

PROCESSO	- A. I. N° 206960.0011/20-6
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A. (VIBRA ENERGIA S.A.)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0070-04/23-VD
ORIGEM	- SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/01/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0453-12/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. MERCADORIA ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADE DA FEDERAÇÃO. DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Razões de defesa elidi em parte a autuação. Refeito o demonstrativo de débito, em sede diligência, a pedido dos membros da 4ª JJF. Nova planilha de cálculo do Auto de Infração, em tela, elaborada pelos agentes Fiscais Autuantes, agora considerando a alíquota interestadual devida na operação, respeitando ao comando constitucional do art. 155, § 2º, inciso VII, onde o lançamento reduziu, cujo o teor fora dado ciência a Autuado, por Termo de Intimação (DT-e), pela unidade Fazendária de origem, que se manteve silente. Infração subsistente parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado, no qual a 4ª JJF decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração, lavrado em 10/12/2020, exige o pagamento de ICMS no valor de R\$ 907.273,39, relativo aos anos de 2016 a 2019, em razão da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 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 nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019. Lançado ICMS no valor de R\$ 907.273,39, com enquadramento no art. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea ‘f’, da Lei nº 7.014/96.*

Consta de descrição complementar que o Contribuinte Autuado recolheu a menor o Diferencial de Alíquota, referente Notas Fiscais de entrada para o Ativo Fixo e/ou Consumo, em razão de alteração da Base de Cálculo do DIFAL, determinada no Art. 17, inciso XI, da Lei Estadual nº 7.014. (A redação atual do inciso XI do caput do art. 17 foi dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/15, DOE de 22/09/15. Efeitos a partir de 01/01/16)

O autuado apresenta sua defesa sob às fls. 5 a 9 dos autos, onde tece as seguintes alegações:

Pontua que, com efeito, a cobrança do diferencial de alíquota nas operações em destaque é prevista no art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “a” da CF, sendo que não há qualquer embasamento fático ou jurídico para que o Estado da Bahia considere a alíquota interestadual como 0% (zero por cento), uma vez que as mercadorias em destaque são isentas apenas no seu Estado de origem.

Diz que, nos termos do art. 34, § 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), foi recepcionada a Lei Complementar nº 24/1975, que dispõe sobre a necessidade dos convênios para a concessão e revogação de isenções do ICMS.

Requer a realização de perícia fiscal, com base no art. 145 do Decreto nº 7.269/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF).

Os autuantes apresentam informação fiscal, sob às fls. 33/34-v dos autos. Ratificam toda a ação

fiscal e pedem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Em Pauta Suplementar do dia 31/01/2022, a 4^a JJF (fls. 36/37), converteu o presente processo em diligência aos Autuantes, para desenvolverem as seguintes providencias:

- *Item 1: acostar aos autos a planilha de cálculo original impressa e em CD/Mídia, que deu azo a autuação na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA.*
- *Item 2: em se confirmando que de fato, em algumas operações, cuja as mercadorias objeto da operação interestadual foram isentas ou não tributadas no Estado de origem, não se considerou a alíquota interestadual no levantamento fiscal original, que se desenvolva nova planilha, indicando o demonstrativo de débito da autuação, agora considerando a alíquota interestadual devida na operação.*
- *Item 3: dar conhecimento das planilhas de cálculo do demonstrativo de débito do Auto de Infração, em tela, seja a do item 1, ou seja a do item 2, acima destacado, ao Contribuinte Autuado, concedendo 10 (dez) dias, para se manifestar, querendo, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA.*
- *Item 3: havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “item 3”, acima, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração, em tela, os i. agentes Autuantes devem desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFRAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.*

Após cumprido o pedido de diligência, os agentes Autuantes, elaboraram novo demonstrativo, reduzindo o lançamento do valor original de R\$ 907.273,39 (fls.45/60) para o valor de R\$ 88.740,19 (fls. 61/76). Às fls. 77/79 dos autos, têm-se nova Informação Fiscal nos termos solicitado pela 4^a JJF de fls. 36/37.

Considerando o exposto, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 10/12/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária SAT/COPEC, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 504730/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) por ter deixado 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 nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019. Lançado ICMS no valor de R\$ 907.273,39, com enquadramento no art. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Pois bem! O art. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96 assim dispunha à época dos fatos geradores:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, **de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação**, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.” (Grifo acrescido)

Por sua vez, o art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, vigente à época dos fatos, assim, também, dispunha:

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

§ 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;

Neste contexto, não se observa qualquer arguição de defesa em relação a ocorrência do fato gerador de incidência do imposto nas operações, mas tão-somente o fato dos agentes Autuantes ter desconsiderado a

alíquota interestadual para a cobrança do ICMS DIFAL e levado em consideração apenas a alíquota interna, o que estaria indo de encontro ao que dispõe o art. 155, § 2º, inciso VII, da Constituição Federal, que transcrevo abaixo:

Art. 155. (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

Coadunando, então, com o entendimento da defesa, em sede de instrução, este Relator, respeitando ao princípio da ampla defesa, verdade material e contraditório, em pauta suplementar do dia 31/01/2022, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF (fls. 36/37), onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante, para desenvolver as seguintes providencias:

- **Item 1: acostar aos autos a planilha de cálculo original impressa e em CD/Mídia, que deu azo a autuação na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA.**
- **Item 2: em se confirmando que de fato, em algumas operações, cuja as mercadorias objeto da operação interestadual foram isentas ou não tributadas no Estado de origem, não se considerou a alíquota interestadual no levantamento fiscal original, que se desenvolva nova planilha, indicando o demonstrativo de débito da autuação, agora considerando a alíquota interestadual devida na operação.**
- **Item 3: dar conhecimento das planilhas de cálculo do demonstrativo de débito do Auto de Infração, em tela, seja a do item 1, ou seja a do item 2, acima destacado, ao Contribuinte Autuado, concedendo 10 (dez) dias, para se manifestar, querendo, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA.**
- **Item 3: havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “item 3”, acima, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração, em tela, os i. agentes Autuantes devem desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFRAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.**

Às fls. 61/76 vê-se nova planilha de cálculo do demonstrativo de débito do Auto de Infração, em tela, elaborada pelos agentes Fiscais Autuantes, agora considerando a alíquota interestadual devida na operação, conforme o pedido desta 4ª JJF de fls. 36/37 dos autos, onde o lançamento reduziu do valor de R\$ 907.273,39 (fls.45/60) para o valor de R\$ 88.740,19 (fls. 61/76), cujo o teor fora dado ciência a Autuada, por Termo de Intimação à fls. 43/44, pela unidade Fazendária de origem, através Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), em 08/11/2022, 15:20h e ciência 11/11/2022, 06:58:21h, na forma do expediente de fl. 82 dos autos, que se manteve silente.

Assim, não vendo nada que desabone o novo demonstrativo de débito da autuação de fls. 61/76, que diz respeito a nova planilha de cálculo do Auto de Infração, em tela, elaborada pelos agentes Fiscais Autuantes, agora considerando a alíquota interestadual devida na operação, respeitando ao comando constitucional do art. 155, § 2º, inciso VII, conforme o pedido desta 4ª JJF de fls. 36/37 dos autos, onde o lançamento reduziu do valor de R\$ 907.273,39 (fls.45/60) para o valor de R\$ 88.740,19 (fls. 61/76), cujo o teor fora dado ciência a Autuada, por Termo de Intimação à fls. 43/44, pela unidade Fazendária de origem, que se manteve silente, voto pela subsistência parcial da autuação.

Em relação à alegação da defesa de incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, verifico que não pode ser acatada tal arguição. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, ou seja, a multa aplicada é a legalmente prevista pelo art. 42, da Lei nº 7.014/96 e art. 99 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, enquanto que os acréscimos moratórios incidentes são aqueles estabelecidos pelo art. 102, § 2º, inciso II do mesmo diploma legal, sendo que não se inclui na competência deste foro administrativo questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, nem tampouco a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme assim preconiza os incisos II e. III, do art. 167, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, na forma do demonstrativo de débito a seguir destacado:

Novo Demonstrativo de Débito da Infração 01		
Data Ocorr.	Data Venc.	Valor Histórico Remanescente R\$
31/01/2016	09/02/2016	120,49
29/02/2016	09/03/2016	3.642,13
31/03/2016	09/04/2016	191,71
30/04/2016	09/05/2016	8.717,92

31/05/2016	09/06/2016	145,05
30/06/2016	09/07/2016	660,11
31/07/2016	09/08/2016	697,07
31/08/2016	09/09/2016	1.995,86
30/09/2016	09/10/2016	182,39
31/10/2016	09/11/2016	86,22
30/11/2016	09/12/2016	21.749,88
31/12/2016	09/01/2017	193,69
31/01/2017	09/02/2017	124,82
28/02/2017	09/03/2017	12.554,09
31/03/2017	09/04/2017	5.482,17
30/04/2017	09/05/2017	2.985,47
31/05/2017	09/06/2017	13.982,24
30/06/2017	09/07/2017	25,35
31/07/2017	09/08/2017	7.518,03
31/08/2017	09/09/2017	267,38
30/09/2017	09/10/2017	2.008,32
31/10/2017	09/11/2017	185,97
30/11/2017	09/12/2017	0,00
31/12/2017	09/01/2018	2.217,86
31/01/2018	09/02/2018	1.262,20
28/02/2018	09/03/2018	102,49
30/04/2018	09/05/2018	1.288,08
31/07/2018	09/08/2018	0,00
30/09/2018	09/10/2018	0,00
31/10/2018	09/11/2018	268,67
30/11/2018	09/12/2018	0,00
31/12/2018	09/01/2019	3,21
28/02/2019	09/03/2019	81,32
31/03/2019	09/04/2019	0,00
30/04/2019	09/05/2019	0,00
31/05/2019	09/06/2019	0,00
30/06/2019	09/07/2019	0,00
31/07/2019	09/08/2019	0,00
30/09/2019	09/10/2019	0,00
31/10/2019	09/11/2019	0,00
30/11/2019	09/12/2019	0,00
31/12/2019	09/01/2020	0,00
Total Remanescente Infração 01		88.740,19

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dra. Juliana Gonçalves Amaral que exerceu o direito regimental de fala.

É relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão Nº 0061-04/23-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo do lançamento tributário atualizado de R\$ 1.767.323,88 para R\$ 179.855,92 (Histórico de R\$ 907.273,39 para R\$ 88.740,19), na data do julgamento, fl.110, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF contra a decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, constata-se que, a desoneração decorreu pela comprovação das alegações apresentadas em sede de impugnação, alegações estas, que foram acolhidas parcialmente pelos autuantes, conforme demonstrado sob as fls. 77 a 80, na nova informação fiscal apresentada após realização da Diligência Fiscal requerida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Verifico que, o presente lançamento, ora recorrido de ofício, se deu em razão do sujeito passivo deixar de recolher ICMS no montante de R\$ 907.273,39, mais multa de 60%, 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 nos exercícios de 2016 a 2019.

Examinando as peças que integram os autos, observo que a **Decisão recorrida** está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação no tocante à infração, em razão do contribuinte ter apresentado alegação com efeito, a cobrança do diferencial de alíquota nas operações conforme previsto no art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “a” da CF, alegação essa, que foi acatada parcialmente pelos autuantes, e acolhida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Constata-se nos autos sob os fls. 61 a 76 que os autuantes apresentaram nova planilha de cálculo do demonstrativo de débito da Diferença do DIFAL do Auto de Infração, reduzindo o lançamento do valor de R\$ 907.273,39, para R\$ 88.740,19, considerando a alíquota interestadual devida na operação, cumprindo ao comando constitucional do art. 155, § 2º, inciso VII, conforme requerido em diligência pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Constata-se ainda que o novo demonstrativo fora dado ciência a autuada em 11/11/2022, sob a fl. 82, através Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e). A autuada tomou ciência e se manteve silente, o que entendo como concordância por parte do sujeito passivo.

Em termos jurídicos, a ausência de contestação após a notificação pode ser interpretada como uma aceitação tácita dos termos apresentados. Essa premissa encontra respaldo no princípio do contraditório e da ampla defesa, nos termos do artigo 5º, LV da Constituição Federal, que assegura a todos o direito à manifestação e à produção de provas no âmbito de processos administrativos e judiciais.

Diante de tais constatações, entendo estar correta a Decisão de piso, que acolheu o novo demonstrativo elaborado pelos autuantes, julgando o Auto de Infração em lide, **PROCEDENTE EM PARTE**, reduzindo o lançamento do valor original de R\$ 907.273,39 para R\$ 88.740,19.

Dito isto, concluo pela manutenção da Decisão de piso.

Voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206960.00011/20-6, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A. (VIBRA ENERGIA S.A.)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 88.740,19**, acrescido da multa, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS