenas circulará fisicamente, permanecendo sob o domínio do remetente. A oficina terá nesse caso apenas a posse, não tendo poderes para alienar o bem, o qual deverá retornar ao estabelecimento de origem após o conserto. Porém, se o mesmo comerciante remete mercadorias para terceiro em consignação, embora não haja nesse momento a transmissão da propriedade das mercadorias, o consignatário, apesar de não ser o seu dono, pode dispor delas. A consignação mercantil é, portanto, uma operação tributável.

No caso de transferência – remessa de bens entre estabelecimentos do mesmo titular –, cumpre observar que esta, em princípio, não seria uma operação, haja vista que ninguém pode efetuar uma operação consigo próprio. No direito comum os diversos estabelecimentos de um mesmo titular constituem uma só pessoa. Todavia, mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos, tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar nº 87/96:

“§ 3º. Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiros, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

.....

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”

A autonomia dos estabelecimentos é reforçada pelo art. 12, I da supracitada lei complementar 87/96, ao estabelecer que o fato gerador do ICMS se considera ocorrido no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular:

“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;”

Por conseguinte, juridicamente, os estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados autônomos, e, em decorrência dessa ficção legal, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se o fato gerador do ICMS.

Sendo assim, o imposto lançado no presente Auto de Infração diz respeito à obrigação de ser feito o pagamento da diferença de alíquotas nas “aquisições” de bens de uso, consumo ou ativo fixo procedentes de outros Estados. A palavra “aquisições” foi empregada aí em sentido amplo, compreendendo as “entradas” daqueles bens quando procedentes de outros Estados, conforme prevê o inciso IV, do art. 2º da Lei 7014/96.

Neste cenário, considero ultrapassadas as objeções da defesa. As decisões dos tribunais superiores, assim como a doutrina, constituem balizamentos respeitáveis, porém não são vinculantes.

Os dispositivos acima especificados da lei complementar, são reproduzidos na lei baiana e em seu regulamento. Baseio-me, portanto, no direito posto, para concluir pela procedência da autuação.

Uma vez pontuadas essas considerações acerca dos bens recebidos em transferência, passo ao exame do segundo aspecto suscitado pela defesa, a qual alega, que além de transferências, o levantamento fiscal envolveria também, mercadorias adquiridas de terceiros, com amparo do Convênio ICMS nº 52/1991, que determina a redução da base de cálculo, na aquisição de bens relacionados nos seus Anexos I e II, de modo que o DIFAL deve ser reduzido, para que a carga tributária total seja de 5,14%.

Compulsando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que, de fato, a remessa das máquinas: Empilhadeiras, Lavadora de Pisos, Máquina de Arquear Cyclop e Transpaleteira, fazem parte do levantamento fiscal, e são bens descritos no Anexo I do Convênio nº 52/91, que assim estabelece:

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 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.

Importante destacar, que o referido Convênio ICMS foi internalizado na legislação estadual, por meio do artigo 266 do RICMS/BA. Ademais, inquirida a respeito da matéria, foi exarado Parecer Técnico pela SEFAZ/DITRI nº 15341/2007 de 07/12/2007, onde se concluiu pela aplicação da carga tributária de 5,14%, na apuração do ICMS diferença de alíquotas, para os casos, como o ora discutido.

Sendo assim, o levantamento fiscal foi ajustado, a fim de que o ICMS DIFAL devido fosse recalculado, aplicando-se a carga tributária na operação de 5,14%, para as notas fiscais nº 249435 de 26/11/2015, 19525, 51260, 51261, 51263, de 10/12/2015, emitidas no Estado de São Paulo, em consonância com a legislação de regência, ficando reduzido o valor lançado originalmente para R\$393.402,17, conforme configuração a seguir:

Mês de ocorrência	ICMS DIFAL a recolher
09/2015	34.083,76
10/2015	124.693,53
11/2015	36.076,81
12/2015	198.548,07

Por todos esses elementos, concluo que as mercadorias foram recebidas pelo autuado, segundo consta nos autos, para uso, consumo ou ativo fixo. A defesa não se preocupou em demonstrar e provar, que os bens não tinham essa destinação. Está, portanto, configurada a infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração **nº 279757.0019/20-4**, lavrado contra **DROGARIA SÃO PAULO S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$393.402,17**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2021.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR