

PROCESSO - A. I. Nº 269358.0018/20-1
RECORRENTE - NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JJF nº 0295-06/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/10/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0237-12/22-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO ATIVO OU USO/CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigência decorrente da inclusão do ICMS na base de cálculo. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida, eis que restritas a alegação de ilegalidade da legislação regente, cuja análise falece competência ao órgão julgador de apreciá-la, nos termos previsto no art. 125 do COTEB. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 6ª JJF, através do Acórdão nº 0295-06/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$ 137.002,52, acrescido da multa de 60%, inerente aos meses de: fevereiro e dezembro de 2017; janeiro a abril, junho, agosto e outubro a dezembro de 2018, sob acusação de:

Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

O demonstrativo Anexo I evidencia por item de mercadoria as operações de aquisição interestaduais de bens destinados a consumo e/ou ativo objeto do lançamento e o cálculo das diferenças constatadas, com aplicação do disposto nos artigos 17, Inciso XI, da Lei 7.014/96, que determina a inclusão do ICMS na base de cálculo da DIFAL, sendo esta a razão da divergência entre os valores apurados pelo Fisco e pelo Estabelecimento autuado.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes razões:

VOTO

Todos os elementos necessários ao julgamento estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia).

Cuidam os presentes autos de lançamento de ofício lavrado sob a acusação de falta de recolhimento do imposto decorrente das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais (DIFAL), nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo imobilizado ou ao consumo do estabelecimento.

O impugnante lastreou a sua linha de argumentação na suposta inconstitucionalidade do inciso XI do art. 17 da Lei no 7.014/96, sendo que não compete a este órgão apreciá-la, por expressa disposição normativa do RPAF/99, assim como não compete negar eficácia a dispositivo emanado de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).

“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”.

Acrescente-se a isso que a inserção na sua própria base de cálculo de que trata o inciso XI do art. 17 da Lei no 7.014/96 é um resultado lógico do que dispõem o art. 155, § 2º, XII, “i” da CF/88 e o art. 13, § 1º, I da Lei Complementar no 87/96, segundo os quais:

“XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”.

“§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

(...)”.

Relativamente à natureza supostamente confiscatória da multa, este órgão, conforme já se expôs, não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, muito menos para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).

Com relação ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, de fls. 152 a 161 dos autos, o recorrente diz que a exigência fiscal é improcedente, pois decorre de dispositivo estadual (art. 17, XI da Lei nº 7.014/96) manifestamente ilegítimo, que não encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96, uma vez que estabelece novos critérios para determinação da base de cálculo do ICMS-DIFAL, notadamente aqueles que tratam justamente do modo como deve ocorrer a fixação da base de cálculo do ICMS.

Isso porque a forma de cálculo prevista no art. 17, XI da Lei nº 7.014/96 considera que o ICMS devido em uma operação interestadual destinada a consumidores finais contribuintes do imposto deve efetivamente ser calculado sobre duas bases de cálculo: **a primeira**, para apuração do ICMS devido para o Estado de origem e **a segunda**, majorada para apuração do diferencial de alíquota devido ao Estado de destino.

Como resultado, de acordo com o art. 17, XI da Lei nº 7.014/96, o ICMS a pagar será o valor resultante da 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.

Em outras palavras, segundo a recorrente, nessa nova metodologia, o cálculo para apuração do ICMS DIFAL não parte do valor da mercadoria informada no documento fiscal, onde já está computado os acréscimos com o IPI, frete e demais despesas cobradas. Ao contrário, foi criada uma segunda base de cálculo, majorada pela alíquota final do Estado de destino. Esse modo de apuração do ICMS, contudo, é completamente ilegal.

Ressalta que, conforme estabelece a Constituição Federal, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de base de cálculo dos tributos em geral. Neste sentido, o art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96, que cria uma nova base de cálculo do ICMS-DIFAL, viola frontalmente a LC 87/96, especialmente seus artigos 12 e 13, eis que, ao tratarem da metodologia de cálculo para apuração do ICMS-DIFAL, esses dois dispositivos estabelecem, diferentemente do art. 17, XI da Lei nº 7.014/96, que o valor da mercadoria informado no documento fiscal corresponde ao valor da operação e, conseqüentemente, à base de cálculo do imposto, o que restou assentado pelo STF no Agravo

Regimental em Recurso Extraordinário nº 824.761/MG, cujo entendimento também vem sendo aplicado pelo TJ-BA em inúmeros julgados.

Em seguida, indica o caráter abusivo e confiscatório da multa proposta, motivo pelo qual pugna pelo respectivo cancelamento.

Por fim, requer o provimento do Recurso Voluntário para que o Acórdão recorrido seja reformado e, em consequência, julgado improcedente o Auto de Infração, do que pleiteia a intimação pessoal de seus patronos para sustentação oral no julgamento da CJF, através do endereço: “Lobo de Rizzo Advogados – Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados do Senhor Marcelo Bez Debatian da Silveira.

Presente na sessão videoconferência a estagiária em direito, Sra. Anita de Paula dos Santos Araújo, no qual acompanhou o julgamento do PAF.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, consoante art. 169, I, “b” do RPAF, para modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 137.002,52, acrescido da multa de 60%, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro e dezembro de 2017; janeiro a abril, junho, agosto e outubro a dezembro de 2018, em razão da inclusão do ICMS na base de cálculo da DIFAL, como disposto no art. 17, XI da Lei nº 7.014/96, razão da divergência entre os valores apurados pelo fisco e contribuinte.

Inicialmente, verifica-se que as razões recursais se restringem à alegação de que a metodologia para determinação da base de cálculo do ICMS DIFAL, prevista no art. 17, XI da Lei nº 7.014/96, não encontra respaldo na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96, pois o cálculo para apuração do ICMS DIFAL não parte do valor da mercadoria informada no documento fiscal, sendo majorada para apuração do diferencial de alíquota devido ao Estado de destino, pois o ICMS a pagar será o valor resultante da 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, o que é ilegal.

Contudo, como consignado na Decisão recorrida, nos termos do art. 125, III do COTEB (Lei nº 3.956/81) falece competência ao CONSEF a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Em consequência, por considerar que o procedimento adotado pela fiscalização encontra respaldo no art. 17, XI, c/c o § 1º, inciso I da Lei nº 7.014/96, por si só, já seria bastante para a manutenção da exação fiscal, eis que estabelece que integra a base de cálculo o montante do próprio imposto, conforme a seguir:

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

[...]

XI - nas hipóteses do inciso XV do caput do art. 4º desta Lei:

a) o valor da operação ou prestação no Estado de origem, para o cálculo do imposto devido a esse Estado;

b) o valor da operação ou prestação no Estado de destino, para o cálculo do imposto devido a esse Estado.

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos VI, XI e XI-A do caput deste artigo:

*I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;
(...)*

Entretanto, há de registrar que tal dispositivo legal está de acordo com o previsto no art. 155, § 2º, inciso VII da Constituição Federal, assim como no art. 13, c/c o seu § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96, que estabelecia, à época, que integra a base de cálculo o montante do próprio imposto, ou seja, o “cálculo por dentro” na formação da base sobre a qual deve incidir o tributo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, premissa básica do ICMS.

Portanto, a sistemática utilizada pelo autuante está respaldada na legislação, visto que a integração à base de cálculo do ICMS incidente na operação interestadual, **premissa básica do ICMS**, resulta montante aquém em relação a integração à base de cálculo do ICMS incidente na operação interna, pois, inegável tratar-se de bases de cálculo diversas em decorrência da integração do ICMS incidente, **apesar de reportar-se a único valor da operação**, pois, como bem frisou a recorrente, o ICMS a pagar será o valor resultante da 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, **esta repita-se de única mensuração**, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal.

Registre-se, ainda, que o entendimento do STF no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 824.761/MG, refere-se a taxa de administração da operadora que integra a base de cálculo da operação de venda a prazo, o que não serve de paradigma ao caso concreto.

Por fim, quanto a alegação acerca do caráter abusivo e confiscatório da multa proposta, a qual é prevista em lei, igualmente, nos termos do art. 125, III do COTEB, falece competência ao CONSEF a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, o que nos impossibilita a análise.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269358.0018/20-1**, lavrado contra **NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 137.002,52**, 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, 10 de agosto de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS