

A. I. N° - 299314.0001/21-0
AUTUADO - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAL DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28/12/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0203-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. VALOR CORRESPONDENTE A 10% DO RESPECTIVO INCENTIVO OU BENEFÍCIO EM FAVOR DO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DE POBREZA. Extingue-se o processo administrativo fiscal em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. O imposto exigido na Infração 01 encontra-se com exigibilidade suspensa em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2021, refere-se à exigência de R\$136.596,37 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 003.002.018: Recolhimento a menos do ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, nos meses de março, maio a agosto de 2018. Valor do débito: R\$94.654,04.

Em complemento, consta a informação de que o contribuinte beneficiado pela Lei nº 7.980, de 12/12/2001, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme Resolução nº 111/2006, deixou de atender às condições estabelecidas na Lei 13.564/16.

O Contribuinte foi intimado a apresentar os DAEs comprovantes de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme previsto na Lei nº 13.564/16, no entanto, os comprovantes que foram apresentados não se referem a depósitos do referido fundo, mas sim a depósitos judiciais onde consta como depositante um CNPJ diverso, que não é o do Autuado.

Por outro lado, o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001, ao qual as guias de pagamento se apresentam vinculadas foi extinto em juízo, tendo sido negado, ainda, o efeito suspensivo à apelação no processo do Egrégio TJ/BA.

Infração 02 – 006.002.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2017; janeiro a abril, junho a setembro e dezembro de 2018; janeiro a dezembro de 2019. Valor do débito: R\$41.942,33.

Consta, ainda, que o Autuado deixou de incluir o valor do ICMS DIFAL na sua própria base de cálculo. A nova redação do inciso XI do art. 17 da Lei 7.014/96, dada pela Lei 13.373/15, produziu efeitos a partir de 01/01/2016.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 137 a 177 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que se dedica à fabricação, produção e comercialização de gases medicinais e industriais, dentre outras atividades descritas em seu contrato social (Doc. 01), com filiais em diversos Estados da Federação.

Afirma que apesar da lisura observada em todas as operações realizadas no Estado da Bahia e do efetivo recolhimento do ICMS devido em cada uma das operações realizadas, em 07 de abril de 2021, foi intimado do presente Auto de Infração, lavrado para cobrança de ICMS e multa no valor histórico de R\$ 136.596,37. Reproduz as infrações e diz que será demonstrado a seguir, que o lançamento não merece subsistir, razão pela qual deve ser integralmente cancelado.

Quanto à Infração 01, diz que se verifica a cobrança de ICMS e multa sem a aplicação do benefício previsto no Programa DESENVOLVE, nos termos do artigo 2º da Lei 13.640/2016, pautada na equivocada premissa de que o Impugnante não estaria realizando o depósito do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Pede a nulidade desta Infração, bem como a sua insubsistência, apresentando uma breve contextualização dos fatos que antecedem a presente autuação.

Informa que na consecução de suas atividades empresariais no Estado da Bahia, que consistem na fabricação industrial de gases medicinais e industriais, se beneficia do Programa “DESENVOLVE”, que impacta diretamente toda a sua cadeia produtiva. Referido benefício fiscal foi instituído pela Lei nº 7.980/2001 (DOC. 03), com posterior regulamentação conferida pelo Decreto nº 8.205/2002 (DOC. 04) e seguintes, tendo como função precípua o fomento à expansão e diversificação da matriz industrial do Estado da Bahia.

A partir da leitura da Lei nº 7.980/2001, diz que se verifica que o procedimento de adesão ao referido benefício fiscal compreende a análise dos projetos apresentados pelo contribuinte, que necessitam, fundamentalmente, cumprir uma série de requisitos, e somente após ter sido constatado o cumprimento dos referidos requisitos, a Secretaria Estadual de Fazenda da Bahia, através do seu Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, aprovará ou não a adesão ao programa, através de Resolução disposta sobre o enquadramento específico do contribuinte, dentre outras condições para fruição do programa nas hipóteses permitidas em lei.

Com a adesão ao Programa, o contribuinte deverá periodicamente observar uma série de obrigações e comprovar o efetivo cumprimento das condições estipuladas na concessão do programa, sob pena de cancelamento da autorização e vencimento integral de todas as parcelas vincendas do ICMS.

Informa que, para fazer jus aos benefícios do Programa, pleiteou a habilitação de projetos relacionados a quatro de suas filiais localizadas no Estado da Bahia e obteve a concessão de autorização para fruição do Programa por meio das Resoluções do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (DOC. 05). Informa que, em termos práticos, o benefício de que goza consiste no seguinte: 100% do ICMS devido 80% de redução 10% pago no mês da competência 10% prorrogado para 12 meses.

Comenta que, visando mitigar os efeitos da crise econômica que assola os Estados da Federação e equilibrar os seus respectivos orçamentos, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ editou o Convênio ICMS nº 42/2016 (DOC. 06), publicado no Diário Oficial da União em 13 de abril de 2016, autorizando os Estados a imporem condições para a fruição de incentivos fiscais e benefícios fiscais que resultem em redução do valor do ICMS a ser pago, inclusive aqueles que já foram concedidos. Juntou ao PAF a íntegra do Convênio.

Após a devida ratificação nacional do Convênio por meio do Ato Declaratório nº 7/16, o Estado da Bahia publicou a Lei nº 13.564/2016 (DOC. 07) e internalizou em sua legislação tributária a imposição de condição para a concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS.

Referida Lei estabelece que a fruição do benefício fica condicionada à obrigatoriedade do depósito de valor correspondente a 10% do incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação à Pobreza.

Em seguida, sobreveio a regulamentação da Lei nº 13.564/2016 a partir da publicação do Decreto nº 16.970/2016 (DOC. 08), cujos efeitos já estão em vigor desde o dia 1º de setembro de 2016.

O Decreto Regulamentador delimitou a aplicação das condições de que trata a Lei 13.564/2016 aos seguintes incentivos fiscais: (i) Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE; e (ii) Créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734/97.

No que tange ao Programa “Desenvolve”, determinou-se que “o cálculo do percentual 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado”.

Conclui que os contribuintes beneficiários do Programa DESENVOLVE, como é o seu caso, foram diretamente afetados pelo ato ilegal consubstanciado na exigência de depósito de 10% sobre o valor do benefício anteriormente concedido.

Diante das manifestas ilegalidades e inconstitucionalidades perpetradas pela Lei nº 13.564/2016, informa que impetrou o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 (DOC. 09), com pedido de concessão de medida liminar, a fim de que fosse reconhecido o seu direito líquido e certo de não se submeter à exigência de depósito de montante equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído, a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Diz que o referido *mandamus* foi regularmente processado e distribuído ao D. Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Ato contínuo, foi proferida decisão (DOC. 10) concedendo a medida liminar pleiteada “*para determinar o afastamento do art. 1º da Lei Estadual n. 13.564/2016 em relação à Impetrante, bem como a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pertinente à aplicação do referido dispositivo legal, com determinação de que não sejam levadas a efeito as penalidades previstas no art. 2º da mesma lei, até final decisão nestes autos*”.

Informa que, posteriormente, para sua surpresa, foi prolatada sentença (DOC. 11) julgando extinto o feito sem resolução do mérito.

Diz que interpôs o competente Recurso de Apelação (DOC. 12) para que seja integralmente reformada a r. sentença e reconhecido o seu direito líquido e certo de não se submeter à exigência contida no artigo 1º da Lei 13.564/2016.

O referido Recurso de Apelação está em curso perante a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia aguardando o seu julgamento, conforme se depreende do andamento processual disponibilizado no sítio eletrônico do Tribunal (DOC. 13).

Salienta que uma vez revogada a medida liminar concedida no aludido *mandamus*, realizou (a partir do mês de outubro de 2016) e continua realizando o depósito judicial correspondente à integralidade do crédito tributário sob controvérsia, a fim de que seja suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional.

Alega nulidade da infração 01 em decorrência do manifesto vício de fundamentação e de motivação. Reproduz o § 1º do artigo 129 do Código Tributário do Estado da Bahia e diz que à luz dos dispositivos legais transcritos, denota-se que o auto de infração deverá conter “*a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando as datas da ocorrência*”.

Da análise da autuação ora combatida, registra que a Fiscalização pautou-se na equivocada premissa de que os depósitos realizados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 não teriam sido feitos pelo Impugnante, porque consta como depositante um CNPJ diverso do Autuado.

Ou seja, em que pese o Impugnante ter apresentado Resposta à Intimação Fiscal (DOC. 14) esclarecendo que realizou e continua realizando, nos autos do aludido mandado de segurança, o depósito do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo benefício, a Fiscalização entendeu por bem desconsiderá-los pelo fato de os depósitos judiciais estarem sendo realizados em CNPJ diverso do estabelecimento autuado.

Alega que tal entendimento não merece prosperar na medida em que o CNPJ constante dos depósitos corresponde ao CNPJ da matriz do Impugnante. Explica: Conforme se depreende da Petição Inicial, o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 foi impetrado pela White Martins Gases Industriais Ltda., inscrita no CNPJ/ME sob o nº 24.380.578/0001-89, em benefício das suas filiais situadas no Estado da Bahia, dentre elas a do Impugnante, devidamente indicadas em quadro demonstrativo ao final da Exordial.

Afirma que não pairam dúvidas de que os valores supostamente devidos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza vêm, efetivamente, sendo depositados nos autos do aludido *mandamus*, razão pela qual sua exigibilidade encontra-se suspensa, nos termos do artigo 151, Inciso II, do Código Tributário Nacional. Assim, entende restar evidente que a premissa utilizada pela Fiscalização para fundamentar e motivar a lavratura do presente Auto de Infração está equivocada.

Alega que o lançamento fiscal impugnado violou o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional que exige que o auto de infração determine, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador. Além de violar o CTN, o lançamento fiscal infringiu também o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/1999). Transcreve o art. 18 do RPAF-BA e ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins a respeito.

Afirma que as razões expostas até aqui, suficientes ao reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, podem ser ainda complementadas pelos seguintes argumentos. Sendo o auto de infração ato administrativo típico, deveria necessariamente estar embasado em fundamentos de fato e de direito existentes e juridicamente aptos a justificar a sua edição, sob pena de absoluta nulidade.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assinala que a efetiva existência dos motivos de fato invocados pela Administração Pública apresenta-se como condição para a validade do ato administrativo, para quem a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado.

Além do mais, uma vez alegado como motivo justificador do Auto de Infração nº 299314.0001/21-0 que os depósitos judiciais efetuados não abarcariam a filial ora autuada, resulta inextricável vinculação do ato à higidez destes, donde sua comprovada incongruência, como se demonstrou, implica a imediata decretação de sua nulidade.

Nesse passo, menciona lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e a Teoria Dos Motivos Determinantes. Diz que o Superior Tribunal de Justiça corrobora esse entendimento, firmando sua jurisprudência no sentido de que, “consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo”.

Feitos os esclarecimentos acerca dos valores depositados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001, afirma que resta demonstrada a relação de prejudicialidade entre o presente processo administrativo fiscal e o referido *mandamus*.

Caso este Órgão Julgador não entenda pela nulidade do auto de infração ora impugnado, o que admite apenas a título argumentativo, entende que deve ser determinado o sobrestamento do presente feito até o trânsito em julgado do aludido Mandado de Segurança.

Cita que o artigo 313, inciso V, alínea “a”, do Código de Processo Civil, dispõe que deve ser suspenso o processo quando a sentença de mérito “depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente”.

De acordo com a regra acima transcrita, o Julgador deve suspender o julgamento do processo sempre que a resolução do mérito depender do encerramento de outra causa que verse sobre o mesmo objeto daquele processo pendente de análise.

Ressalta, ainda, que a nossa melhor doutrina se coaduna com os fundamentos ora suscitados, conforme se infere, exemplificativamente, dos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco.

Entende que seria inequivocamente ilegal, representando verdadeira afronta ao Princípio da Verdade Material, a exigência do crédito tributário ora combatido antes do trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001.

Diante do exposto, caso não se entenda pela nulidade da infração ora impugnada, o que admite somente a título argumentativo, requer seja determinado o sobrestamento do presente processo administrativo até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001, em razão da nítida relação de dependência existente entre ambos processos.

Ainda que não se entenda pela nulidade do auto de infração, o que admite apenas por argumentar, informa que passa a demonstrar a total insubsistência da autuação em tela na medida em que a exigência do depósito ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza é manifestamente ilegal, especialmente quando entendida como condição à fruição de benefício fiscal anteriormente concedido.

Isso porque a exigência de depósito de montante equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, representa repentina alteração no comportamento da administração pública, que claramente pactuou os termos do benefício fiscal com a Impugnante (Resoluções – DOC. 05) e, posteriormente, sem qualquer consulta, implementou exigência onerosa não prevista inicialmente.

Afirma que no presente caso, a benesse fiscal foi oferecida pelo Estado da Bahia. A previsão de termo final de vigência para o benefício na forma como foi concedido fez surgir no contribuinte legítima expectativa e consequente estruturação financeira decorrente da manutenção do Programa DESENVOLVE.

Entende que não é dado ao Poder Público ignorar as consequências de seus atos. Comportamentos contraditórios não podem vir a causar prejuízos ao particular em razão do Princípio Constitucional da Proteção da Confiança (Confiança Legítima), conforme lições de Humberto Ávila, que transcreveu.

Diz que no presente caso, os requisitos acima pontuados estão inegavelmente presentes:

- a) a base de confiança consistia na concessão de benefícios e incentivos – no caso específico do Impugnante, o Programa DESENVOLVE, mediante condição, com data final de vigência prevista expressamente na legislação e mediante minucioso procedimento administrativo de concessão;

- b) o exercício da confiança decorre do investimento na implementação do projeto relacionado ao Programa DESENVOLVE, o que permitiu o estímulo da economia Baiana, mediante a implementação de projeto industrial que gera empregos em áreas com baixo estímulo econômico; e
- c) a frustração por ato posterior e contraditório consistente no condicionamento do benefício – repita-se, Programa DESENVOLVE - antes do fim de sua vigência.

Acrescenta que não é permitido a ninguém, nem mesmo à Administração Pública, posicionar-se em sentido contrário aos seus próprios atos, em ofensa aos Princípios da Segurança Jurídica, da Confiança Legítima e da Boa-fé Objetiva, conforme se depreende da própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reproduziu.

Comenta sobre o Princípio da Moralidade Administrativa, e no que tange à proteção conferida pelos Princípios da Segurança Jurídica e da Boa-fé Objetiva nas relações jurídicas-administrativas, reproduz ensinamentos de Humberto Ávila.

Alega que a partir da edição da Lei 13.564/2016, o Estado da Bahia incorre em ofensa ao Princípio Constitucional da Proteção à Confiança, bem como ao próprio Princípio da Segurança Jurídica, já que frustrou a legítima expectativa do particular de se valer do benefício fiscal de que trata o Programa DESENVOLVE, até o prazo final estabelecido nas Resoluções (12 anos contados a partir da publicação no Diário Oficial).

Diz que não se trata de mera concessão de benefício. Trata-se da concessão de benefício condicionado à realização de determinado investimento, o qual evidentemente, já foi incorrido pelo particular, sem que lhe seja garantida a contrapartida antes determinada. Eis o motivo pelo qual, a rigor, soa impróprio falar meramente em benefício. Na realidade, a exoneração sob condição e por prazo determinado corresponde a verdadeiro acordo entre o contribuinte e o Poder Público, com concessões mútuas, de maneira a atingir os resultados perseguidos por ambas as partes.

Afirma que a tônica do artigo 178 do CTN não é a de tutelar a isenção especificamente, mas a de conferir segurança jurídica ao particular que, ante a promessa de alívio tributário, entende pertinente cumprir determinada condição que se mostre vantajosa ao Poder Público.

Conclui ser evidente que o condicionamento de benefício ou incentivo fiscal de que trata a Lei 13.564/2016 deve ser afastado, razão pela qual deve ser integralmente cancelada a infração objeto do presente lançamento fiscal.

Também alega impossibilidade de o Estado da Bahia instituir depósito destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOP) – Reserva De Lei Complementar

Conforme exposto, o Convênio ICMS nº 42/2016 autoriza aos Estados Membros a instituição de “fundo de equilíbrio fiscal, destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas” para o recebimento do depósito mínimo de 10% a título de benefícios ou incentivos fiscais.

Diz que a partir da referida orientação, verifica-se evidente estabelecimento de normas e condições relativas a fundos em matéria público-orçamentária, inclusive, dispondo-se acerca da destinação dos recursos nele depositados. O artigo 165, § 9º, da Constituição Federal é claro ao delimitar a competência reservada à lei complementar para dispor a respeito de tal matéria.

Pede vênia para tecer breve exposição a respeito do Fundo Estadual de Combate à Pobreza e traçar paralelo aos desdobramentos a partir da edição da Lei 13.564/2016 pelo Estado da Bahia, concluindo que o Estado da Bahia ao editar a mencionada Lei não observou a exigência de veiculação mediante lei complementar, referido dispositivo legal deve ser reputado inconstitucional, afastando-se, consequentemente, a exigência de depósito prévio para fruição de benefícios e incentivos fiscais.

Sem prejuízo do quanto exposto, afirma que as disposições da Lei nº 13.564/2016 violam frontalmente o princípio da não-vinculação ou não-afetação inerente aos impostos, insculpida no artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal,

Alega não restar dúvidas de que o montante exigido ao contribuinte corresponde a parcela do ICMS mensal devido, de maneira que o depósito corresponde a redução direta no benefício cuja contrapartida repercute em receita aos cofres públicos.

Afirma que não pode subsistir a autuação em tela na medida em que determina a exigência do depósito de 10% como contrapartida à fruição do benefício fiscal instituído e previamente concedido ao Impugnante.

Também alega impossibilidade de imposição da Multa de Ofício em razão dos depósitos efetuados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001. Caso este Órgão Julgador entenda que o auto de infração preencheu os requisitos de adequada fundamentação e motivação, o que se admite apenas a título argumentativo, deverá ser cancelada a multa de ofício tendo em vista que tais valores encontram-se com a exigibilidade suspensa em razão dos depósitos efetuados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001.

Isto porque, nos termos do artigo 151, inciso II do CTN, o depósito judicial correspondente à integralidade do crédito tributário tem o condão de suspender sua exigibilidade. Uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, quando da constituição do crédito tributário, a Fiscalização fica impedida de exigir multa de ofício, nos termos do artigo 63 da Lei nº 9.430/1996.

Considerando que a exigibilidade do crédito tributário ora em exigência encontra-se suspensa em razão dos depósitos realizados no aludido mandado de segurança, diz que o cancelamento da multa de ofício aplicada, é medida que se impõe.

INFRAÇÃO 02: Alega que uma simples leitura do anexo 03 demonstra uma série de equívocos incorridos pela Fiscalização. Diz que a descrição da infração imputada faz referência expressa às operações de “aquisição de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinada a consumo do estabelecimento”. Contudo, ao analisar o anexo 03, verifica-se que a Fiscalização incluiu na autuação uma série de operações registradas sob o CFOP 2352, referentes à aquisição de serviço de transporte por estabelecimento industrial. Isto é, em uma breve leitura superficial, fica clara a ausência de correlação entre a descrição da infração 02 e diversas operações a que se pretende tributar, em manifesta violação ao artigo 142 do CTN e ao artigo 18 do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/1999, o que a macula de nulidade. Acaso superada a fragilidade na fundamentação da infração, cumpre demonstrar os outros equívocos incorridos pela Fiscalização no que tange à Infração 02.

Dentre as operações autuadas, verifica-se que diversas das aquisições tiveram como origem contribuintes optantes do Simples Nacional, como é o caso da Cubatrans Transportes e Locações Ltda. (DOC. 15), V. L Comércio De Brindes Promocionais Ltda. (DOC. 16), Allprot Optical Comercial EIRELI (DOC. 17), L M B Dos Santos Transportes de Cargas Aérea e Rodoviária (DOC. 18), Confecções Package Ltda. (DOC. 19) e Salles Tornearia Ltda. (DOC. 20).

Para as aquisições realizadas junto aos contribuintes acima indicados, a Fiscalização está a exigir o DIFAL à alíquota de 18% (dezoito por cento), desconsiderando por completo o valor já recolhido a título de ICMS nos Estados de origem. Isto porque, a Lei Complementar nº 123/2006, em seu artigo 12 e seguintes, institui o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (“SIMPLES NACIONAL”), que concede tratamento tributário diferenciado, que implica o recolhimento em documento único de arrecadação o IRPJ, o IPI, a CSLL, a COFINS, o PIS/PASEP, a CPP, o ICMS e o ISS.

Ainda que o Diferencial de alíquota seja devido ao Estado da Bahia, entende que em hipótese alguma poderia ter sido cobrado à alíquota total de 18% (dezoito por cento), desconsiderando por completo os valores já recolhidos a este título no estado de origem da mercadoria. Diz que se

impõe o recálculo do diferencial de alíquotas supostamente devido sobre as operações realizadas com contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL.

Destaca que dentre as operações autuadas observou-se a apresentação de operações realizadas entre a Impugnante e sua filial localizada no Estado de Pernambuco, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 24.380.578/0022-03.

Com relação a estas operações, diz que não há que se falar em cobrança do ICMS, na medida em que não há transferência de titularidade.

Sobre o tema, em 15 de agosto de 2020, quando do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.255.855, submetido ao rito da repercussão geral (Tema 1.099), o E. Supremo Tribunal Federal reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que não incide o ICMS em transferências interestaduais de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, sob o fundamento de que não há alteração da titularidade do bem e, portanto, não há operação mercantil.

Conclui restar demonstrada a insubsistência da infração imputada à Impugnante, razão pela qual deve ser cancelado o auto de infração ora impugnado.

Alega, ainda, abusividade e da finalidade confiscatória da multa de ofício aplicada em ambas as infrações. Afirma que tal sanção demonstra que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, a situação do contribuinte e de sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro razoável para lhe balizar o cálculo.

Comenta que o artigo 3º do Código Tributário Nacional define o tributo como uma “prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito”. Por esta razão, o tributo não pode ser utilizado para punir, do mesmo modo que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento disfarçado de arrecadação.

Por sua vez, a severidade das sanções visa proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento dos tributos devidos. No entanto, deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas, havendo uma graduação razoável. A punição, portanto, deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como o bem jurídico que se visa proteger.

Alega que no presente caso, a multa aplicada não respeita os Princípios Constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Cita na doutrina administrativa a noção de que o princípio implícito da proporcionalidade (ou razoabilidade) deve servir como limite à discricionariedade da Administração Pública (inclusive as autoridades fiscais) e do próprio legislador, impedindo a aplicação de “sanções desproporcionais ou inadequadas em relação às infrações praticadas”, especialmente no caso de “penas pecuniárias, que devem ser fixadas em limites razoáveis, de modo a não assumir caráter confiscatório, nem onerar excessivamente a atividade profissional exercida licitamente”

Diz que a multa ora discutida viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como da vedação ao confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal e menciona decisões do STF e do STJ, concluindo restar demonstrada a manifesta abusividade e caráter confiscatório da multa de ofício aplicada no percentual de 60% (sessenta por cento) dos valores supostamente devidos pela Impugnante.

Pelos fundamentos de fato e de direito acima expostos, requer o conhecimento e o provimento da Impugnação, a fim de que seja reconhecida a nulidade do presente Auto de Infração ou, caso assim não se entenda, seja reconhecida a sua improcedência e, por conseguinte, cancelado o lançamento fiscal e extinto o crédito tributário autuado.

Requer, por fim, que toda intimação seja enviada e publicada, exclusivamente, em nome da advogada Alessandra Bittencourt de Gomensoro, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708 e na OAB/BA sob o nº 64.600 e com endereço à Av. Praia do Flamengo, nº 200, 11º andar, Flamengo, Rio de

Janeiro – RJ, CEP 22.210-901, bem como atesta pela autenticidade da documentação societária e instrumento de representação judicial ora juntados.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 180 a 187 dos autos. Preliminarmente, destacam que o Contribuinte recebeu uma cópia idêntica ao PAF em questão, com todos os elementos que descrevem detalhadamente a infração evidenciada na ação fiscal, inclusive através dos respectivos enquadramentos legais e multa aplicada, conforme se observa às fls. 01 a 03 do PAF. Observam também que, mesmo tendo sido entregues todos os demonstrativos ao Contribuinte, o mesmo poderia solicitar cópia adicional de parte ou de todo o PAF em tela.

Esclarecem que as circunstâncias nas quais o Auto de Infração foi lavrado encontram-se muito bem delineadas à fl. 01 do processo, estando evidente que a irregularidade constatada decorre da irresignação do Contribuinte em relação às imposições previstas na Lei 13.564/16, cuja cópia do texto se encontra anexada ao PAF, fl.112.

Dizem que em se tratando do DESENVOLVE, um benefício fiscal de enorme magnitude e repercussão a favor do Contribuinte, cuja materialização, no caso em questão, se deu com as Resoluções 111/2006 do Conselho Deliberativo do Programa, cujas cópias se encontram anexadas à fl. 113. Ressaltam que o grupo econômico em questão vem sendo autuado repetidas vezes em diversas filiais no Estado da Bahia por erro na quantificação do benefício, como se confirma nos autos de infração 2993140020/10-0, 2691903003/16-6, 2691900001/10-3, 2691900106/15-0, dentre outros, todos já julgados procedentes pelo CONSEF. Apesar de versarem sobre infrações distintas deste PAF, evidenciam um certo descuido em relação ao atendimento aos pré-requisitos estabelecidos no programa DESENVOLVE, já desde a sua concessão em 2006.

Fazem uma síntese das alegações defensivas quanto à Infração 01 e dizem que os percentuais constantes na Tabela I anexa ao Decreto 8.205/2002, que disciplina o montante dos descontos de ICMS a serem aplicados pelos beneficiários do DESENVOLVE. Por outro lado, o Autuado demonstra não ter qualquer conhecimento de que esta tabela foi alterada pela última vez em 24/08/2016, conforme o Dec. 16.983/16, com efeitos a partir de 01/09/2016, já que, conforme “DOC. 04”, o Defendente anexa a versão antiga do referido Decreto. Portanto, isto evidencia o que já se afirmou anteriormente, ou seja, o beneficiário do programa apresenta certa resistência ao perfeito cumprimento das regras estabelecidas no programa DESENVOLVE.

Afirmam que não se pode perder de vista que o DESENVOLVE é um benefício de natureza financeira, onde é concedido um prazo dilatado para o recolhimento de determinadas obrigações tributárias, visando estimular investimentos na indústria no Estado da Bahia. Neste contexto, o desconto oferecido para que o pagamento das parcelas seja antecipado pelo contribuinte não pode ser confundido com isenção do tributo.

Dizem que o Defendente, após classificar como ilegais e inconstitucionais as exigências contidas na Lei 13.564/16 e citar o mandado de segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 que impetrou, sem se lembrar que foi proferida sentença julgando extinto o feito (vide fls.31 a 35 deste PAF). Portanto, o fato é que não existe qualquer autorização judicial para que o Autuado deixe de cumprir o estabelecido na Lei. Do mesmo modo, não existe qualquer autorização para que o Contribuinte faça depósito judicial dos valores que devem ser recolhidos ao Fundo Estadual.

Informam que, por ocasião da lavratura deste auto de infração, não havia, também, qualquer decisão judicial no sentido da suspensão da exigibilidade do tributo em questão. Não existindo autorização para que fosse feito o depósito judicial, não há que se falar em identificar e/ou vincular as cópias dos comprovantes apresentados aos valores que deveriam ter sido obrigatoriamente recolhidos pela White Martins Gases Industriais do Nordeste Ltda, Inscrição Estadual 029.043.723, CNPJ 24.380.578/0029-80, ao referido Fundo, para que o mesmo pudesse gozar do benefício do DESENVOLVE.

Salientam que o Contribuinte foi intimado pela Fiscalização para apresentar os comprovantes de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (fls. 21 a 26 deste

PAF), contudo, nada apresentou que comprovasse o referido depósito. Em resposta à intimação (fls. 21 a 26) para apresentação de Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) comprovantes de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme previsto na Lei 13.564/16, foram apresentados documentos (fls. 66, 67, 69, 70, 72, 73, 75, 76, 78 e 79 em resposta deste PAF) que reportam a uma inscrição de contribuinte do estado de Pernambuco, CNPJ 24.380.578/0001-89. Portanto, trata-se de contribuinte diverso daquele que foi submetido à ação fiscal, CNPJ 24.380.578/0029-80, do Estado da Bahia. Relemboram que não existe qualquer autorização judicial para que o Contribuinte faça depósito judicial dos valores que devem ser recolhidos ao reportado Fundo Estadual ou que deixe de cumprir o previsto na Lei 13.564/16. A manifestação do Contribuinte em nada o beneficia.

Apresentam cópia do despacho da Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS) no processo nº PGEnet 2016 01 040423 referente ao MS nº 0562849-74.2016.8.05.0001, no qual tem orientação importante à Sefaz. Tal processo foi levado em conta pelos autuantes por ocasião da ação fiscal empreendida.

Afirmam que o Defendente tenta macular o procedimento fiscal quando despreza o conjunto de elementos que compõem a rica descrição dos fatos constantes às fls. 1 do PAF para focar exclusivamente na falta de correspondência do número do CNPJ dos documentos que é perfeitamente comprovada no processo, porém, no entanto, não pode ser dissociada dos demais elementos com o fim de confundir os ilustres julgadores. A afirmação do Demandante às fls. 146 de que “... a D. Fiscalização entendeu por bem desconsiderá-los pelo fato de os depósitos judiciais estarem sendo realizados em CNPJ diverso da Impugnante ...” visa ocultar uma situação que, na verdade, se encontra inserida em um contexto bem mais amplo, conforme anteriormente exaustivamente disposto.

Dizem que a ausência de autorização judicial para depósito em juízo ou para suspensão de exigibilidade do tributo depõem contra a conclusão a que chega o Requerente à fl. 146, quando afirma que “... os valores supostamente devidos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza vêm, efetivamente, sendo depositados pela Impugnante nos autos do aludido mandamus, razão pela qual sua exigibilidade encontra-se suspensa ...”. Contudo, ocorre que naquela data, conforme sentenças judiciais cujas cópias foram anexadas pelos autuantes às fls. 31 à 37 deste PAF, o citado processo já se encontrava extinto (vide fls. 34 do PAF: “... EXTINTA, sem resolução de mérito ...”).

Registraram que às fls. 146, sem tecer qualquer comentário referente ao fato de que o mandado de segurança em questão se encontra EXTINTO, o Autuado segue alegando que o CNPJ da matriz foi utilizado no processo judicial em benefício da filial autuada. Entendem que a manifestação do Contribuinte em nada o beneficia.

Do mesmo modo, dizem que não assiste razão ao Autuado quando alega violação aos artigos 142 do CTN e 18 do RPAF (Dec. 7.629/1999) que transcreve, já que todos os elementos necessários para a perfeita identificação do fato gerador, sujeito passivo, montante do tributo devido e penalidade cabível se encontram comprovadamente presentes às fls. 1 a 133 deste processo (PAF).

Afirmam que o Defendente faz, ainda, alegações retóricas, as quais já foram exaustivamente repelidas pelos documentados apresentados, o que torna insustentável qualquer pedido para que se determine o sobrerestamento do processo. Repetem que a manifestação do Contribuinte em nada o beneficia.

Ressaltam que, conforme já afirmado, o DESENVOLVE é um benefício de natureza financeira, onde ocorre uma dilação do prazo de pagamento para determinada parcela do tributo. Não houve qualquer alteração na legislação que modificasse tais prazos de recolhimento, conforme bem pontua a ilustre Auditora Fiscal da Gerencia de Consulta Tributária da Diretoria de Tributação da SEFAZ-BA, Cristiane da Sena Cova, em parecer referente à matéria.

Asseguram que o crédito fiscal em questão foi constituído, revestido de todas as provas e evidências necessárias, tendo a multa sido aplicada conforme previsto na Lei Estadual 7.014/96. Não cabe, pois, aos autuantes adentrar neste aspecto da esfera de discussão trazida na impugnação, que abrange inconstitucionalidade da regra estabelecida e o caráter abusivo da multa aplicada.

Concluem que, relativamente à Infração 01 – 003.002.018, foi comprovado que não foi efetuado o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (fls. 21 a 26 deste PAF), que o citado Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 foi extinto por ilegitimidade passiva sem julgamento do mérito (fls. 31 a 37 deste PAF) e que os cálculos do montante do tributo devido conforme apresentados às fls. 30 não foram objeto de contestação por parte do Autuado. Assim sendo, o Impugnante não apresentou qualquer prova que pudesse elidir a Infração 01 – 003.002.018 cometida. Autuação integralmente mantida.

Em relação à Infração 02, afirmam que o Defendente demonstra desatenção, pois, a base de cálculo é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo, conforme o inciso XI do art. 17 da Lei 7.014/96. Concluem que a manifestação do Contribuinte em nada o beneficia.

Dizem que o Defendente não apresentou na presente peça defensiva o citado recálculo, mesmo tendo recebido os arquivos eletrônicos das planilhas do DEMONSTRATIVO DO RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS REFERENTE À DIFERENÇA DE ALÍQUOTA NA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO (ANEXO 03) de fls. 114 a 121 em formato Excel editável, conforme se comprova com o Recibo de Recepção de Arquivos Eletrônicos de fls. 130 e 131 do PAF. Reafirmam que a manifestação do Contribuinte em nada o beneficia.

Ressaltam que, sem apresentar a operação relacionada a sua declaração e sua efetiva repercussão nos valores constantes no DEMONSTRATIVO DO RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS REFERENTE À DIFERENÇA DE ALÍQUOTA NA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO (ANEXO 03) de fls. 114 a 121. Dizem que a manifestação do Contribuinte em nada o beneficia.

Concluem, relativamente à Infração 02 – 006.002.001, que o Contribuinte não apresentou efetiva contestação quanto a um particular documento fiscal e seus respectivos dados, bem como aos valores do tributo devido conforme DEMONSTRATIVO DO RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS REFERENTE À DIFERENÇA DE ALÍQUOTA NA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO (ANEXO 03) de fls. 114 a 121 e, também, o Impugnante não apresentou qualquer prova que pudesse elidir a Infração 01 – 003.002.018 cometida. Autuações integralmente mantidas.

Do quanto foi exposto pelo Contribuinte, nenhuma alegação apresentada em sua peça de defesa deixou de ser atentamente verificada. Do mesmo modo, não houve qualquer fato, documento ou argumento que não tenha sido verificado e considerado. O Contribuinte, em sua defesa, produziu todas as provas que entendeu necessárias e suficientes para alcançar suas pretensões de bem defender-se, relativamente à autuação de que trata o presente PAF, pois, ao mesmo não foi estabelecido qualquer obstáculo, garantindo seu amplo direito de defesa.

Por fim, ressaltam que, após verificar as fls. 01 a 133, restou comprovado que o Contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos, documentos e arquivos eletrônicos integrantes do auto de infração de nº 299314.0001/21-0 em 07 de abril de 2021, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de direito de defesa.

Com relação à defesa formulada pelo Contribuinte WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAL DO NORDESTE LTDA, acostada a este PAF às fls. 135 a 178, referente ao presente Auto de Infração, pedem que seja julgado integralmente procedente.

Em sustentação oral, o representante legal do Autuado alegou que a decisão que julgou extinto o referido *mandamus* ainda não transitou em julgado, tendo, inclusive, sido admitido o Recurso Especial interposto para o Superior Tribunal de Justiça, que aguarda remessa para julgamento.

Encaminhou a esta Junta de Julgamento Fiscal as “PRINCIPAIS PEÇAS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0562849-74.2016.8.05.0001”, inclusive, cópia da decisão que admitiu o Recurso Especial interposto e determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Augusto Cesar da Silva Quintanilha, OAB/RJ Nº 231.329.

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.

As infrações apuradas foram descritas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido.

Rejeito o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a Infração 01 trata de recolhimento a menos do ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, nos meses de março, maio a agosto de 2018.

O contribuinte, beneficiado pela Lei nº 7.980, de 12/12/2001, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme Resolução nº 111/2006, foi intimado a apresentar os DAEs comprovantes de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme previsto na Lei nº 13.564/16, no entanto, os comprovantes que foram apresentados não se referem a depósitos do referido fundo, mas sim, a depósitos judiciais onde consta como depositante um CNPJ diverso, que não é o do Autuado.

Para melhor entendimento desta lide, vale fazer uma síntese dos fatos, com base nas informações prestadas pelo Impugnante nas razões de defesa e os esclarecimentos dos Autuantes quando prestaram a Informação Fiscal.

O Defendente impetrou o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 (DOC. 09), com pedido de concessão de medida liminar, a fim de que fosse reconhecido o seu direito de não se submeter à exigência de depósito de montante equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído, a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Disse que foi proferida decisão (DOC. 10) concedendo a medida liminar pleiteada *“para determinar o afastamento do art. 1º da Lei Estadual n. 13.564/2016 em relação à Impetrante, bem como a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pertinente à aplicação do referido dispositivo legal, com determinação de que não sejam levadas a efeito as penalidades previstas no art. 2º da mesma lei, até final decisão nestes autos.”*

Uma vez revogada a medida liminar concedida, o Defendente informou que realizou (a partir do mês de outubro de 2016) e continua realizando o depósito judicial correspondente à integralidade

do crédito tributário sob controvérsia, a fim de que seja suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional.

Explicou: o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 foi impetrado pela White Martins Gases Industriais Ltda., inscrita no CNPJ/ME sob o nº 24.380.578/0001-89, em benefício das suas filiais situadas no Estado da Bahia, dentre elas o estabelecimento Autuado, devidamente indicado em quadro demonstrativo (fl. 146 do PAF).

Na informação fiscal, os autuantes destacaram que o Contribuinte foi intimado pela Fiscalização para apresentar os comprovantes de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (fls. 21 a 26 deste PAF). Foram apresentados documentos (fls. 66, 67, 69, 70, 72, 73, 75, 76, 78 e 79 deste PAF) que reportam a uma inscrição de contribuinte do Estado de Pernambuco, CNPJ 24.380.578/0001-89. Trata-se de contribuinte diverso daquele que foi submetido à ação fiscal, CNPJ 24.380.578/0029-80, do Estado da Bahia.

Os Autuantes concluem restar comprovado que não foi efetuado o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (fls. 21 a 26 deste PAF), e que o citado Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 foi extinto por ilegitimidade passiva sem julgamento do mérito (fls. 31 a 37 deste PAF).

O Despacho da PROFIS, reproduzido pelos Autuantes à fl. 183 deste PAF, se refere à “ORIENTAÇÃO PARA LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO”, com o registro de que o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 foi extinto por ilegitimidade passiva, sem julgamento do mérito, e que foi negado efeito suspensivo à apelação da Empresa. Foi orientado à Fiscalização, a proceder auditoria na empresa autuada, em relação ao recolhimento ou não do Fundo Estadual de Combate e Erradicação à Pobreza, com multa e consectários, se for o caso.

O Defendente alegou que a decisão que julgou extinto o referido *mandamus* ainda não transitou em julgado, e encaminhou a esta Junta de Julgamento Fiscal as “PRINCIPAIS PEÇAS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0562849-74.2016.8.05.0001”, inclusive, cópia da decisão que admitiu o Recurso Especial interposto e determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento.

Observo que sendo a matéria objeto de Mandado de Segurança e o Recurso Especial interposto para o Superior Tribunal de Justiça, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99.

Assim, nos termos do art. 122, incisos II e IV do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal, em relação a infração 01, em decorrência do ingresso pelo sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, ficando mantido o lançamento e suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final pelo Poder Judiciário.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2017; janeiro a abril, junho a setembro e dezembro de 2018; janeiro a dezembro de 2019. Valor do débito: R\$41.942,33.

Consta, ainda, que o Autuado deixou de incluir o valor do ICMS DIFAL na sua própria base de cálculo. A nova redação do inciso XI do art. 17 da Lei 7.014/96, dada pela Lei 13.373/15, produziu efeitos a partir de 01/01/2016.

Em relação ao pagamento da diferença de alíquota, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O Defendente alegou que ao analisar o anexo 03, verifica-se que a Fiscalização incluiu na autuação uma série de operações registradas sob o CFOP 2352, referentes à aquisição de serviço de

transporte por estabelecimento industrial. Isto é, em uma breve leitura superficial, fica clara a ausência de correlação entre a descrição da infração 02 e diversas operações a que se pretende tributar, em manifesta violação ao artigo 142 do CTN e ao artigo 18 do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/1999.

Trata-se de recolhimento a menos do ICMS, correspondente à diferença de alíquota, sendo indicados nos demonstrativos dos Autuantes os documentos fiscais e respectivos valores apurados, se constatando nas alegações defensivas que o Impugnante não informou a que documentos fiscais se referem os argumentos de que foram incluídas na autuação operações referentes à aquisição de serviço de transporte, e também, em relação às operações de transferência entre estabelecimentos da mesma titularidade. Conforme destacado na Informação Fiscal, o Contribuinte não apresentou efetiva contestação quanto a um particular documento fiscal e seus respectivos dados, bem como aos valores do tributo devido.

O Defendente também alegou que, dentre as operações autuadas, verifica-se que diversas das aquisições tiveram como origem contribuintes optantes do Simples Nacional. Para as aquisições realizadas junto aos contribuintes acima indicados, a Fiscalização está a exigir o DIFAL à alíquota de 18% (dezoito por cento), desconsiderando por completo o valor já recolhido a título de ICMS nos Estados de origem. Isto porque, a Lei Complementar nº 123/2006 concede tratamento tributário diferenciado, que implica o recolhimento em documento único de arrecadação o IRPJ, o IPI, a CSLL, a COFINS, o PIS/PASEP, a CPP o ICMS e o ISS.

Observo que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, conforme estabelece o art. 321, inciso VIII do RICMS-BA/2012. Neste caso, o imposto será calculado tomando-se por base as alíquotas aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional (§ 1º desse mesmo art. 321). Dessa forma, não acato a alegação defensiva, considerando que o recolhimento efetuado pelo contribuinte do Simples Nacional em documento único de arrecadação, como alegado pelo Defendente, não exclui a incidência do ICMS relativo à diferença de alíquotas.

Conforme descrição dos fatos, em relação à base de cálculo, a autuação é decorrente da não inclusão do valor do próprio imposto incidente na operação, e o inciso XI do art. 17 da Lei 7.014/96 estabelece que a base de cálculo é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

Lei nº 7.014/96:

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

...

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

A conclusão é no sentido de que a base de cálculo do imposto a pagar será o valor referente à aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual, e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal. Mantida a exigência fiscal constante neste item do presente lançamento.

O Impugnante apresentou o entendimento de que a multa aplicada não respeita os Princípios Constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Afirmou restar demonstrada a manifesta abusividade e caráter confiscatório da multa de ofício aplicada no percentual de 60% (sessenta por cento) dos valores supostamente devidos.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na

lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Por fim, o Defendente requereu que toda intimação fosse enviada e publicada, exclusivamente, em nome da advogada, Dra. Alessandra Bittencourt de Gomensoro, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708 e na OAB/BA sob o nº 64.600, no endereço que indicou.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando a suspensão da exigibilidade do imposto quanto à Infração 01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0001/21-0**, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$136.596,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário referente infração 01, no valor de **R\$94.654,04**, acrescido da multa e demais acréscimos legais, até a decisão final da lide pelo poder judiciário e adoção, pela PGE/PROFIS, das providências de sua alçada.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA