

**PROCESSO** - A. I. Nº 222468.0018/19-1  
**RECORRENTE** - JUSOUZA – AUTO POSTO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0103-04/21-VD  
**ORIGEM** - INFAZ COSTA DO CACAU  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 10/03/2022

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0018-11/22-VD

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS E BENS PARA ATIVO FIXO E/OU USO OU CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado limitou-se a arguir o cumprimento de duas obrigações tributárias, sem, contudo, comprovar o pagamento do ICMS - DIFAL incidente sobre essas operações. Mantida a multa aplicada. Acusação subsistente. Rejeitada a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 103-04/21-VD proferido pela 4ª JF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 29/07/2019 no valor histórico de R\$28.776,57, em razão da seguinte infração:

***Infração 01 – 06.05.01** – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.*

Após a conclusão da instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

#### **VOTO**

*Tratam os presentes autos de exigência tributária no montante de R\$28.776,57 a título de falta de pagamento do ICMS diferença entre alíquotas, pelas aquisições interestaduais de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao Ativo Fixo ou consumo próprio pelo estabelecimento do autuado.*

*Tal exigência se encontra respaldada pela planilha analítica de fls. 09 a 11, a qual foram juntadas cópia das notas fiscais eletrônicas que a integram, documentos estes que foram entregues ao autuado.*

*Em sua defesa o autuado alegou que são improcedentes as alegações veiculadas pela autuação, pois sempre recolheu com precisão todos os tributos devidos, inclusive o ICMS decorrente de aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, não havendo qualquer valor a ser complementado, conforme denotam os registros constantes nos sistemas da Sefaz, asseverando, também, que não há nos presentes autos qualquer demonstração da omissão que lhe foi imputada, ou mesmo demonstração de conduta perpetrada de má-fé.*

*Com esses argumentos sustentou que o autuante não se desincumbiu da prova que lhe cabe, o que afasta a possibilidade de qualquer autuação ou imposição de multa.*

*Não há qualquer discussão nos autos quanto a exigência do ICMS - Difal, o qual é devido o seu pagamento por contribuinte ou não do imposto, ao adquirir bens destinados ao Ativo Imobilizado ou para uso ou consumo próprio procedente de outro Estado, conforme dispõe o artigo 2º, inciso IV da Lei Estadual nº 7.014/96, cujo diferencial de alíquota deverá ser lançado no livro fiscal do Registro de Apuração do ICMS, junto com o cômputo dos débitos fiscais do período de apuração de ICMS, conforme alínea “a”, inciso III, § 4º, do Art. 305 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.*

*Diferentemente, portanto, do quanto alegado pelo autuado, a exigência fiscal se encontra devidamente demonstrada e provada nos autos, de acordo com os doc. fls. 09 a 26, todos de pleno conhecimento e posse pelo autuado, que, a rigor, não comprovou tais pagamentos, limitando-se a dizer que recolheu com precisão todos os tributos devidos, não apresentando a comprovação de qualquer valor a título de Difal.*

*Por oportuno, observo que o autuado foi intimado em 04/12/2020, fls. 57 e 58, para ciência do quanto foi solicitado pela diligência encaminhada, oportunidade em que lhe foram fornecidas cópias dos documentos constantes às fls. 07 a 26, com concessão da reabertura do prazo de defesa de sessenta dias, entretanto, quando da sua manifestação, se limitou a repetir os mesmos argumentos já apresentados quando da impugnação inicial.*

*Quanto ao pedido de redução da multa no percentual de 95% não há previsão legal para tal fim, cuja penalidade aplicada no percentual de 60% encontra respaldo no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, devendo, portanto, ser mantida, pois é a legalmente prevista.*

*Em relação ao pedido do autuado para que as notificações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhadas para sua representante legal, informo que as intimações concernentes a processos administrativos fiscais ocorrem de acordo com o previsto pelo Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, entretanto, nada impede que também seja encaminhada aos representantes legais do contribuinte, ao tempo em que, o não atendimento não acarreta qualquer nulidade processual.*

*Em conclusão voto pela Procedência do presente Auto de Infração.*

O contribuinte, por sua vez, interpôs Recurso Voluntário pelos motivos sintetizados a seguir.

Inicialmente, argui a nulidade da infração apontando a ilegitimidade da exigência da DIFAL de mercadoria destinada a consumidor final antes da edição de Lei Complementar sobre a matéria com base no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1287019/DF com repercussão geral reconhecida pelo STF (Tema 1093), em conjunto com a ação direta de inconstitucionalidade 5469/DF, por meio do qual foi declarada a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Alega que o Auto de Infração se tornou totalmente insubsistente diante da decisão preferida, sob pena de reclamação para garantia da autoridade das decisões da Corte Suprema. Diz que não cabe a imposição e a determinação de pagamento de imposto considerado ilegítimo e inconstitucional, o que induz à nulidade do Auto de Infração, requerendo o seu julgamento improcedente.

No mérito, defende a insubsistência do auto de infração repetindo as alegações da defesa de que sempre recolheu com precisão todos os tributos devidos em razão do exercício de suas atividades empresariais, inclusive o ICMS-DIFAL, inexistindo assim qualquer valor a ser recolhido, o que se perceberia nos registros dos sistemas eletrônicos da SEFAZ.

Por eventualidade, observando que a autuação não relata omissão dolosa, mas suposto equívoco no recolhimento do tributo, pede que seja aplicado o § 8º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para reduzir ou dispensar os encargos incidentes sobre o débito, reiterando que diante de sua manifesta boa-fé o cancelamento da multa seria perfeitamente aplicável ou a sua redução em 95%.

Recebidos os autos, foram distribuídos a este relator para apreciação.

É o relatório.

## **VOTO**

A irresignação da recorrente não possui condições de prosperar.

A preliminar arguida não encontra suporte nem mesmo na própria decisão do Supremo Tribunal Federal em que busca sustentação. Como se sabe, o Plenário aprovou, por nove votos a dois, modulação de efeitos para que a decisão, nos dois processos, produza efeitos a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, ou seja, as cláusulas continuam em vigência até dezembro de 2021, exceto em relação à cláusula 9ª, em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI 5464, sua suspensão.

Destaque-se que mesmo se tivesse ocorrido modulação que permitisse a aplicação aos processos administrativos em curso naquele caso, a aplicação da decisão nestes autos encontraria obstáculo na falta de arguição de inconstitucionalidade do ICMS-DIFAL na impugnação, pois a matéria somente surge aqui como inovação recursal e em momento posterior à decisão do Excelso Pretório.

Por este motivo, rejeito a preliminar arguida.

Quanto ao mérito, a subsistência da autuação se impõe porque a recorrente não comprovou qualquer de suas alegações. Sua defesa se encontra desprovida de qualquer elemento probatório apto a sustentá-la.

De acordo com o art. 143 do RPAF: “A *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Portanto, cabia à recorrente demonstrar o pagamento do crédito perseguido nos autos, principalmente por se tratar de prova que necessariamente dispõe (art. 142 do RPAF). Não tendo comprovado suas alegações, que também não encontram apoio nos elementos contidos nos autos, o recurso não possui condições de prosperar.

Outrossim, a redução ou cancelamento pretendido da penalidade também deve ser rejeitada. O dispositivo legal indicado (art. 42, § 8º da Lei nº 7.014/96) foi revogado pela Lei nº 12.605/2012, com efeitos a partir de 15/12/12. A autuação recaiu sobre fatos geradores ocorridos entre 2014 e 2018. Logo, o pedido formulado não encontra fundamento na legislação baiana, sendo certo que a administração pública só pode praticar os atos que a lei autoriza, conforme o princípio da legalidade.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **222468.0018/19-1**, lavrado contra **JUSOUZA – AUTO POSTO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.776,57**, acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS