

**A. I. Nº** - 130610.0016/20-4  
**AUTUADO** - PENSKE LOGISTICS DO BRASIL LTDA.  
**AUTUANTES** - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e EDMUNDO NEVES DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 25/06/2021

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0054-04/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERIMENTO. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES. TERMO FINAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado que os recolhimentos efetuados pelas aquisições de refeições para fornecimentos aos funcionários do autuado, atendem ao quanto previsto pela legislação específica. Acusação insubsistente. 2. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO. **a)** A TÍTULO DE TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. Neste caso, prevalece no âmbito deste órgão julgador, o entendimento de que as transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física), não se encontram fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o seu art. 12, inciso I da LC 87/96. A Súmula nº 166, tem o seu alcance limitado às operações internas, pois 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. Acusação subsistente. **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO OU CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO. Comprovada a insubsistência das infrações 02 e 04. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido para realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração expedido em 31/08/2020, para reclamar crédito tributário no montante de R\$48.487,12, mais multas no percentual de 60%, em face das seguintes acusações:

1 – “Recolheu a menor ICMS diferido por diferimento, na condição de responsável pelo imposto diferido, em razão de não agregar na base de cálculo do imposto o valor a este correspondente. Conforme demonstrativo Penske\_Anexo\_D/Anexo D Diferido Refeições, nas operações com a LPATSA Ltda., parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”. Valor lançado R\$5.889,86, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

2 – “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativo Penske\_Anexo\_D/Anexo D Difal Consumo, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte. Valor lançado R\$7.809,39, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

3 – “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativo Penske\_Anexo\_D/Anexo D Difal 2552, referente as entradas em transferência de material destinado a uso e/ou consumo do estabelecimento, não se caracterizando como Ativo Imobilizado, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte. Valor lançado R\$31.289,01, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

4 - “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativo Penske\_Anexo\_D/Anexo D Difal 2407, referente as operações realizadas com contribuinte não inscrito como substituto tributário, sem recolhimento do imposto via GNRE ou no Posto de Divisa, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte. Valor lançado R\$3.498,86, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento, fl. 32, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com a Impugnação de fls. 35 a 49, arguindo preliminarmente a nulidade do Auto de Infração por falta de motivação e inoccorrência das infrações.

Em relação a Infração 01 que trata de recolhimento de ICMS diferido a menos por substituição nas aquisições de refeições para fornecimento aos seus funcionários, afirmou que não houve qualquer esclarecimento na autuação do motivo pelo qual foi desconsiderada a parcela efetivamente paga, tributando, novamente, toda a receita oriunda da aquisição de refeições, aplicando alíquota superior a devida.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, sustentou a falta de motivação para imposição das mesmas, afirmando que o valor exigido em relação à infração 03 não é devido enquanto que em relação às infrações 03 e 04 o imposto foi pago.

Destacou que da leitura dos dispositivos indicados pela autuação se percebe o equívoco material na determinação das infrações que lhe foram imputadas, haja vista que os autuantes deixaram de observar o efetivo pagamento dos valores constantes nas infrações 02 e 04, bem como as reais operações que originaram as infrações 01 e 03. Com isso, sustentou que a autuação em sua origem está maculada por vício na legalidade e pela ausência de tipificação legal.

Em seu socorro citou doutrina, disposições do Art. 142 do CTN (vício na determinação da matéria tributável), Súmulas nº 346 e 473 do STF que tratam de nulidade de atos administrativos, e e decisões deste Conselho de Fazenda Estadual, para concluir pugnando pelo reconhecimento da nulidade do presente Auto de Infração.

Ao adentrar ao mérito da autuação, quanto à infração 01, após citar o Art. 150, § 7º da Constituição Federal e o Art. 6º, § 1º da Lei Complementar 87/96, e transcrever os Arts. 2º, I, 7º §§ 1, 2º e 3º e 286 da Lei 7.014/96, destacou que o objeto da autuação se refere a aquisições de refeições para fornecimento aos seus funcionários, sendo, por isto, sua responsabilidade do recolhimento do ICMS diferido.

Arguiu, entretanto, que os autuantes deixaram de observar que o motivo que embasou a acusação, recolhimento a menos do ICMS diferido, sob a alíquota de 4%, é a concessão de benefício fiscal da tributação para seu fornecedor de alimentos à época dos fatos objeto da autuação, transcrevendo, a este respeito, o Art. 267, VI do RICMS/BA, para sustentar que, exatamente como previsto no citado dispositivo regulamentar, é possível se verificar nas notas fiscais emitidas pelo fornecedor que há o indicativo do pagamento do ICMS diferido pelo substituto com a redução da base de cálculo, de modo a demonstrar que o fornecedor de alimentos faz jus ao benefício fiscal mencionado.

Apontou exemplos de notas fiscais emitidas pelo fornecedor e pareceres da DITRI/SEFAZ, para afirmar que é bastante nítido que não recolheu ICMS diferido por substituição a menos, o que

ocorreu foi o recolhimento em nome do substituído, aplicando-se as benesses a que o mesmo fazia jus, concedidas pela própria legislação estadual deste Estado.

Em seguida passou a se referir a Infração 03 sustentando que não cabe a cobrança de ICMS-Difal nas transferências de ativos do mesmo estabelecimento. Neste sentido destacou que a autuação ocorreu com base no Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c o Art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA/2012.

Mencionou que a Carta Magna, ao indicar os impostos de competência dos Estados e do Distrito Federal, estabeleceu em seu Art. 155, II, as operações relativas à circulação de mercadorias, sendo bastante nítido que a obrigação tributária, segundo a Constituição Federal, nasce com a ocorrência *(i)* da circulação de mercadorias e *(ii)* de prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de comunicação.

A este respeito citou farta doutrina, onde destacou que *“a mera e estrita saída física de mercadorias não caracteriza o fato gerador jurígeno do ICMS, necessária a circulação econômica e, principalmente, a jurídica, que se perfaz somente quando ocorre alteração na titularidade da res”* CALMON, Sacha. Manual de Direito Tributário. 2ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2002, p.308, além de decisões de Tribunais Superiores, para concluir que considerando a não incidência do ICMS na mera transferência de bens da matriz para a filial, é bastante nítido que quanto o diferencial de alíquota do imposto, por consequência, também não há obrigatoriedade de recolhimento.

Ao adentrar as infrações 02 e 04, conjuntamente, observou que há, de fato, incidência do diferencial de alíquota nas aquisições de bens ou mercadorias destinadas a uso ou consumo no estabelecimento. Contudo, o imposto exigido a título de Difal nas operações objeto da autuação foi integralmente recolhido.

Fixou, a título de exemplo, as operações do mês de janeiro/15, indicando as notas fiscais e os respectivos cálculos da Difal, para demonstrar que o imposto foi integralmente pago.

Em seguida passou a arguir abusividade na multa aplicada no percentual de 60%, a qual considera completamente abusiva e indevida, com nítido caráter confiscatório. Discorreu longamente a respeito desta questão, citou doutrina e jurisprudência da Suprema Corte, para concluir ser necessária a eliminação da multa a qual, acaso cabível, jamais poderia superar o patamar de 20%.

Requeru, por fim, que seja dado integral Provimento à presente Impugnação, pugnando pela redução do valor da autuação por: *(i)* a comprovação do correto recolhimento do quantum no tocante ao ICMS substituído por diferimento (infração 01); *(ii)* não cabimento do ICMS - Difal (infração 03) e *(iii)* do recolhimento integral dos valores devidos em relação às operações objeto das infrações 02 e 04.

Requeru, ainda, a diminuição da multa aplicada e protestou pelo direito de apresentar novos documentos, caso necessário e a conversão do julgamento em diligência para melhores esclarecimentos quanto às infrações apuradas, e, finalmente, que todas as intimações e publicações sejam veiculadas em nome do seu patrono, no endereço que indicou.

Um dos autuantes apresentou a Informação Fiscal de fls. 271 a 274, insurgindo-se contra a nulidade arguida pela defesa, considerando frágeis os argumentos defensivos, visto que, em relação as infrações 01 e 04 foram considerados os valores efetivamente recolhidos ao Erário, os quais foram abatidos das exigências consignadas pela autuação.

Acrescentou que em relação a infração 04 não houve recolhimento do imposto pelo remetente e nem pelo autuado, conforme extrato de banco de dados que afixou.

Ao mencionar a infração 03, transferências registradas sob o CFOP 2552, disse que não houve o recolhimento do imposto devido, enquanto que em relação a infração 02, o valor comprovadamente recolhido foi considerado quando da apuração levada a efeito, conforme consta às fls. 13 a 23.

Em relação ao mérito da autuação, se referiu a infração 01, ICMS diferido nas aquisições de

refeições, pontuando que a carga tributária efetiva da operação é de 4%, sendo aplicada a redução da base de cálculo prevista no Art. 267, VI, do RICMS/BA, ficando claro no texto complementar do Auto de Infração que a exigência decorreu da falta de inclusão do imposto em sua base de cálculo.

Ao se referir às infrações 02, 03 e 04, destacou quanto argumento de não incidência do ICMS nas operações de transferências (infrações 02 e 03), transcreveu o Convênio ICMS 19/91 para rebater a alegação defensiva, e que, especificamente em relação à infração 04 não há comprovação do recolhimento do ICMS - Difal referente às aquisições realizadas junto ao fornecedor Edu Benevides de Carvalho Júnior, CNPJ 02.240.713/0001-58, mantendo a exigência em relação a este fornecedor, anexando a título de exemplo o mês 07/2016 cuja exigência é no valor de R\$168,48.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data da representante legal substabelecida do autuado, Drª Amanda Silva Pereira, OAB/BA nº 418.027, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

O Auto de Infração em tela, foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$48.487,12, mais multas no percentual de 60%, em face das seguintes acusações:

1 – *“Recolheu a menor ICMS diferido por diferimento, na condição de responsável pelo imposto diferido, em razão de não agregar na base de cálculo do imposto o valor a este correspondente. Conforme demonstrativo Penske\_Anexo\_D/Anexo D Diferido Refeições, nas operações com a LPATSA Ltda., parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte”*. Valor lançado R\$5.889,86, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

2 – *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativo Penske\_Anexo\_D/Anexo D Difal Consumo, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte*. Valor lançado R\$7.809,39, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

3 – *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativo Penske\_Anexo\_D/Anexo D Difal 2552, referente as entradas em transferência de material destinado a uso e/ou consumo do estabelecimento, não se caracterizando como Ativo Imobilizado, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte*. Valor lançado R\$31.289,01, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

4 - *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativo Penske\_Anexo\_D/Anexo D Difal 2407, referente as operações realizadas com contribuinte não inscrito como substituto tributário, sem recolhimento do imposto via GNRE ou no Posto de Divisa, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte*. Valor lançado R\$3.498,86, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Em sua defesa, o autuado inicialmente suscitou a nulidade do Auto de Infração por inocorrência da infração 01, visto que foi desconsiderado pelos autuantes as parcelas pagas e com exigência do imposto com alíquota indevida. Quanto às demais infrações, 02, 03 e 04, sustentou que ocorreu ausência de motivação da autuação.

Analisando os fatos e documentos presentes nos autos, vejo que não assiste razão ao autuado em

seus argumentos. Isto porque, o lançamento tributário atendeu a todos os requisitos previstos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inclusive o previsto pelo seu inciso VI, na medida em que foram elaborados pelos autuantes e entregue ao autuado, as planilhas onde constam, de forma detalhada e bastante analítica, os dados dos documentos fiscais que deram suporte a exigência tributária, tais como: data da entrada do documento, número da nota fiscal e da respectiva chave de acesso, o CNPJ do fornecedor, o estado de origem, CFOP registrado, descrição da mercadoria, quantidade, valor, alíquota de origem, alíquota interna, ICMS calculado, crédito fiscal, e, finalmente, o valor do ICMS referente à DIFAL, tudo informado por cada documento fiscal.

Portanto, o lançamento foi efetuado com base nos documentos fiscais registrados pelo próprio autuado, todos de sua posse e conhecimento, não ocorrendo qualquer descumprimento pelos autuantes de dispositivo expresso em lei, e estando plenamente atendidos os regramentos estabelecidos pelos Arts. 39 do RPAF/BA, e 142 do CTN, não acolho os argumentos de nulidade apresentados pelo autuado.

Ressalto, que foram citados em preliminar, pelo autuado, argumentos que na realidade se relacionam ao mérito da autuação, e assim serão analisados adiante.

No tocante à questão meritória, destaco, inicialmente, que não há necessidade de remessa dos presentes autos para efeito de realização de diligência fiscal, visto que se encontram juntados todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador. Desta maneira, com base no Art. 147, II, “a” do RPF/BA, fica indeferido o pedido formulado pelo autuado.

Assim é que, da análise levada a efeito em relação a infração 01, onde se exige ICMS no total de R\$5.889,86, em razão de haver recolhido o imposto diferido a menos, no período de janeiro/15 até dezembro/16, nas aquisições de refeições para os funcionários do autuado, pelo fato de não ter sido agregado à base de cálculo do imposto o valor a este correspondente.

O Art. 267, inciso VI do RICMS/BA, estabelece que é reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações de fornecimento de refeições, **de forma que a carga tributária seja equivalente a 4%**. Isto é o que determina a legislação. Não consta que para efeito de determinação do valor a ser reduzido na base de cálculo, deve ser agregado o próprio ICMS relativo à operação, consoante fizeram os autuantes, sem, contudo, demonstrarem esses cálculos, mesmo a título exemplificativo, indicando, somente, o valor da base de cálculo reduzida.

Analisando os cálculos realizados pelo fornecedor das refeições, relacionados à Nota Fiscal nº 00762, fl. 87, citada na defesa, tem-se os seguintes dados:

- Valor total da operação: R\$30.824,74

- Base de cálculo do ICMS: R\$7.252,92 x 17% = ICMS devido R\$1.232,99

Para se chegar ao valor devido acima foram desenvolvidos os seguintes cálculos:

Carga tributária efetiva 04%: alíquota interna 17% (04/17) = 23,52%

Cálculo do valor da carga tributária efetiva: 23,52% x R\$30.824,74 = R\$7.252,88

Imposto devido: R\$7.252,88 x 17% = R\$1.232,99 ou R\$30.824,74 x 04% = R\$1.232,99.

Desta maneira, com base no exemplo acima, não vislumbro equívocos nos cálculos relacionados ao pagamento do ICMS diferido nas aquisições de refeições, razão pela qual, julgo insubsistente a infração 01.

Em relação a infração 02, em que se exige imposto no valor de R\$7.809,39, referente à falta de recolhimento de ICMS/Difal, nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento, a alegação do autuado é que nada é devido visto que, afirmou, que o imposto fora integralmente pago.

Confrontando os cálculos realizados pelos autuantes, constantes na planilha de fls. 13 a 23, com

os apresentados pelo autuado à fl. 46, nota-se, sem qualquer dificuldade, o equívoco cometido pelos autuantes.

Isto porque, simplesmente, foi calculado o ICMS/Difal com base na alíquota interna de 17%, entretanto, não foi deduzido o ICMS constante no documento fiscal de origem. É o caso, por exemplo, das Notas Fiscais nºs 1.034.074 e 35.475, fls. 166 e 166v, onde claramente constam o destaque do ICMS, entretanto, não foi considerado nos cálculos levados a efeito pelos autuantes.

No que diz respeito às notas fiscais emitidas pela empresa EDU BENEVIDES DE CARVALHO JUNIOR, (exemplo fl. 165), os autuantes mantiveram a exigência ao argumento de que não há comprovação do recolhimento da diferença de alíquota referentes a essas aquisições.

No campo informações complementares, do documento fiscal, consta a observação de que o imposto foi recolhido antecipadamente de acordo com o Art. 313/Z19 do RICMS/SP. Além do mais, foi juntado aos autos os documentos de fls. 163v a 166v, indicando o pagamento relacionado ao mencionado documento fiscal, mês de janeiro/15, situação que se repetiu em relação as demais notas fiscais de emissão do citado fornecedor. Além de que, o autuado anexou aos autos a memória de cálculo da Difal de todo o período autuado juntamente com os comprovantes de pagamento do imposto.

Desta maneira, considero insubsistente a infração 02.

No que pertine à infração 03, que se relaciona à falta de pagamento do ICMS/Difal nas aquisições por transferências interestaduais de materiais para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento, há de ser considerado, que 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. Vale salientar, que em relação às operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, no âmbito desta SEFAZ, visando uniformizar os entendimentos a serem adotados pela Administração Pública Estadual, a Procuradoria Geral do Estado, expediu Incidente de Uniformização de nº PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que *“não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”*, e este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias do mesmo titular, tendo em vista a conclusão de 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 constantes no art. 13, § 4º da LC nº 87/96.

Não se pode perder de vista, que a exigência do ICMS relativo à diferença de alíquotas tem matriz na Constituição Federal no seu art. 155, § 2º, inciso VII-A e VIII, conforme transcrito a seguir:

*CF - Art. 155, §2º*

*VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:*

*a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*

*VIII - na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;*

Tal determinação, consta inclusa na legislação estadual, Lei nº 7.014/96, Art. 2º, IV, que assim dispunha quando da ocorrência dos fatos geradores e a partir de 01/01/2016:

*Art. 2º, O ICMS incide sobre:*

*(...)*

*IV - as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto; (efeitos a partir de 01/01/2016).*

*Redação anterior, efeitos até 31/12/15: “IV- a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de*

*serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes;"*

Apesar das respeitáveis decisões de Tribunais Superiores apresentadas pelo autuado, este órgão julgador administrativo, **até o momento**, vem mantendo em sua jurisprudência, o entendimento de que nas transferências interestaduais de materiais para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento, ocorre o fato gerador do ICMS, conforme assinala o Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96.

Esta mesma 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em diversos julgamentos já realizados acerca desta matéria, tem se manifestado pela manutenção da exigência tributária na forma indicada na presente infração 03, a exemplo da decisão proferida através do Acórdão nº 0046-04/17, a qual foi mantida pela 2ª Instância mediante o Acórdão nº 0386-12/17, cuja ementa assim se apresenta:

*2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0386-12/17 EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) MATERIAL DE CONSUMO. b) ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. As transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica (circulação física) não se encontram fora do campo de incidência do ICMS, pois foi o próprio legislador complementar que assim interpretou a matriz constitucional, ao editar o seu art. 12, inciso I, da LC 87/96. A Súmula nº 166 tem o seu alcance limitado às operações internas, pois 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.*

Diante do quanto acima exposto, e pelo fato da existência de previsão expressa pela legislação tributária vigente, mantenho a exigência tributária referente à infração 03, no valor de R\$31.289,01.

A infração 04 trata de exigência de diferença de alíquota, no total de R\$3.498,86, referente a mercadorias destinadas ao uso ou consumo pelo autuado, fls. 27 e 28, onde todos os documentos fiscais envolvidos se referem a materiais para escritório, e foram emitidos pelo mesmo fornecedor, EDU BENEVIDES DE CARVALHO JUNIOR.

Os argumentos defensivos são os mesmos apresentados conjuntamente na infração 02, de que o imposto fora pago integralmente, juntando a título de comprovação os docs. de fls. 180 a 267, enquanto os autuantes mantiveram a autuação ao argumento de que não há comprovação do recolhimento da diferença de alíquota referentes a essas aquisições.

Tal como no dito na infração 02, não foram considerados pelos autuantes em seus cálculos, de forma dedutiva, o ICMS incidente sobre as operações efetuadas pelo citado fornecedor.

Analisando a planilha relacionada à presente infração, vejo que nos documentos fiscais a ela relacionados consta no campo Informações Complementares a informação de que o imposto foi recolhido antecipadamente de acordo com o Art. 313/Z19 do RICMS/SP, apesar de, no documento fiscal, não constar a indicação da incidência do ICMS nem pelo regime normal e nem por substituição tributária.

Os autuantes consideraram, para efeito de manutenção da exigência tributária, o argumento de que *“não há comprovação do recolhimento do ICMS diferença de alíquota referente as aquisições realizadas junto ao fornecedor CNPJ 02.240.713/0001-58, Razão Social EDU BENEVIDES DE CARVALHO JÚNIOR”*.

Não é o que vejo nos autos. A partir da fl. 163 até à fl. 267, o autuado trouxe aos autos os documentos fiscais pertinentes ao cálculo da Difal, abrangendo todo o período autuado (infrações 02 e 04), além dos comprovantes de pagamentos, o que, ao meu ver, afasta o argumento dos autuantes para efeito de manutenção da presente infração.

Assim é que, aliado aos argumentos já expostos em relação à infração 02, julgo insubsistente a infração 04.

Quanta à reclamação de abusividade da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que os autuantes agiram estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da

qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

*Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I – a declaração de inconstitucionalidade;*

*(...)*

*III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*

Assim é, que as alegações defensivas a respeito de inconstitucionalidade da norma legal citada, tal como mencionado acima, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

*Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de inconstitucionalidade;*

*(...)*

*III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*

Diante do quanto acima exposto, considero que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões constitucionais, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Desta maneira, e considerando que a multa aplicada está prevista no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e conforme já mencionado, não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), acima reproduzidos, a mesma fica mantida, não podendo ainda ser atendido o pleito de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Finalmente, quanto ao pedido de que as intimações e publicações sejam veiculadas em nome do seu patrono, no endereço que indicou, saliento que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais obedecem ao quanto previsto pelo Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, entretanto, nada impede que as intimações sejam também encaminhadas ao patrono do autuado, na forma pleiteada.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$31.289,01, referente a infração 03.

## 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 **130610.0016/20-4**, lavrado contra **PENSKE LOGISTICS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.289,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR