

A. I. N° - 278987.0004/15-5  
AUTUADO - SACCOM COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FERRO E AÇO LTDA. (COMPERAÇÃO)-ME  
AUTUANTE - ALMIR DE SANTANA ASSIS  
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/01/2017

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0237-01/16**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. MATERIAIS DE USO E CONSUMO ADQUIRIDOS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. A inexistência das planilhas (exercícios de 2011 e 2013) impedem a verificação da acusação correspondente e a identificação das mercadorias adquiridas, não sendo possível afirmar com segurança que se tratam de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. A existência da planilha analítica referente ao ano de 2012, em CD com o título de “saccom difal 2012”, não serve como prova para a acusação referente aos anos de 2011 e 2013. Portanto, em decorrência da falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, os exercícios de 2011 e 2013, são nulos os referidos períodos, restando tão somente o exercício de 2012. Item parcialmente subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO FALTA RECOLHIMENTO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. O Auditor Fiscal não motiva a exigência, não acosta os demonstrativos de débito que dão origem a exigência do ICMS-ST, causando insegurança na determinação de infração, cerceando o direito do contribuinte autuado. Infração Nula. Rejeito pedido de Perícia Fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Vencido o voto do relator quanto à infração 1. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2016, exige ICMS no valor histórico de R\$679.617,83 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 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. Deixou de recolher DIFAL de Uso e Consumo nos exercícios de 2013 e 2014. Valor R\$46.849,37. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88. Valor R\$632.768,46. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 42/47). Descreve os fatos tributados, ressaltando que se encontra inserida no Programa DESENVOLVE, que tem como propósito fomentar a política de incentivo à indústria no Estado da Bahia, conforme se verifica através da Resolução nº 04/2012 em anexo.

Pontua que os valores apresentados no Auto de Infração são dignos de reparos por serem inconsistentes, uma vez que fora lavrado para exigir ICMS diferencial de alíquotas, não se atendo ao fato de que o referido maquinário não sofre incidência do diferencial de alíquotas.

Afirma que é de fácil percepção que quando da apuração dos supostos valores embasadores da lavratura do Auto de Infração, houve a cobrança dos produtos imobilizados destinados à indústria, contudo, em se tratando de empresas inseridas no programa DESENVOLVE, não há a incidência do diferencial de alíquotas na compra do imobilizado.

Transcreve os termos dos incentivos tratados no DESENVOLVE, concluindo que não praticou qualquer ilegalidade, sendo a autuação equivocada.

Reitera a lisura do seu procedimento fiscal; diz que se encontra disponível para realização da prova pericial; que não existe as discrepâncias apontadas no presente Auto de Infração, conforme se demonstrará através de laudo pericial na ocasião oportuna. Insiste que, em havendo divergência nos valores apontados no Auto de Infração e no laudo técnico apresentado em anexo, forçosa será a realização da perícia técnica contábil com o escopo de se concluir se há ou não erros nos cálculos apresentados.

Afirma conforme prescreve o artigo 8º, IV, do Decreto nº 7.629/99 (Regulamento do PAF no âmbito estadual) que a petição indicará os meios de provas que deseja produzir, o que requer.

Pede o acolhimento da impugnação apresentada, perícia técnica; intimação no endereço dos seus advogados, sob pena de nulidade dos autos, prazo para juntada dos originais, na forma da lei.

O autuante presta Informação Fiscal (fls. 85/86). Diz que procedeu às análises sugeridas pelo contribuinte e necessárias a elucidação das dúvidas por ventura existentes.

Explica que o contribuinte tem cumprido parcialmente as suas obrigações tributárias, tanto que o seu contador solicitou o benefício do REFIS vigente em 2015, já com um valor apurado e diferente desse levantamento, oriundo de uma ação fiscal.

Informa que apresentou tais valores, não havendo dúvidas, no momento da apresentação do presente Auto de Infração. Diz que os valores não são incidentes sobre o maquinário industrial como informa o contribuinte, e sim, sobre mercadorias para industrialização adquiridas de outras unidades da federação. Diz que o argumento defensivo não condiz com a realidade dos fatos.

Afirma que, inicialmente, apurou “só estes valores”; necessário cobrar ainda valores referentes a parcela incentivada do DESENVOLVE, que não tem sido recolhida corretamente, dando margem ao cancelamento deste benefício fiscal.

Contesta a alegação defensiva “de não haver qualquer irregularidade”, uma vez que encontrou débitos tributários, no período fiscalizado, reconhecidos, inclusive, pelo próprio contabilista. Diz que o autuado deve atender à legislação do DESENVOLVE, especialmente, a Resolução nº 04/2012.

Diz que confrontou os dados obtidos no SPED fornecido pelo contribuinte ou disponibilizados pela SEFAZ e o resumo apresentado nesta defesa; que disponibilizados tais dados para o contribuinte, via e-mail e, não recebeu retorno da sua apreciação, até o momento.

Constatou divergências entre vários CFOPs, nos períodos fiscalizados, que refletiram na apuração dos valores a serem recolhidos nas atividades de comércio e de indústria, a parte incentivada pelo DESENVOLVE.

Entende que o Auto de Infração é procedente.

#### **VOTO (Vencido quanto à infração 1)**

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das duas infrações descritas e relatadas na inicial do autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes.

Preliminarmente, o autuado suscita a realização de perícia técnica contábil, o que, de pronta resta indeferido o pedido, com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, considerando que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista das provas já constantes nos autos.

Sobre o pedido para que as intimações ou notificações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhamento para endereço dos advogados indicados, de certo que não existe óbice para o seu cumprimento. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

A infração 1 cobra ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$46.849,37.

O autuado alegou que se encontra habilitado no Programa DESENVOLVE, através da Resolução nº 04/2012 (fl. 23) e, portanto, não poderia o Fisco ter exigir ICMS diferencial de alíquotas, uma vez que não há a incidência do diferencial de alíquotas na compra do imobilizado.

O Auditor Fiscal informa apenas que os valores não são incidentes sobre o maquinário industrial. Verifico que foram acostados aos autos, demonstrativos de débitos com a discriminação das operações interestaduais que demandaram a exigência de ICMS-DIFAL (fl. 25/28), além dos demonstrativos em mídia CD (fl. 39).

A tributação do Diferencial de Alíquota está tipificado em nossa Constituição Federal de 1988, no seu artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII. No Estado da Bahia, instituída a exigência na Lei 7.014/96 (art. 2º inciso IV). A norma esteve regulamentada no Decreto 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS /BA), vigente, na época dos fatos ocorridos, até 31.03.2012.

O art. 5º, I do RICMS-BA/97 define assim o momento da incidência, para efeito do pagamento:

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;*

A partir da vigência do RICMS-12 (Decreto nº 13.780/12), o ICMS diferencial de alíquotas está assim definido:

*§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:*

*( ... )*

*III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:*

- a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;*
- b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto;*

Nesse sentido, a diferença de alíquota incide nas aquisições interestaduais de bens destinados ao uso do próprio adquirente ou ao seu ativo imobilizado. A Resolução nº 04/2012 (fl. 23) que habilitou o autuado ao aludido benefício, concedeu deferimento do lançamento e pagamento do ICMS, nas aquisições em outras unidades da federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação.

Verifico que a exigência recaiu sobre a operação de aquisição de materiais de consumo, o que constantes nas planilhas anexadas da mídia CD (fl. 39), com o nome "SACCOM DIFAL 2012" e "SACCOM DIFAL 2013", "SACOM\_RESUMO DIFAZ E ANTECIPAÇÃO PARCIAL\_QFF". O benefício da postergação do pagamento de ICMS - diferença de alíquota previsto na Resolução assinada pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE alcança a aquisição de bens do ativo. No caso em concreto, o preposto do Fisco, apesar da confusa e diversidade de planilhas que utilizou para demonstrar a ausência do recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas, a exigência restou patente e incidiu apenas sobre a aquisição de bens para uso e consumo, em outra unidade da Federação.

Posto isso, considerando a incidência do ICMS relativo à diferença de alíquotas existente entre a

alíquota interna (praticada no Estado destinatário) e a alíquota interestadual, nas operações de entradas de bens de outra unidade da Federação destinadas para o consumo do adquirente ou para o seu ativo fixo, a exigência efetuada pela fiscalização, considerando, no caso específico, que o diferimento do ICMS expressado na Resolução nº 40/2012 não alcance a aquisição interestadual de bens destinados ao uso e consumo, e de acordo com os demonstrativos retro aludidos, resta devidamente configurada a exigência, no valor total de R\$46.849,37.

Na segunda infração a acusação é que o contribuinte autuado efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88, em valor que totalizou R\$632.768,46.

De início, vale ressaltar o defeito na formulação e descrição do fato tipificado como infração, uma vez que o Auditor Fiscal faz referência à aquisição de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88, quando, na realidade, tais anexos não mais estavam vigentes, na época dos fatos considerados, o que, pelo menos em tese, poderia impossibilitar ou dificultar a apresentação das razões defensivas e implicar cerceamento ao direito de ampla defesa.

O desacerto fiscal é maior. O Auditor não cuidou de elaborar, acostar aos autos, um demonstrativo discriminando as operações irregulares que o conduziram ao lançamento de ofício, na exigência do recolhimento a menor do ICMS-ST. Não se encontram mostradas quais mercadorias, quais notas fiscais, procedência, valores das operações, base de calculo, valor efetivamente recolhido, valor do ICMS da substituição tributária devido, etc. e que determinaram a exigência. Os papéis de trabalho colocados no PAF não dizem respeito aos valores consignados no Auto de Infração; as diversas planilhas eletrônicas constantes da mídia CD (fl. 39) misturam levantamentos e informações sobre o Programa DESENVOLVE, ICMS da antecipação parcial, diferencial de alíquotas, mas, absolutamente, nenhuma referência acerca da apuração de suposto recolhimento a menor do ICMS sobre o regime da Substituição Tributária.

Não obstante a descrição suplementar na inicial dos autos acerca da falta de recolhimento do ICMS sobre a antecipação parcial, do ICMS diferencial de alíquotas sobre materiais de uso e consumo, além do ICMS normal e relativo ao DESENVOLVE, e mesmo diante da relevância numérica dos créditos reclamados pelo Fisco do Estado da Bahia, nenhum elemento foi trazido aos autos acerca da infração apurada, nessa infração 2.

Por estratégia da defesa ou não, a impugnação foi manejada sem discutir expressamente a acusação fiscal no item 2. Em respeito ao devido processo legal, a supremacia do interesse público e indisponibilidade do crédito tributário, uma autuação com esse nível de caracterização não pode resistir validamente. Resta evidente insegurança jurídica na determinação de infração, com o consequente cerceamento do direito de defesa, uma vez que não existe clareza, não existe prova na apuração do “*ICMS recolhido a menor*”.

Não restou devidamente motivada a autuação, em prejuízo ao devido processo legal e aos direitos do contribuinte.

O lançamento de ofício com tal natureza de insegurança e sem a devida motivação, não pode prosperar e deve ser formalmente nulo. Por óbvio, represento à autoridade fiscal da região, onde se encontra localizado o contribuinte autuado, para investigar a pertinência de nova investigação fiscal acerca do crédito fiscal, ora anulado, nesse item 2, em obediência aos prazos da decadência tributária. A infração 2 é nula.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração É PROCEDENTE E PARTE.

#### **VOTO VENCEDOR (Infração 1)**

Apesar da existência nos autos de inúmeras planilhas referentes a apuração de saldo devedor de infrações que não constam neste Auto de Infração, não foi constatado na sessão de julgamento a

existência das planilhas analíticas referentes aos anos de 2011 e 2013 da infração 1, nem em papel nem em CD.

A inexistência das referidas planilhas impedem a verificação da acusação correspondente. Sem a identificação das mercadorias adquiridas, não é possível se afirmar com segurança que se tratam de mercadorias destinadas ao uso de consumo do estabelecimento. A existência da planilha analítica referente ao ano de 2012, em CD com o título de “saccom difal 2012”, não serve como prova para a acusação referente aos anos de 2011 e 2013.

Desta forma, em decorrência da falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração relativa aos anos de 2011 e 2013, voto pela nulidade da infração 1 em relação à reclamação de créditos tributários desses períodos, restando a procedência da infração 1 apenas em relação ao ano de 2012, no valor de R\$20.791,48, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. JULGADO	MULTA
31/07/2012	974,86	60%
31/08/2012	1.237,54	60%
30/09/2012	2.535,54	60%
31/10/2012	13.768,12	60%
30/11/2012	1.725,20	60%
31/12/2012	550,22	60%
<b>TOTAL</b>	<b>20.791,48</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278987.0004/15-5, lavrado contra **SACCOM COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE FERRO E AÇO LTDA. (COMPERAÇO)-ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.791,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Representa-se à autoridade fiscal da região, onde se encontra localizado o contribuinte autuado, para investigar a pertinência de nova investigação fiscal acerca do crédito fiscal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Infração 1)

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR/VOTO VENCEDOR  
(Infração 1)