

A. I. N° - 269194.0003/19-0
AUTUADO - BRASKEM S. A.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/07/2025

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0111-03/25-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Infrações comprovadas. O defendente não apresentou qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS PARA ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA, COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. Auto de infração lavrado antes de 04/05/21, mas pendentes de conclusão (julgamento definitivo), tem por objeto a exigência de ICMS decorrente de operações de saídas em transferência. Exigência fiscal improcedente, conforme modulação da ADC 49 e Parecer PGE/PROFIS. 4. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS. UTILIZAÇÃO INCORRETA DA TAXA CAMBIAL. Apurado por meio do levantamento fiscal erro na determinação da base de cálculo, em relação às despesas aduaneiras. Mantida a exigência fiscal. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/06/2019, refere-se à exigência de R\$ 68.565,29 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de maio de 2016; junho e agosto de 2017. Valor do débito: R\$ 2.302,09.

Infração 02 – 02.04.03: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado, nos meses de janeiro, março a maio, agosto a outubro e dezembro de 2016; fevereiro a abril de 2017. Valor do débito: R\$ 5.850,81.

Infração 03 – 05.02.02: Saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular com preço inferior ao custo de produção, nos meses de janeiro e fevereiro de 2017; janeiro, fevereiro, abril, agosto, outubro e novembro de 2018. Valor do débito: R\$ 24.367,74.

Infração 04 – 12.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das

despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, que pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro a abril, junho a outubro e dezembro de 2016; janeiro, fevereiro, maio a novembro de 2017. Valor do débito: R\$ 36.044,65. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 25 a 38 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e reproduz os itens da autuação fiscal.

Quanto à infração 03, alega equívoco no cálculo do preço de custo. Diz que se observa nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, que a autuação levou em consideração o preço de custo fornecido pelo impugnante do mês imediatamente anterior.

Alega que a fiscalização efetuou o cálculo do preço de custo para fins de autuação com base na linha “transferência de estoques”, que não reflete o preço de custo estabelecido no art. 17, § 8º, da Lei nº 7.014/96, que reproduziu.

Registra que o custo médio de sua atividade deve ser obtido a partir da linha de “estoque final”, por contemplar todas as variáveis legalmente estabelecidas. Diz que esse foi o entendimento firmado no âmbito deste CONSEF, em julgamento envolvendo a própria Braskem, conforme Acórdão nº 0144-01/18, cujo entendimento foi mantido na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, estando o Acórdão pendente de formalização.

Afirma que esse erro de fato ocorreu durante todo o período autuado, podendo ser objeto de confirmação a partir da análise das fichas de custo dos exercícios de 2017 e 2018, já apresentadas à fiscalização e anexadas ao auto de infração para a devida revisão fiscal.

Assegura que não houve transferência abaixo do preço de custo, já que a fiscalização apurou o preço de custo com erro de fato, levando em consideração a linha “transferência de estoques” que não corresponde ao custo médio da atividade desempenhada pelo impugnante, devendo considerar a linha “estoque final”.

Frente ao princípio da eventualidade, caso não seja corrigido o lançamento quanto ao erro de fato no cálculo do preço de custo, alega que o crédito tributário também não é exigível nas saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, pertencente ao mesmo titular.

Diz que o autuante agiu de forma equivocada ao lavrar o presente auto de infração, impondo ao impugnante o pagamento de crédito tributário indevido, tendo em vista a previsão do art. 155, inciso II da Constituição Federal, a jurisprudência pátria e a Súmula 166 do STJ.

Diz que ao analisar o art. 155, II da CF, pode-se observar que a previsão é expressa no sentido de que o Estado apenas poderá instituir/exigir o imposto quando há a devida circulação de mercadoria, perfectibilizada na transferência de titularidade da mercadoria, o que não se verifica no caso em questão.

Informa que no presente caso, trata-se de simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, razão pela qual, não há de se falar na ocorrência de fato gerador do imposto em exigência. Nessas operações, a pretensão da fiscalização esbarra também na jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, contrária à exigência do ICMS, no caso de operações praticadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Ressalta que os precedentes em voga estão na esteira do posicionamento que já prevalecia no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do AI nº 1312.941-1, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 19/04/1991, no sentido de que o fato gerador do ICMS nasce da circulação física da mercadoria combinada com o negócio jurídico (transferência da propriedade).

Alega, ainda, que o Tribunal de Justiça da Bahia também tem descaracterizado a cobrança do imposto em razão da inexistência de mercancia nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Quanto à infração 04, diz que a Constituição Federal, no artigo 155, parágrafo 2º, XII, “i”, prevê que, em relação ao ICMS, cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”.

Diz que a legislação federal estabelece qual é a base de cálculo do imposto estadual, sendo internalizada pela Lei Estadual nº 7.014/1996.

Alega que a despeito do quanto afirmado pelo autuante, é necessário destacar que as despesas aduaneiras, referentes à infraestrutura marítima e terrestre, foram integralmente consideradas na composição da base de cálculo do ICMS Importação, sendo possível verificá-las no campo “informações complementares” das notas fiscais.

Diz que as variáveis adicionadas pela fiscalização não são elegíveis para inclusão na base de cálculo do ICMS importação, sem considerar a variável de que a mercadoria importada permanece armazenada no TEQUIMAR, mesmo após o desembarço da mercadoria, pois o impugnante não dispõe de estrutura logística para armazenagem imediata dos produtos na planta industrial.

Informa que a arqueação de tanques também se refere a armazenagem efetivada após o desembarço da mercadoria, não sendo despesa elegível para base de cálculo do ICMS importação.

Conclui que não resta dúvida de que a acusação fiscal e correlata infração não merecem prosperar, sendo indevida a exigência da diferença de ICMS, uma vez que as despesas referentes à infraestrutura marítima e terrestre já foram consideradas adequadamente na composição da base de cálculo do ICMS Importação.

Com relação às infrações 01 e 02, informa que permanece na localização dos documentos necessários para elidir as referidas cobranças indevidas, frente ao princípio da verdade material.

Por todo o exposto, requer a improcedência do presente auto de infração, com o consequente arquivamento do presente processo.

Também requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, caso não ocorra a revisão fiscal na informação fiscal.

O autuante presta informação fiscal às fls. 71 a 75 dos autos. Esclarece que o autuado, apesar de intimado, não informou a composição do custo de suas transferências interestaduais, consoante exige art. 17, § 8º, II da Lei 7014/96, ou seja, o custo relativo a matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Diz que fora disponibilizado à fiscalização relatório apresentando modelo em que se vê o custo total segregado em custo variável, custo fixo, depreciação e logística. Assim, por não ter apresentado as informações exigidas pela referida lei, a fiscalização tomou como base de comparação apenas o custo variável, já que as rubricas matéria prima, material secundário e acondicionamento deveriam estar nele contidas.

Ressalta que a despeito de a fiscalização não ter sido atendida pelo contribuinte, teve o cuidado de não incluir o custo fixo (um de seus componentes certamente é a mão de obra), pois se assim procedesse poderia estar inflando o custo de transferência. Por outro lado, a não inclusão, como foi o caso, o subestimou, beneficiando o contribuinte.

Analisa outro aspecto do relatório de custo de produção disponibilizado pelo contribuinte e anexado em CD a este PAF desde sua origem. Ele apresenta os componentes do custo para estoque inicial, final, consumo, produção, transferência de estoques, etc.

Informa que, para tentar ser o mais fiel possível aos dados da empresa e até pela própria denominação, a fiscalização tomou como base o custo "transferência de estoques".

Registra que o defendente contesta o uso do custo de "transferência de estoques" indicando o custo do "estoque final", segundo ele por "contemplar todas as variáveis legalmente estabelecidas".

Diz que a fiscalização, não vê razões que a façam aceitar os argumentos da defesa, visto entender vaga sua explicação, que nem mesmo conceituou e diferenciou o que seria o custo de "estoque final" e de "transferência de estoques".

Esclarece que adotou o custo "transferência de estoques" por parecer mais apropriado, já que está falando em infração cuja tipificação é: "Efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção".

Entende que caso a fiscalização adotasse o custo do "estoque final", o autuado poderia questioná-lo alegando que as primeiras saídas do mês subsequente não poderiam ser a ele confrontadas pela proximidade de datas, justamente por não haver tempo hábil de montá-lo.

Por último, diz que o ponto ainda mais importante que os anteriores: mesmo que fosse adotado como padrão de comparação o custo do "estoque final" ao invés do custo de "transferência de estoques", conforme aponta o autuado, verificar-se-ia que os valores encontrados são exatamente os mesmos. Basta extrair os dados do próprio relatório disponibilizado pelo defendente e efetuar os cálculos. Para chegar a esta conclusão, a fiscalização adotou como base o mês de outubro de 2018 por ter valores mais expressivos.

Sobre a alegação defensiva de ausência do fato gerador, afirma que não obstante jurisprudência trazida à baila pelo autuado, entende a fiscalização válidos os dispositivos da legislação baiana no sentido da incidência tributária sobre transferências interestaduais de produtos por ele fabricados, sustentados pelo teor do Incidente de Uniformização de jurisprudência PGE nº 2016.169506-0.

Conclui, apresentando o entendimento de que não cabe qualquer razão ao autuado. Nenhum de seus argumentos é capaz de minimamente trazer dúvidas quanto à procedência desta infração. Pede a procedência total desta infração.

Quanto à infração 04, diz que o defendente explicita corretamente dispositivos atinentes à formação da base de cálculo do ICMS sobre operação de importação desde a Constituição Federal até a Lei baiana 7.014/96. Porém, alega que as despesas aduaneiras infraestrutura marítima e terrestre foram integralmente consideradas na composição da base de cálculo do ICMS importação. Entretanto, a fiscalização não questionou a inclusão ou não desse tipo de despesa aduaneira, mas das despesas de armazenagem e arqueação, salientando que despesa de armazenagem não se confunde com infraestrutura marítima e terrestre.

Informa que todas as despesas aduaneiras eleitas pela auditoria para compor a base de cálculo de ICMS de importação são despesas aduaneiras previstas explicitamente no art. 17, VI, e da Lei 7.014/96.

Diz que o impugnante dá a entender que a auditoria não levou em conta que a mercadoria importada permaneceu armazenada na Tequimar, mesmo após o desembarço aduaneiro. Só que, diferente do alegado, o tempo de armazenagem apurado pela fiscalização para efeito de obtenção do valor da armazenagem vai da data do desembarque até somente a data do desembarço. Conforme folha 17 do PAF.

Sobre a alegação defensiva de que a arqueação de tanques também se refere a armazenagem efetuada após o desembarço da mercadoria, afirma que há outro equívoco do autuado também neste particular, visto que, conforme se pode ver nos recibos (como exemplo a DI 1600413376) em anexo, a arqueação é prévia (no caso da DI eleita, a arqueação iniciou-se em 29/12/15 e foi finalizada em 31/12/15) à data de desembarço (20/01/16 para a DI eleita). Assim, não há razão para o questionamento defensivo.

O autuante pugna pela procedência total desta infração. Ressalta que em relação às infrações 01 e 02, o autuado alega apenas que permanece na localização de documentos. A fiscalização pugna pela procedência total desta infração.

Por fim, ratifica a ação fiscal em toda a sua integralidade, pugnando pela procedência total do presente Auto de Infração, com o fim de condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário.

Na sessão de julgamento, após sustentação oral da representante legal do autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante refizesse o demonstrativo de cálculo com base nas informações da linha do “estoque final” do mês imediatamente anterior ao da realização de cada fato gerador.

A Inspeção Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos anexados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar.

Em atendimento, o autuante presta informação fiscal às fls. 89/90 do PAF. Diz que os cálculos foram refeitos, conforme novo demonstrativo, contudo, conforme já esclarecido na primeira informação fiscal, não houve qualquer alteração de valores. Também informa que a fonte de dados para cálculo do custo é o arquivo “Relatório de produção 7z”.

O defendente foi intimado e apresentou manifestação às fls. 97 a 100, alegando que por se tratar de operações de transferência, envolvendo estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não há que se falar em exigência do ICMS nos fatos geradores objeto de autuação.

Afirma que, nessa linha, já está bastante sedimentada a jurisprudência dos Tribunais Superiores quanto à impossibilidade de cobrança do ICMS nos moldes perpetrados pelo Estado, envolvendo exclusivamente transferências internas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, conforme exemplos que citou.

Diz que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a questão encontra respaldo contrário ao lançamento ora guerreado na Súmula nº 166. A questão foi, ainda, apreciada em sede de recurso especial submetido ao regime repetitivo do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 no REsp 1125133/SP, Rel. Ministro Luiz Fux.

Sobre os cálculos efetivados pelo autuante, destaca que em relação às notas fiscais 268959, 269137, 269140, 269307, 269337, 269348, 269382, 273504, 273550, 273569, 273852, 274364, 274460, 298900, 298866, 299070, 298997, 299003, 308844, 308931, 308932, 308939, 308947, 308966, 308973, 308980, 308987 e 309228 deve ser considerada a linha do estoque final do penúltimo mês, pois foram emitidas nos primeiros dias do mês autuado, quando ainda não havia sido fechado o estoque final do mês imediatamente anterior.

Por fim, ratifica o pedido para que seja julgado integralmente insubsistente o crédito tributário exigido na infração 03, sem prejuízo dos demais argumentos defensivos que já foram apresentados.

À fl. 109 essa Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante analisasse os argumentos e documentos mencionados pelo Defendente na última manifestação. Se necessário, efetuasse ajustes e elaborasse novos demonstrativos.

O Autuante presta Informação Fiscal às fls. 113/114 do PAF. Diz que foram acatadas as razões de defesa quanto ao uso da rubrica “estoque final do penúltimo ao invés do último mês do custo variável, explicitado em relatório de produção para o item IF – 33 PL14 – PEBDL, relativamente às notas fiscais elencadas no 4º parágrafo da nova diligência encaminhada pela 3ª JJF.

Pede a procedência total das infrações 01, 02 e 04 e procedência parcial da Infração 03. Juntou novo demonstrativo às fls. 115/116.

O Defendente apresenta manifestação às fls. 120 a 123 do PAF. Diz que houve redução do crédito tributário para R\$ 8.172,42, cuja redução, desde já, requer seja homologada por ocasião do presente julgamento.

Em relação ao valor remanescente, uma vez que seja reconhecido o erro de fato por parte do Autuado na parametrização da base de cálculo, aqui admitida por hipótese, alega que deve ser cancelada a autuação, tendo em vista o julgamento firmado pelo STF na ADC nº 49.

Diz que a declaração de constitucionalidade pelo STF em controle concentrado tem eficácia geral e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal, conforme art. 102 da CF/88 e art. 28 da Lei 9.868/99.

Conclui que o julgamento do STF por meio da ADC 49, por ter efeito vinculante em relação aos Estados, deve ensejar o cancelamento integral do crédito tributário exigido na Infração 03.

Nova Informação Fiscal foi prestada às fls. 126/127 dos autos. Diz que o Defendente acatou os novos valores do demonstrativo apontados pela Fiscalização em sua última manifestação, no montante de R\$ 8.172,42.

Destaca que o Autuado acostou ao presente processo decisão do STF (ADC 49) que considerou a inexistência de fato gerador em transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

Afirma que em obediência à legislação baiana, a Fiscalização mantém o seu posicionamento quanto a tributação dessas operações de transferência.

Pugna pela procedência total deste Auto de Infração quanto às Infrações 01, 02 e 04 e parcial quanto à Infração 03.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Thales Maia Galiza, OAB Nº 75.053.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide. Na fase de instrução destes autos, esta Junta encaminhou o PAF em diligência, a solicitação teve como finalidade incluir no presente processo elementos que possibilitassem análise e decisão da lide.

O Autuante refez o levantamento fiscal quando prestou a Informação Fiscal em atendimento à mencionada diligência e considerando as provas produzidas e já coligidas nos autos mediante a intervenção levada a efeito pelo Autuante, diante dos novos demonstrativos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos novos valores apurados, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua Impugnação.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de maio de 2016; junho e agosto de 2017. Valor do débito: R\$ 2.302,09.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado, nos meses de janeiro, março a maio, agosto a outubro e dezembro de 2016; fevereiro a abril de 2017. Valor do débito: R\$ 5.850,81.

De acordo com as razões de defesa, o autuado informou que em relação às infrações 01 e 02, permanece na localização dos documentos necessários para elidir as referidas cobranças, frente ao princípio da verdade material.

O defendente deveria apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Mantidas as exigências fiscais nestes dois itens da autuação fiscal.

Infração 03: Saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular com preço inferior ao custo de produção, nos meses de janeiro e fevereiro de 2017; janeiro, fevereiro, abril, agosto, outubro e novembro de 2018.

O autuado alegou equívoco no cálculo do preço de custo. Disse que se observa nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, que a autuação levou em consideração o preço de custo fornecido pelo impugnante do mês imediatamente anterior.

Também alegou que a fiscalização efetuou o cálculo do preço de custo para fins de autuação com base na linha “transferência de estoques”, que não reflete o preço de custo estabelecido no art. 17, § 8º, da Lei nº 7.014/96, que reproduziu.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que apesar de intimado, o autuado não informou a composição do custo de suas transferências interestaduais, consoante exige art. 17, § 8º, II da Lei 7.014/96, ou seja, o custo relativo a matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Disse que a Fiscalização tomou como base de comparação apenas o custo variável, já que as rubricas matéria prima, material secundário e acondicionamento deveriam estar nele contidas. Acrescentou que a despeito de a fiscalização não ter sido atendida pelo contribuinte, teve o cuidado de não incluir o custo fixo (um de seus componentes certamente é a mão de obra), pois se assim procedesse poderia estar inflando o custo de transferência. Por outro lado, a não inclusão, como foi o caso, o subestimou, beneficiando o contribuinte.

Na Informação Fiscal prestada às fls. 113/114 do PAF o Autuante disse que foram acatadas as razões de defesa quanto ao uso da rubrica “estoque final do penúltimo ao invés do último mês do custo variável. Juntou novos demonstrativos às fls. 115/116, com a redução do débito para R\$ 8.172,42.

Na manifestação apresentada às fls. 120 a 123 do PAF, o Defendente registrou que houve redução do crédito tributário para R\$ 8.172,42, cuja redução, requereu a homologação por ocasião do presente julgamento.

Embora tenha apresentado tal conclusão, reafirmou que o crédito tributário não é exigível nas saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, pertencente ao mesmo titular. Em relação ao valor remanescente, alegou que deve ser cancelada a autuação, tendo em vista o julgamento firmado pelo STF na ADC nº 49.

Observe 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*”.

Neste mesmo sentido é a SÚMULA DO CONSEF Nº 08: “*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um*

mesmo titular”, tendo como fonte a jurisprudência predominante deste Conselho de Fazenda do Estado da Bahia.

No âmbito do Judiciário, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 49) a conclusão é no sentido de que *“é inconstitucional a incidência de ICMS sobre a transferência de mercadorias entre filiais de uma mesma pessoa jurídica, ainda que em diferentes estados”*. Portanto, não havendo troca de titularidade, não é cabível a cobrança do ICMS sobre a circulação de mercadorias. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento com caráter vinculante ADC 49, de que não há incidência do ICMS nas transferências, inclusive interestaduais.

A PGE/PROFIS foi instada a se manifestar por meio consulta encaminhada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF (PROCESSO Nº: PGE 2024017344-0), quanto aos efeitos da decisão da ADC 49.

Após análise acerca do conteúdo e um breve histórico da ADC 49, foram apresentadas pelo Dr. José Augusto Martins Junior, Procurador PGE/PROFIS, respostas aos questionamentos realizados pela 5ª JJF:

“... Tem-se, então, reconhecido o direito aos contribuintes à manutenção dos créditos das operações anteriores à operação de transferência e, igualmente, sua transmissão ao estabelecimento destinatário.

...

Também restou expresso na modulação que o marco temporal de eficácia da decisão, aplicar-se-á, desde logo, aos processos administrativos e judiciais iniciados antes de 04/05/2021 e que estão ainda pendentes de conclusão até a presente data.

...

Deste modo, vê-se que, em relação à primeira pergunta, os autos de infração, cujo objeto seja exigência de estorno crédito de ICMS, quando feitos a maior por erro na definição da base de cálculo, desde que iniciados antes 04/05/21, mas ainda pendentes de julgamento, na esteira da modulação da decisão da ADC 49, devem ser julgados improcedentes, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade do art. 13, § 4º da Lei Complementar nº 87/96, imposta imediatamente a estas hipóteses, retirou-lhe a base legal da definição de base de cálculo para imputação, precisamente o art. 13, § 4º da Lei Complementar Federal nº 87/96.”

Considerando que o Auto de Infração em apreciação foi lavrado em 07/06/2019 e se encontra até a presente data pendente de julgamento, tomando como paradigma o retromencionado Parecer da PGE/PROFIS, relativamente às transferências interestaduais, a conclusão é no sentido de que, aplicadas as normas vigentes sobre tributação nas transferências, a Infração 03 é insubsistente.

Infração 04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, que pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro a abril, junho a outubro e dezembro de 2016; janeiro, fevereiro, maio a novembro de 2017.

O defendente alegou que a Constituição Federal, no artigo 155, parágrafo 2º, XII, “i”, prevê que, com relação ao ICMS, cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”.

Afirmou que a despeito do quanto alegado pelo autuante, é necessário destacar que as despesas aduaneiras, referentes à infraestrutura marítima e terrestre, foram integralmente consideradas na composição da base de cálculo do ICMS Importação, sendo possível verificá-las no campo “informações complementares” das notas fiscais.

Também alegou que as variáveis adicionadas pela fiscalização não são elegíveis para inclusão na base de cálculo do ICMS importação, sem considerar a variável de que a mercadoria importada

permanece armazenada no TEQUIMAR, mesmo após o desembaraço da mercadoria, pois o Impugnante não dispõe de estrutura logística para armazenagem imediata dos produtos na planta industrial.

O autuante informou que a Fiscalização não questionou a inclusão ou não desse tipo de despesa aduaneira, mas das despesas de armazenagem e arqueação. Salientando que despesa de armazenagem não se confunde com infraestrutura marítima e terrestre. Disse que todas as despesas aduaneiras eleitas pela auditoria para compor a base de cálculo de ICMS de importação são despesas aduaneiras previstas explicitamente no art. 17, VI, e da Lei 7.014/96.

Ressaltou que, diferente do alegado pelo autuado, o tempo de armazenagem apurado pela Fiscalização para efeito de obtenção do valor da armazenagem vai da data do desembarque até somente a data do desembaraço, conforme folha 17 do PAF.

Constato que no levantamento fiscal foi efetuado o cálculo de acordo com os dias de armazenagem, o valor pago por uso diário e o percentual de uso do tanque, mencionando a informação de que o cálculo para obtenção do valor de armazenagem dispendido para cada DI está expresso no cabeçalho do demonstrativo e a data de desembarque foi obtida de laudo de arqueação disponibilizado pelo autuado.

Sobre a alegação defensiva de que a arqueação de tanques também se refere a armazenagem efetivada após o desembaraço da mercadoria, O Autuante afirmou que conforme se pode ver nos recibos (como exemplo a DI 1600413376) em anexo, a arqueação é prévia (no caso da DI eleita, a arqueação iniciou-se em 29/12/15 e foi finalizada em 31/12/15) à data de desembaraço (20/01/16 para a DI eleita). Assim, não há razão para o questionamento defensivo.

Observo que a legislação especifica como despesas aduaneiras: “quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração”. Neste caso, somente as despesas não contempladas no rol especificado na legislação não integram a base de cálculo do ICMS.

Lei 7.014/96:

Art. 17. *A base de cálculo do imposto é:*

VI - na hipótese do inciso IX do art. 4º, a soma das seguintes parcelas:

- a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18;**
- b) o imposto sobre a importação;**
- c) o imposto sobre produtos industrializados;**
- d) o imposto sobre operações de câmbio;**
- e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração.**

Constato que o autuante apurou os valores exigidos através das planilhas que acostou aos autos, tendo considerado as despesas aduaneiras de acordo com o estabelecido na Lei nº 7.014/96, ficando esclarecido que foi obtido o valor da armazenagem da data do desembarque até a data do desembaraço aduaneiro.

Em relação ao questionamento do autuado quanto à constitucionalidade da legislação deste Estado, observo que este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a

inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal, considerando que foi apurado por meio do levantamento fiscal, erro na determinação da base de cálculo, em relação às despesas aduaneiras, portanto, a infração apurada está devidamente caracterizada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	2.302,09
02	PROCEDENTE	5.850,81
03	IMPROCEDENTE	-
04	PROCEDENTE	36.044,65
TOTAL	-	44.197,55

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 269194.0003/19-0, lavrado contra **BRASKEM S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 44.197,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f” e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2025

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA