

A. I. N° - 206920.0065/20-1
AUTUADO - ANILDO KUREK
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO M. BRANDÃO e CHARLES BELINE CHAGAS OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/02/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N 0025-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇAS ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. Acusação fiscal parcialmente elidida mediante exclusão de documentos fiscais cancelados e que tiveram mercadorias devolvidas ou por ajuste no cálculo da exação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/07/2020, exige o valor de R\$ 43.297,87, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 1 – 006.005.002: Deixou de recolher \ decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, COM CARGA TRIBUTÁRIA DE 18%. **Período:** janeiro de 2017 a dezembro de 2018, janeiro a junho de 2019. **Valor Histórico:** R\$ 18.276,62.

Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV e Art. 5º, § 2º, inciso I da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso III, alínea “i” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 – 006.005.002: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, COM CARGA TRIBUTÁRIA DE 5,6%. **Período:** abril, novembro e dezembro de 2017 e março, maio e junho de 2019. **Valor Histórico:** R\$ 15.424,65.

Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV e Art. 5º, § 2º, inciso I da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso III, alínea “i” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 3 – 006.005.002: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, COM CARGA TRIBUTÁRIA DE 8,8%. **Período:** maio de 2019. **Valor Histórico:** R\$ 9.596,60.

Enquadramento legal: Art. 4º, inciso XV e Art. 5º, § 2º, inciso I da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso III, alínea “i” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta a Impugnação de fls. 21/25. Contesta parte dos documentos fiscais arrolados da seguinte forma:

- Notas Fiscais nºs 2529, 107906, 337808, 504, 71359, 72425, 18453 e 4589, foram todas canceladas, respectivamente através dos Protocolos de nºs 143190098621803, 152170690694107, 152170773709859, 141170130577616, 152170839939900, 152170890216195, 152181549709067 e 152191969428363.

- Notas Fiscais de nºs 111434, 111418, 133903, 136462, 149464, 149877 e 149697, tiveram a mercadorias devolvidas, respectivamente, através das Notas Fiscais de Devolução nºs 111508, 111281, 132837, 136461, 149697, 149876 e 149464.

- Nota Fiscal nº 163316: Trata-se NF DE REMESSA VENDA ENTREGA FUTURA, pois a mesma tem NCM/SH 84332090, em conformidade com Convênio ICMS 52/91, acrescido do subitem 13.8 ao Anexo II pelo Convênio ICMS 51/10, efeitos a partir de 23.04.10, item 14.4 OUTRAS CEFEIRAS, INCLUÍDAS AS BARRAS DE CORTE PARA MONTAGEM EM TRATORES CODIGO: 8433.20.90.

Sendo assim, o valor referente ao DIFAL (Nota Fiscal nº 163316) é de R\$ 1.405,73 e não o valor de R\$ 10.308,67, conforme a fiscalização.

- Nota Fiscal nº 404784: Sustenta que se trata de uma NF de REMESSA EM BONIFICAÇÃO, DOACAO OU BRINDE, em que não se caracteriza a cobrança de DIFAL.

Concluiu que, após análise de todas as notas enumeradas, solicita confirmar que o valor devido de DIFAL é de R\$ 30.051,57 e não de R\$ 43.297,90 conforme notificação.

Prestada a informação fiscal de fls. 91 e 92, o fiscal rebate o autuado. Resume a defesa do contribuinte e passa a contrapor.

Informa que o Autuado elenca diversas Notas Fiscais objeto da autuação alegando que não deveriam constar na base de cálculo deste Auto de Infração por motivos diversos como: canceladas, devolução total e devolução parcial, erro na aplicação da alíquota referente a mercadoria do Convênio ICMS 52/91 e brindes / bonificação, e que após analisar os argumentos, bem como a documentação anexada ao PAF pelo Impugnante, concordo em parte com as alegações do Autuado, discorrendo sobre cada situação:

- a) Notas Fiscais **canceladas**: todas foram retiradas do Demonstrativo de Débito;
- b) Notas Fiscais de **devolução total e devolução parcial**: todas foram retiradas do Demonstrativo de Débito;
- c) **Nota Fiscal nº 163316, objeto do Convênio ICMS 52/91**: foi realizada a retificação da Base de Cálculo a ser tributada e do Crédito, conforme o ora citado Convênio, **restando um saldo a recolher de R\$ 2.400,00** e não R\$ 1.405,73, como deseja o Autuado (anverso da folha 97 do PAF);
- d) Notas Fiscais de **brindes / bonificação**: não foram retiradas do Demonstrativo de Débito, pois brinde é tributado, como se pode ver na Nota Fiscal nº 404.784, folha 85 do PAF. O destaque do ICMS para o estado de origem do remetente e o Artigo 388 do RICMS, Decreto nº 13.780/2012, deixam claro que brinde é tributado nas operações internas. Portanto, é devido o ICMS referente ao DIFAL.

Por consequência das exclusões, elaborou um novo Demonstrativo de Débito com as correções devidas (fls. 99), tendo o valor histórico total do débito passado para R\$ 35.928,05.

Conclui solicitando que o Auto de Infração seja julgado Procedente em Parte, conforme o valor citado e indicados nas fls. 93 e 99v.

É o relatório.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 06.05.02 (falta de recolhimento de ICMS DIFAL) ainda que segmentada em três, por distinção da carga tributária interna (18%, 5,6% e 8.8%), cujo valor original lançado foi R\$43.297,87.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos autuados às fls. 17, 18, 19, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, determinadas com segurança, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 03-19 e 93-98), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Como exposto no relatório, sem alegar qualquer preliminar, ainda que do valor autuado (R\$ 43.297,90) o sujeito passivo reconheça devido R\$ 43.297,90, cujos demonstrativos suportes constam autuados às fls. 05-08-v (carga tributária interna de 18%), 09-frente e verso (carga tributária interna de 5,6%) e 09-verso (carga tributária interna de 8,8%), a Impugnação ao lançamento consiste em protestar contra o arrolamento de parte dos documentos fiscais, na seguinte ordem:

- Notas Fiscais nºs 2529, 107906, 337808, 504, 71359, 72425, 18453 e 4589, foram todas canceladas, respectivamente através dos Protocolos de nºs 143190098621803, 152170690694107, 152170773709859, 141170130577616, 152170839939900, 152170890216195, 152181549709067 e 152191969428363.
 - Notas Fiscais de nºs 111434, 111418, 133903, 136462, 149464, 149877 e 149697, tiveram a mercadorias devolvidas, respectivamente, através das Notas Fiscais de Devolução nºs 111508, 111281, 132837, 136461, 149697, 149876 e 149464.
 - Nota Fiscal nº 163316: Trata-se NF DE REMESSA VENDA ENTREGA FUTURA, pois a mesma tem NCM/SH 84332090, em conformidade com Convênio ICMS 52/91, acrescido do subitem 13.8 ao Anexo II pelo Convênio ICMS 51/10, efeitos a partir de 23.04.10, item 14.4 OUTRAS CEFEIRAS, INCLUÍDAS AS BARRAS DE CORTE PARA MONTAGEM EM TRATORES CODIGO: 8433.20.90.
- Sendo assim, o valor referente ao DIFAL (Nota Fiscal nº 163316) é de R\$ 1.405,73 e não de R\$ 10.308,67, conforme a fiscalização.
- Nota Fiscal nº 404784: Sustenta que se trata de uma NF de REMESSA EM BONIFICAÇÃO, DOACAO OU BRINDE, em que não se caracteriza a cobrança de DIFAL.

Quando da Informação Fiscal, a autoridade autuante analisou os elementos de prova apresentados pelo Impugnante na forma indicada no art. 123 do RPAF, e atestou sua pertinência parcial.

Informou que o Autuado elencou diversas Notas Fiscais objeto da autuação alegando que não deveriam constar no Auto de Infração por motivos diversos como: canceladas, devolução total e devolução parcial, erro na aplicação da alíquota referente a mercadoria do Convênio ICMS 52/91 e brindes / bonificação e que após analisar os argumentos, bem como a documentação anexada ao PAF pelo Impugnante, ajustou o crédito tributário constituído na seguinte forma:

- e) **Notas Fiscais canceladas:** todas foram retiradas do Demonstrativo de Débito;
- f) **Notas Fiscais de devolução total e devolução parcial:** todas foram retiradas do Demonstrativo de Débito;
- g) **Nota Fiscal nº 163316, objeto do Convênio ICMS 52/91:** foi realizada a retificação da Base de Cálculo a ser tributada e do Crédito, conforme o ora citado Convênio, **restando um saldo a recolher de R\$ 2.400,00** e não R\$ 1.405,73, como deseja o Autuado (anverso da folha 97 do PAF);

h) Notas Fiscais de brindes / bonificação: não foram retiradas do Demonstrativo de Débito, pois brinde é tributado, como se pode ver na Nota Fiscal nº 404.784, folha 85 do RPAF. O destaque do ICMS para o estado de origem do remetente e o Artigo 388 do RICMS Decreto nº 13.780/2012, deixando claro que brinde é tributado nas operações internas. Portanto, é devido o ICMS referente ao DIFAL.

Por consequência das exclusões, elaborou um novo Demonstrativo de Débito com as correções devidas (fl. 99), tendo o valor histórico total do débito passado para R\$ 35.928,05, assim distribuídos:

- a) Para carga tributária interna de 18%: Exação de R\$7.455,60 - Demonstrativo analítico às fls. 93-96-v e demonstrativo de débito à fl. 99;
- b) Para carga tributária interna de 5,6%: Exação de R\$17.824,65 - Demonstrativo analítico às fls. 97-frente e verso e demonstrativo de débito à fl. 99-v;
- c) Para carga tributária interna de 8,8%: Exação de R\$4.425,00 - Demonstrativo analítico à fl. 97-v e demonstrativo de débito à fl. 99-v;
- d) Para carga tributária interna de 12%: Exação de R\$ 5.850,00 - Demonstrativo analítico à fl. 98 e demonstrativo de débito à fl. 99-v;

O sujeito passivo foi devidamente cientificado do ajuste regularmente efetuado no crédito constituído pelo lançamento tributário carreado no Auto de Infração em apreço, com entrega de cópia da Informação Fiscal e correlatos demonstrativos. Quando intimado a se manifestar a respeito no prazo regulamentar de 10 (dez) dias (RPAF: Art. 18, § 1º), o sujeito passivo não protestou a respeito.

Ainda que o Impugnante não tenha protestado a respeito, observo que quando do procedimento fiscal original, mesmo aportando o demonstrativo suporte de fl. 10, concernente a apuração de ICMS DIFAL no valor de R\$ 5.850,00 e relativo a operação com mercadorias cuja carga tributária interna é 12%, no crédito original constituído de R\$43.297,87, não se integrou o valor de R\$5.850,00.

Ocorre que ainda que reduzindo/ajustando o valor da exação por ocasião da Informação Fiscal para R\$ 35.928,05, este valor se acha integrado de R\$5.850,00, relativo ao ICMS DIFAL com carga tributária interna de 12%, não composto no valor original do Auto de Infração em apreço.

Sem embargo, considerando: **a)** tratar-se de uma mesma infração (006.005.02) ainda que segmentada em conformidade com a carga tributária interna; **b)** que o contribuinte autuado teve a regular oportunidade para o livre e amplo exercício do direito de defesa quanto ao lançamento tributário em constituição, como orientado pelo art. 123 do RPAF; **c)** que o crédito de direito do sujeito passivo foi considerado para a cobrança do ICMS DIFAL, inclusive na operação cuja carga tributária interna é 12%; **d)** que por se constituir em mesma infração, a operação pode ser integrada na exação segmentada como “Infração 01”, sem implicar em majoração do seu valor original, **e)** que o ajuste efetuado na exação original pela infração constatada (falta de recolhimento de ICMS DIFAL devido), reduzindo seu valor, ocorreu na forma indicada no § 1º, do art. 18, do RPAF, dele dando pleno conhecimento ao sujeito passivo, inclusive com oportunidade para sobre ele se manifestar, tenho por superado o contraditório em pauta e acolho o ajuste efetuado pela autoridade fiscal autuante.

Com fundamento no art. 140 do RPAF, constato a parcial subsistência do Auto de Infração em **R\$ 35.928,05**.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO
Infração 01

DATA		BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA%	MULTA%	VALOR ICMS
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO				
31/01/2017	31/01/2017	693,78	18	60	124,88
28/02/2017	28/02/2017	259,06	18	60	46,63
31/03/2017	31/03/2017	1.256,11	18	60	226,10
30/04/2017	30/04/2017	270,00	18	60	5.898,60
31/05/2017	31/05/2017	509,89	18	60	91,78
30/06/2017	30/06/2017	1.099,22	18	60	197,86
31/07/2017	31/07/2017	1.120,44	18	60	201,68
31/08/2017	31/08/2017	1.490,61	18	60	268,31
30/09/2017	30/09/2017	9.564,33	18	60	1.721,58
31/10/2017	31/10/2017	1.786,56	18	60	321,58
30/11/2017	30/11/2017	1.288,00	18	60	231,84
31/12/2017	31/12/2017	4.407,11	18	60	793,28
31/01/2018	31/01/2018	579,11	18	60	104,24
28/02/2018	28/02/2018	227,72	18	60	40,99
31/03/2018	31/03/2018	1.753,39	18	60	315,61
30/04/2018	30/04/2018	137,78	18	60	24,80
31/05/2018	31/05/2018	412,61	18	60	74,27
30/06/2018	30/06/2018	2.068,78	18	60	372,38
31/07/2018	31/07/2018	2.760,50	18	60	496,89
31/08/2018	31/08/2018	692,06	18	60	124,57
30/09/2018	30/09/2018	120,00	18	60	21,60
31/10/2018	31/10/2018	1.019,33	18	60	183,48
30/11/2018	30/11/2018	106,39	18	60	19,15
30/12/2018	30/12/2018	1.619,94	18	60	291,59
30/01/2019	30/01/2019	306,78	18	60	55,22
28/02/2019	28/02/2019	1.447,61	18	60	260,57
31/03/2019	31/03/2019	926,94	18	60	166,85
30/04/2019	30/04/2019	1.102,67	18	60	198,48
31/05/2019	31/05/2019	2.031,17	18	60	365,61
30/06/2019	30/06/2019	362,11	18	60	65,18

Total da Infração
13.305,60
Infração 02

DATA		BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA%	MULTA%	VALOR ICMS
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO				
30/04/2017	30/04/2017	13.372,00	18	60	2.406,96
30/11/2017	30/11/2017	8.823,11	18	60	1.588,16
31/03/2018	31/03/2018	164,06	18	60	29,53
30/04/2018	30/04/2018	13.333,33	18	60	2.400,00
31/03/2019	31/03/2019	8.333,33	18	60	1.500,00
31/05/2019	31/05/2019	13.750,00	18	60	2.475,00
30/06/2019	30/06/2019	41.250,00	18	60	7.425,00

Total da Infração
17.824,65

Infração 03					
DATA		BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA%	MULTA%	VALOR ICMS
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO				
31/05/2019	31/05/2019	26.654,44	18	60	4.797,80
Total da Infração					4.797,80
DÉBITO TOTAL					35.928,05

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206920.0065/20-1, lavrado contra **ANILDO KUREK**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 35.928,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.01496, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR