

A. I. Nº - 278996.0003/22-0
AUTUADO - KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO ANTRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - DAT/METRO IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10/03/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº. 0023-06/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALIQUOTA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE AQUISIÇÃO DE BENS DE USO E CONSUMO. O contribuinte não consegue elidir a infração, que fica mantida em seus termos, diante do fato de não poder incluir o valor do diferencial de alíquota de materiais de uso e consumo na escrituração fiscal, por estar submetido a regra especial do Programa PROAUTO. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. c) MERCADORIAS OU SERVIÇOS TOMADOS. A legislação autoriza a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que no caso concreto, corresponde a 1% (um por cento) do valor comercial das mercadorias adquiridas, que adentraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Ajustes feitos pelo autuante reduzem os valores lançados nas infrações. Não acolhidas as questões preliminares. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 15 de março de 2022 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 73.184,10, além de multa de 60%, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **006.002.001**. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, ocorrência lançada em janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019 e janeiro a março, julho a dezembro de 2020 e janeiro e agosto de 2021, totalizando R\$ 59.367,28, bem como multa de 60%.

Infração 02. **016.001.001**. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma, nos meses de janeiro, maio, julho, agosto e outubro de 2017, no montante de R\$ 5.139,03.

Infração 03. **016.001.002**. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com a multa aplicada no montante de R\$ 2.274,57 para ocorrências nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2017.

Infração 04. **016.001.006.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017, janeiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 2018, janeiro, fevereiro, maio, junho, setembro a novembro de 2019, janeiro, fevereiro, junho, agosto, setembro e dezembro de 2020 e janeiro de 2021, totalizando a exação R\$ 6.403,22.

A autuada, por seu procurador devidamente constituído nos termos do instrumento de fls. 61 e 62, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 45 a 60, onde argumenta após breve síntese dos fatos, que em 14/08/2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), analisando o Recurso Extraordinário 1.255.885, com repercussão geral conhecida, tema 1.099, reafirmou a jurisprudência sobre o tema, firmando a seguinte tese: *“Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia”* (ARE 1255885 RG, Relator Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe-228 divulgação 14/09/2020 e publicação 15/09/2020).

Observa que tal decisão proferida, diz exatamente o oposto do Auto de Infração. Logo, nos termos da mesma, a improcedência da presente autuação no tocante à cobrança do diferencial de alíquotas (infração 01) é medida de que se impõe, como de direito.

Fala que como visto acima, o STF, analisando o “leading case” Recurso Extraordinário nº 1.255.885, com repercussão geral conhecida, tema 1.099, reafirmou a jurisprudência sobre o tema, que já se mostrava consolidada no sentido da não incidência do ICMS na transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que situados em estados diversos da federação.

Lembra que após a decisão proferida no ano de 2020, nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.255.885, com repercussão geral reconhecida, tema 1.099, novamente no ano de 2021, o STF, mais uma vez, reafirmando a jurisprudência sobre o tema, julgou definitivamente a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49, reproduzindo termos do Acórdão então proferido.

Conforme reconhecido acima, embora diversos estados da Federação tenham legislações dispondo acerca da incidência do ICMS na transferência de bens entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, ainda que situados em estados diversos, o Judiciário tem entendimento pacificado no tocante a não incidência do ICMS nestas situações, assevera.

Observa que, entre a sanha arrecadatória dos Estados e a liberdade de locomoção (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XV), o Judiciário preferiu a liberdade de locomoção e caso qualquer pessoa física compre um bem móvel em um estado e decida levar este bem para outro estado, não haverá a incidência do ICMS, em razão do princípio da liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV da Carta Magna).

Questiona a razão, de ser diferente com as pessoas jurídicas, pontuando que, como no presente caso, entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, ainda que situados em estados diversos (logística, estoque parado, gerenciamento de espaço, etc.), e não cabe aos Estados intervir na liberdade de locomoção dos contribuintes (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XV).

Ressalta, novamente, o entendimento do STF, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 49, segundo o qual: *“O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual”*.

Logo, o entendimento pacificado no Judiciário, conforme precedentes citados acima, tanto do STJ (Súmula nº 166), como do STF (RE nº 1.255.885 e ADC nº 49), é no sentido da não incidência do ICMS na transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que situados em estados diversos, conclui.

Desta forma, nos termos acima, firma dever ser reconhecida a improcedência da presente autuação no tocante à cobrança do diferencial de alíquotas (infração 01), como medida de direito.

Aborda, a seguir, que no tocante às aquisições, de outra unidade da Federação, de bens destinados a uso e consumo, dispõe o artigo 17, inciso XI, da Lei 7.014/96, na forma da transcrição realizada, e para fins de regularização das alterações efetuadas pela Lei nº 13.373, de 2015, a SEFAZ/BA emitiu ainda o Parecer nº 30.280, de 2016, dispondo o seguinte: *“O fornecimento de partes, peças e outras mercadorias para consumidor final contribuinte ou não do ICMS, e que se encontra em trânsito pelo território baiano, por ser uma aquisição presencial é considerada uma operação interna, independente do fato do consumidor residir em outra unidade federada. Disciplina da Lei 7.014/96, art. 15, § 2º”*.

Alega que a diferença de alíquota deve ser calculada sobre o valor da operação (sem a tributação do estado de origem), com os acréscimos relacionados na Lei Complementar 87/96, e com tributação final do Estado da Bahia e tanto a Lei Estadual 13.373, de 2015 como o Parecer 30.280, de 2016, da SEFAZ/BA, foram emitidos com fundamento nas então alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015.

Recorda que, em 24/02/2021, o STF deu provimento ao RE 1287019/DF, com repercussão geral reconhecida, para fixar a seguinte tese (tema 1.093): *“A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”*.

Argumenta ter o artigo 155, § 2º, VII, da Constituição Federal, nos termos da Emenda Constitucional 87/15, estabelecido a cobrança do diferencial de alíquotas (DIFAL) do ICMS em operações interestaduais destinadas a consumidor final, seja ele contribuinte ou não do imposto, sendo certo que, em face da segurança jurídica, o entendimento firmado pelo STF no RE 1287019/DF (Tema 1.093) deve ser aplicado também ao DIFAL nas operações destinadas a consumidor final contribuinte do imposto.

Lado outro, não há que se falar em modulação de efeitos, já que o caso modulado tratava especificamente de consumidor final não contribuinte.

Ainda, em decorrência do julgamento citado, foi publicada a Lei Complementar 190/22, que regulou o DIFAL em operações tanto para consumidor final não contribuinte quanto para consumidor final contribuinte (quando fala de aquisição para uso e consumo ou para integrar o ativo imobilizado), restando claro que a Lei Complementar 87/96 não previa, de qualquer forma, a cobrança do Diferencial de Alíquotas nos casos de venda a consumidor final contribuinte, tanto é que a nova Lei Complementar 190/22 passou a regular os casos de forma expressa.

Tal fato mostra clara a improcedência das atuais cobranças referentes ao Diferencial de Alíquotas incidente sobre aquisições de bens de uso e consumo ou destinados ao ativo imobilizado uma vez que tal cobrança apenas tem fundamento a partir do ano de 2023, nos termos da Lei Complementar 190/22.

Aponta que de acordo com a fiscalização, a presente infração 01 restou aplicada pelo fato de, embora não tenha se creditado do ICMS relativo às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo, supostamente, teria deixado de recolher o diferencial de alíquotas relativo a tais aquisições.

Garante irá demonstrar abaixo a improcedência das referidas exigências, pois, conforme legislação do ICMS no Estado da Bahia, se sujeita ao Regime de Conta-Corrente Fiscal (RICMS/BA-2012, artigo 305, III, alínea ‘a’), sendo o diferencial de alíquotas apurado juntamente aos demais débitos de ICMS do período.

Passa a analisar as disposições de cada um dos Regulamentos acerca de cada um dos regimes:

Com base no artigo 305, § 4º, inciso III, alínea a, do RICMS/2012, constata que os débitos relativos ao diferencial de alíquotas são apurados mensalmente, juntos com os demais débitos e créditos do ICMS, contudo, extrai da infração 01 que esta foi apurada com base em “*demonstrativos detalhados por nota fiscal*”, ou seja, o suposto diferencial de alíquotas de ICMS ora cobrado, não foi apurado mediante a análise dos registros de entradas e saídas, mas sim com base nas Notas Fiscais de entrada emitidas no CFOP 2556.

Indica, assim que a presente autuação, neste quesito, desconsiderou todos os valores previamente informados em sua Declaração Mensal de Apuração do ICMS (Doc. 05) a título de diferencial de alíquotas, de forma que, em relação a todos estes valores, uma vez que comprovados, deve ser reconhecida a improcedência da autuação.

Justifica que grande parte dos valores apurados pela fiscalização já havia sido quitada e informada em DMA, devendo ser reconhecida a improcedência da infração em relação a estes pagamentos (conforme planilha anexa – Doc. 05).

Assim, a fim de se verificar a improcedência da autuação, com base em precedentes deste CONSEF, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito no sentido de que sejam realizados novos levantamentos e apurações, com base nos livros de entradas e saídas e nas DMA (Declaração Mensal de Apuração do ICMS), sobre o pagamento do diferencial de alíquotas no período de 01/2017 a 08/2021, de forma a se reconhecer os pagamentos informados em DMA e consequentemente a improcedência da autuação neste quesito.

Analisando em conjunto as infrações 02, 03 e 04, tendo em vista a similitude fática e legal da presente autuação, e conforme elencado acima, informa que em 11/05/2022, reconheceu parte das irregularidades referentes às infrações em discussão no presente tópico, procedendo ao pagamento do montante de R\$ 10.770,65 (Docs. 03 e 04).

Em relação às presentes infrações, novamente, com fundamento em precedentes deste CONSEF, requer mais uma vez, seja deferida a realização de diligência por fiscal estranho ao feito no sentido de que seja realizada nova análise dos livros de seus registros de entradas, no período de 01/2017 a 01/2021, verificando-se as provas desconsideradas pela fiscalização em relação às operações devidamente escrituradas em seus livros de Registro de Entradas e também a realização da análise das Notas Fiscais de Devolução ora anexadas bem como dos registros constantes do SPED, o que irá demonstrar a completa improcedência das presentes infrações.

Isso porque, embora tenha fornecido documentação suficiente comprovando a escrituração das operações em seu livro de Registro de Entradas, a fiscalização desconsiderou as comprovações das transcrições em seus livros, lavrando a presente autuação.

Distingue três situações distintas que comprovam a regularidade dos livros de Registro de Entradas e improcedência das infrações em debate, quais sejam:

- Ausência de escrituração de Notas Fiscais sujeitas à tributação em razão de sinistro;
- Escrituração das Notas Fiscais de entrada de produtos sujeitos ou não a tributação com erro na escrituração;
- Regular escrituração de mercadoria ou serviço tomado.

No tocante a situação de ausência de escrituração de Notas Fiscais sujeitas à tributação em razão de sinistro, verifica, especificamente em relação às Infrações 02 e 03, a improcedência das infrações relacionadas às Notas Fiscais 197.404, 31.728, 154.908, 97.493, 97.494, 97.495, 974.999 e 6.019 tendo em vista que os referidos bens não deram entrada no seu estabelecimento, em razão de sinistro no transporte dos referidos bens (Doc. 06), justificando, desta forma, a ausência do registro das referidas Notas Fiscais na sua escrituração.

Fala que além dos documentos relativos ao sinistro (Doc. 06), as informações acima também podem ser facilmente confirmadas mediante a análise das linhas grifadas nas planilhas anexas (Doc. 07, Doc. 08 e Doc. 09), e, restando justificada a ausência da regular escrituração das operações, em razão do sinistro apontado, de rigor o reconhecimento da improcedência da autuação neste ponto.

Quanto a escrituração das Notas Fiscais de entrada de produtos sujeitos ou não a tributação com erro na escrituração, especificamente em relação às infrações 03 e 04, ressalta a improcedência das infrações relacionada às Notas Fiscais 296, 121.394, 199.605 e 287.822, tendo em vista que as referidas Notas foram devidamente registradas na EFD, porém com erros na escrituração.

Reforça que as informações acima podem ser facilmente confirmadas mediante a análise das linhas grifadas nas planilhas anexas (Doc. 08, Doc. 09 e Doc. 10), e comprovando-se a escrituração das operações, ainda que com erro, de rigor o reconhecimento da improcedência da autuação neste ponto, notadamente, em relação à obrigação principal.

Relativamente à regular escrituração das Notas Fiscais de entrada de produtos sujeitos ou não a tributação, especificamente em relação à Infração 04, a improcedência da presente infração correspondente à Nota Fiscal 213.214, tendo em vista que a mesma foi devidamente registrada na EFD em 08/07/2019, e as informações acima podem ser facilmente confirmadas mediante a análise das linhas grifadas nas planilhas anexas (Doc. 09 e Doc. 10).

Tendo como comprovada a regular escrituração das operações, de rigor o reconhecimento da improcedência da autuação neste ponto.

Aborda, a seguir, os princípios constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade, analisando primeiramente o fato de que Poder Executivo age dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância constante do Judiciário. O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público.

Juridicamente, diz ser o titular do interesse público o povo, a sociedade (Constituição Federal, artigo 1º, parágrafo único), consigna que a Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos entes da União, conforme artigos 374, da Constituição Federal, e 2º, da Lei 9.784/99, deve observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Esclarece que o princípio da proporcionalidade se justifica, portanto, com o fito de impedir arbítrios, excessos e abusos de poder, limitando as desvantagens que os indivíduos tenham de suportar em prol do interesse público. Nesse sentido, a limitação deve ser considerada indispensável na relação meio-fim, assegurando a proporção entre a atuação estatal, a restrição colocada e o fim que se deseja obter.

Ao analisar o conflito entre o interesse público e o particular, o princípio da proporcionalidade sopesa o ônus imposto em relação ao benefício obtido na realização do interesse público, de forma a não aniquilar a liberdade, ou exterminar o patrimônio dos administrados, arremata.

Invoca o contido no inciso VI, do parágrafo único, do artigo 2º, da Lei Federal nº 9.784, de 1999, reproduzido, para concluir que a aplicação de multa no percentual de 60%, conforme multas aplicadas em relação à infração 01, ofende ao já citado princípio da proporcionalidade, uma vez que lhe impõe multa excessiva em relação à infração supostamente cometida.

Diz ser a aplicação da multa de 60% ofensiva ao artigo 5º, inciso XLVI, segundo o qual, “a lei regulará a individualização da pena”, de modo que a aplicação da multa revela um comportamento temerário por parte da Administração Fazendária, uma vez que esta se mostra desproporcional ao

suposto prejuízo da Fazenda Pública resultante da conduta da empresa, se é que houve prejuízo ao Estado.

Neste sentido, menciona decisão do STF contida no HC 69419, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 23/06/1992, DJ 28-08-1992 A multa em questão fere também, o princípio da razoabilidade, pois o presente princípio representa a moderação conforme a razão e o bom senso. Neste sentido, invoca decisão no REsp 728999/PR, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 26/10/2006, p. 229).

Traz lição doutrinária de Clóvis Beviláqua em trecho reproduzido.

Conclui, mais uma vez, que ausente qualquer prejuízo (perdas e danos) à Administração Fazendária, em face dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, deve ser reconhecida a ilegalidade da cobrança de multas no percentual de 60%, como medida de direito.

Tendo em vista as peculiaridades do caso, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para apuração dos fatos aqui alegados, formulando quesitação a ser respondida.

Preliminarmente, requer o reconhecimento da improcedência das cobranças relativas ao Diferencial de Alíquotas (Infração 01), em razão da inconstitucionalidade e da ilegalidade de tais cobranças, como medida de direito.

Caso o entendimento acima não seja adotado, requer sejam julgadas improcedentes todas as infrações, em decorrência das razões de fato e de direito acima expostas, como medida de justiça.

Informação Fiscal prestada pelo autuante às fls. 142 a 148, esclarece, após historiar os fatos e resumir os termos defensivos, ter sido o crédito tributário lançado amparado na Lei 7.014/96, reproduzindo os seus artigos 4º, inciso XV, 2º, inciso IV e 17, § 8º, incisos I e II.

Observa que todos os dispositivos legais citados estão em plena vigência até a data, não tendo sido objeto do ARE 1.255.885, sendo aquisições de bens destinados ao uso/consumo do estabelecimento.

Pontua que a legalidade da exigência do ICMS diferencial de alíquotas nas entradas de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a uso/consumo do estabelecimento se encontra no artigo 12, inciso XV da Lei Complementar 87/96, e artigo 2º, inciso IV, da Lei 7.014/96, copiados.

Para a Infração 01, indica que a ação fiscal tomou como base a EFD do contribuinte, conforme exigida no artigo 247 do RICMS/12, transcrito.

Considera descabida a alegação defensiva, desprovida de prova, de que o diferencial de alíquotas do ICMS cobrado, não foi apurado mediante análise dos registros de entradas e de saídas, mas sim, com base nas notas fiscais de entradas emitidas com CFOP 2.556.

Firma que tal assertiva demonstra desconhecer a autuada os procedimentos fiscais, principalmente os demonstrativos elaborados pelo Fisco.

Chama atenção para o tratamento ao saldo credor apurado na escrita fiscal por contribuintes “sistemistas” do Complexo Ford, beneficiários do Proauto, tendo abatido do saldo credor o valor que apurou a título de diferencial de alíquota, o que não é permitido pela legislação tributária, copiando o teor dos artigos 1º, 1º-A e 1º-B do Decreto 7.989/2001.

Para as infrações 02, 03 e 04, frisa ter a autuada reconhecido a procedência do valor exigido de R\$ 10.770,65, questionando R\$ 3.046,17.

Passa a elencar os motivos dos valores impugnados, quais sejam:

- Ausência de escrituração das Notas Fiscais sujeitas à tributação, em razão de sinistro, pelo fato das Notas Fiscais 197.404, 31.728, 154.908, 97.493, 97.494, 97.495, 974.999 e 6.019 terem sido as mercadorias sinistradas no transporte (fls. 91 a 127), e diante da comprovação documental de tal fato, excluiu as mesmas do demonstrativo.
- Escrituração errada para as Notas Fiscais 293, 121.394, 199.605 e 287.822, uma vez que as mesmas foram regularmente escrituradas na EFD, porém, com erro na digitação da chave de acesso, fato devidamente confirmado, com a exclusão das mesmas do levantamento.

Para a Infração 04, a Nota Fiscal 21.314 foi, devidamente, escriturada em período posterior ao abrangido pela ação fiscal, ou seja, em 08/07/2018, argumento igualmente albergado, tendo elaborado novos demonstrativos para as Infrações 02, 03 e 04.

Conclui mantendo integralmente a Infração 01, reconhecendo parcialmente as demais infrações do lançamento, razão pela qual pede a sua parcial procedência.

Cientificado através do Domicílio Tributário Eletrônico, por mensagem transmitida em 22/08/2022 (fls. 149 e 149-v), o sujeito passivo retorna aos autos para se manifestar às fls. 154 a 157, onde, após resumir mais uma vez os fatos, argumenta que em relação ao mérito da Infração 01, o autuante não fez qualquer consideração com relação ao fato de terem sido desconsiderados os valores previamente informados em sua DMA, a título de diferencial de alíquota, de forma que, em relação a tais valores, uma vez que comprovados, deve ser reconhecida a improcedência da autuação.

Justifica tal afirmativa, pelo fato de ter demonstrado pelas DMA o pagamento de R\$ 50.770,69, a título de diferencial de alíquota no período fiscalizado, restando saldo a pagar de apenas R\$ 8.569,59.

Assegura estar juntando aos autos demonstrativos mês a mês, reforçando o pleito de realização de diligência, reiterando o pedido de improcedência da infração e do próprio Auto de Infração. Juntou documentos de fls. 159 a 317.

Em nova intervenção, o autuante (fls. 321 e 322), considerando ter analisado todos os argumentos defensivos apresentados, não havendo qualquer lacuna na Informação Fiscal quanto aos fatos, bem como não foi apresentada qualquer comprovação do recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota, devido nas aquisições interestaduais de bens e/ou materiais de uso e consumo, faz o encaminhamento do feito ao CONSEF, para fins de instrução e julgamento, por considerar o feito apto para tal.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 12/12/2022 (fl. 323), e encaminhados a este relator em 20/12/2022 (fl. 327), tendo sido devidamente instruído e considerado apto para julgamento.

Consta às fls. 324 a 326, extrato de recolhimento, emitido pelo sistema da SEFAZ relativo aos valores e parcelas reconhecidas pelo contribuinte.

VOTO

O lançamento constitui-se em quatro infrações arroladas pela fiscalização, relativas à cobrança de ICMS, bem como penalidade por descumprimento de obrigações acessórias, objeto de impugnação pela empresa autuada.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da transmissão através do Domicílio Tributário Eletrônico de Termo

de Início de Fiscalização, cuja ciência se deu de forma expressa em 26/01/2022, de acordo com o documento de fl. 11.

As planilhas que suportam a acusação se encontram às fls. 13 a 36 dos autos, e na mídia de fl. 37. Já a ciência do lançamento ocorreu em 24/03/2022, por ciência expressa, na forma do documento de fl. 38.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação e manifestação posterior à informação fiscal.

Existem questões preliminares a serem apreciadas, o que passo a fazê-lo, iniciando pelo argumento de que em função da decisão do STF quando da apreciação do Recurso Extraordinário 1.255.885, com repercussão geral conhecida, tema 1.099, firmou a tese de: *“Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia”*.

Apreciando matéria relativa as operações de transferências interestaduais, da análise dos demonstrativos elaborados, constato que, de fato, existem algumas operações de transferências efetuadas para o autuado, através do estabelecimento de CNPJ 00.891.935/0001-05, localizado no estado de São Paulo.

A discussão no presente caso, tem que ser relativa não a operação original, de venda ou de transferência, mas sim, a de entrada no estabelecimento autuado. Se houvesse débito na origem, este deveria ser respeitado e considerado no cálculo do imposto eventualmente devido, a título de diferencial de alíquota, mas não o havendo, ante eventual não incidência, isenção ou qualquer outra figura tributária, como na entrada interestadual de mercadoria adquirida, o fato gerador do diferencial de alíquota será a entrada, não a operação anterior, daí por que a irrelevância de ser a operação de entrada, transferência ou compra.

E nas operações anteriores de transferências ocorridas, estas foram tributadas, o que significa dizer: a autuada defende que tais operações não são tributadas, mas as tributa normal e regularmente.

Tenho como de bom alvitre esclarecer que não se está tributando as operações de transferência interestadual, sequer exigindo imposto pela sua realização, apenas o diferencial de alíquota, cujo fator gerador ocorre na entrada das mercadorias destinadas a uso e consumo no território deste Estado.

Segundo o dicionário Aurélio, adquirir é o *“ato de tomar posse de algo”*.

Neste sentido, tendo as entradas de mercadorias no estado da Bahia se dado com tributação, o valor do imposto destacado nos documentos fiscais deve ser considerado para fins de cálculo do diferencial de alíquota, como aliás, o foi, não havendo qualquer irregularidade ou ilegalidade em tal ato.

Ademais, caso as operações não fossem tributadas na origem, diante de eventual entendimento da autuada de não caber a tributação, quando da entrada neste estado (Bahia), se aplicaria o diferencial de alíquota, pelo valor total da entrada, com a alíquota de 18%, sem o abatimento de qualquer valor a título de crédito, o que oneraria o contribuinte deste estado, e reforça a irrelevância do tipo de operação praticada, para efeito de cálculo da diferencial de alíquota.

Ou seja: o imposto seria todo devido para o Estado da Bahia, vez não ser a transferência o fato gerador da cobrança, mas a entrada em território do estado de mercadoria destinada a autuada, para seu uso e/ou consumo, em relação ao diferencial entre a alíquota interna e a alíquota interestadual aplicada na operação (18% - 0).

Desta maneira, entendo descaber qualquer exclusão das operações em tela, do levantamento.

Já em relação ao Tema 1093, que diz respeito a decisão do STF relativa a necessidade de edição de Lei Complementar para a cobrança de Diferença de Alíquotas do ICMS (DIFAL) nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, não pode ser aplicado ao caso em comento, pelo fato de o contribuinte autuado se encontrar na condição de contribuinte do ICMS no estado da Bahia, diante, do fato de o autuado se encontrar na condição de contribuinte do ICMS, inclusive sendo beneficiário do Programa PROAUTO, criado pela Lei 7.537/99, visando estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado, a com foco em empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, que se comprometam, isoladamente ou em conjunto com seus fornecedores, a utilizar métodos, sistemas e tecnologias avançados, sendo um dos incentivos concedido a desoneração do ICMS, o que semente seria possível, na hipótese de o autuado ser contribuinte de tal imposto.

Ainda que fosse a hipótese de que o autuado beneficiado por tal decisão, cujo trânsito em julgado se deu em 30/03/2022, o STF, usando da faculdade contida no artigo 27 da Lei 9.868/99, entendeu por modular os efeitos para afastar a exigência do diferencial de alíquota de ICMS apenas no exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento, ou seja, a decisão acerca da inconstitucionalidade da cobrança passou a produzir efeitos a partir de 01/01/22, sendo os fatos geradores anteriores a esta data.

Com tal decisão produzindo efeitos apenas a partir de 2022, o STF decidiu resguardar aqueles que buscaram discutir judicialmente a exigência do tributo, do que não se tem notícia nos autos, em relação à autuada.

Como os fatos geradores da autuação têm como último mês, o de agosto de 2021, o período autuado se encontra albergado pela modulação da decisão do STF, o que vai de encontro a tese defensiva, a qual não pode ser acolhida.

Quanto aos demais princípios do Processo Administrativo Fiscal tidos pela defesa como violados no presente caso, não posso acolher. As infrações estão delineadas de modo perfeito e claro, sem qualquer margem de dúvida quanto as acusações formuladas, os demonstrativos, como já registrado acima, foram entregues ao contribuinte, este pode vir aos autos para impugnar as infrações, enfim, não vislumbro violação a qualquer dos princípios indicados na impugnação, estando o feito apto a ser apreciado e julgado no estado em que se encontra.

Assim, não dou guarida o pleito defensivo.

Também indefiro o pedido para realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/99, uma vez que os elementos contidos nos autos são considerados como suficientes para a formação da convicção do julgador, além de o pleito dizer respeito a verificação de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na

posse do contribuinte e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Merece menção a respeito de tal tema, decisão no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

Este julgador se encontra plenamente em condições, pois, de analisar e decidir o feito, sem que se faça necessária qualquer outra providência acessória, além disso, em sede de Informação Fiscal a autuante revisou o levantamento realizado, acolhendo, inclusive alguns argumentos defensivos.

Assim, tenho como superadas as questões preliminares avocadas.

No mérito, a Infração 01 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS a título de diferencial de alíquota, em aquisições interestaduais de bens para uso e consumo da empresa.

A tese defensiva é a de que incluiu tais valores na apuração do imposto, nos termos do artigo 305, inciso III, alínea ‘a’ do RICMS/12, que permitiria tal procedimento, sendo apenas reconhecido como devido, pequeno valor remanescente.

O autuante sustenta a acusação, arguindo descumprimento do Decreto 7.989/2001, que especificamente dispõe sobre transferências de créditos acumulados para empresas beneficiárias principais do PROAUTO, situação na qual se encontra a empresa autuada.

Ali, nos artigos 1º, 1º-A e 1º-B, especialmente este último, encontra a previsão de que somente são transferíveis os créditos fiscais correspondentes às entradas de matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, pneumáticos e acessórios e os decorrentes de serviços de transporte, energia elétrica e aquisições de bens destinados ao ativo fixo, de acordo com a redação dada pelo Decreto 8.853/2003, o que confirma e mantém a autuação, visto que materiais de uso e consumo não foram incluídos em tal redação.

Infração 01 mantida.

Por fim, para as Infrações 02, 03 e 04 a acusação se reporta a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação de entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal.

Analisando o mérito, observo, inicialmente, que o registro dos documentos fiscais na escrituração fiscal da empresa se apresenta como obrigação acessória, como já dito, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Por pertinência, esclareço que não se está cobrando imposto, mas apenas e tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada Nota Fiscal.

Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no Livro Fiscal respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12 autoriza a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas ou serviços prestados, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

Constatado que a Lei não excepciona qualquer operação ou prestação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo procedimento inaceitável para contribuintes, e irrelevante para a sua caracterização, o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado. Por este motivo, existe prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Ressalto que para caracterização da infração, não há de ser considerada a natureza da operação ou qualquer outro elemento, e sim, o fato de Notas Fiscais relativas a tais operações não estarem escrituradas na EFD do contribuinte, não tendo vindo aos autos prova de tal escrituração.

O deslinde da matéria necessitaria da imprescindível prova, o que veio aos autos apenas de forma parcial, além do que, em se tratando de documentos fiscais emitidos de forma eletrônica, o Fisco tem pleno conhecimento e controle das operações realizadas entre a empresa autuada e seus fornecedores, o que dificulta a omissão dos respectivos registros.

Tendo sido trazidos aos autos argumentos e provas em sentido contrário a alguns dos documentos contidos na acusação formulada, capazes de desconstitui-la, devidamente acolhidas pelo autuante em sede de Informação Fiscal, referentes a operações objeto de sinistro, lançamento fora do período auditado, e feito com numeração equivocada das chaves de acesso, tenho tais infrações como parcialmente subsistentes, de acordo com o seguinte demonstrativo, conforme indicado à fl. 147 dos autos:

Infração 02

2017

Janeiro	R\$ 4.289,02
Maio	R\$ 10,55
Julho	R\$ 10,98
Agosto	R\$ 37,54
Outubro	R\$ 18,78

Infração 03

2017

Janeiro	R\$ 0,00
Fevereiro	R\$ 1.440,02
Março	R\$ 26,25
Abril	R\$ 40,00
Maio	R\$ 34,55
Junho	R\$ 266,49
Julho	R\$ 80,12

Agosto R\$ 60,00
Setembro R\$ 159,14
Novembro R\$ 133,40

Infração 03

2017

Dezembro R\$ 39,65

2018

Janeiro R\$ 34,61
Fevereiro R\$ 16,85
Março R\$ 333,32
Abril R\$ 244,55
Maio R\$ 16,70
Junho R\$ 49,40
Agosto R\$ 568,42
Outubro R\$ 28,20
Novembro R\$ 24,00
Dezembro R\$ 17,15

2019

Janeiro R\$ 49,91
Fevereiro R\$ 17,37
Maio R\$ 363,52
Junho R\$ 0,00
Setembro R\$ 142,10
Outubro R\$ 63,47
Novembro R\$ 11,16

2020

Janeiro R\$ 19,90
Fevereiro R\$ 809,32
Junho R\$ 112,36
Agosto R\$ 16,00
Setembro R\$ 3,21
Dezembro R\$ 757,28

2021

Janeiro R\$ 444,93

Pelas expostas razões, julgo o Auto de Infração como parcialmente subsistente, de acordo com a seguinte demonstração sintética:

Infração 01 R\$ 59.367,28
Infração 02 R\$ 4.366,87
Infração 03 R\$ 2.239,97
Infração 04 R\$ 4.183,38

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **278996.0003/22-0**, lavrado contra **KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher o

valor de **R\$ 70.157,50**, sendo ICMS de R\$ 59.367,28, mais multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” e R\$ 10.790,22, referente a multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no artigo 42, inciso IX, ambos da Lei 7.014/96, bem como os devidos acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores já recolhidos.

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 03 de fevereiro de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR