

A. I. Nº - 298623.0027/19-4
AUTUADO - PETROBAHIA S/A.
AUTUANTE - DANTE GRISI
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/03/2023

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0040-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO PRÓPRIO E/OU ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o pagamento da DIFAL na presente situação, à luz da previsão estabelecida pelo Art. 17, inciso I, da Lei nº 7.014/96. O cálculo nas aquisições interestaduais de mercadorias cujos fornecedores estão inscritos no regime do Simples Nacional, deve considerar a alíquota indicada no campo específico do documento fiscal, consoante previsão no Art. 23 da Lei Complementar nº 123/06. Corrigidos equívocos constantes no lançamento. Indeferido o pedido de perícia e/ou diligência fiscal. Mantida a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração sob enfoque foi expedido em 18/12/2019, para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 27.187,76, mais multa de 60% com previsão no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação: *“Infração 01 – 06.05.01: 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 autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 22 a 46, onde, após descrever os fatos inerentes a autuação, passou a arguir as seguintes preliminares:

I – Argumentou que grande parte dos números apurados, adiante detalhados, são resultados de DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS, sem que fosse considerado pelo Estado da Bahia o que prevê o art. 17 da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, *in verbis*:

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

(...)

XI - nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem.” (Redação originária, efeitos até 31/12/15).

(...)

“§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.” (Redação originária, efeitos até 21/12/17).

Se reportou ao que estabelece a Lei Complementar nº 123/06, em seu Art. 13, § 1, inciso XIII, detalhando suas especificações, bem como a Resolução CGSN nº 140, de 2018, que dispõe sobre o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), citando o que se extrai da leitura do seu art. 5º, § 2º, para concluir este tópico asseverando que criou-se a regra de que, na compra de mercadorias de empresas situadas em outros Estados da Federação optantes do SIMPLES NACIONAL, a legislação cabível é a aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo

recolhimento unificado, não existindo margem para dúvidas ou interpretações divergentes.

Nessa toada, **observou que o crédito a ser apurado em cada compra, deve ser o das empresas normais, mesmo que no bojo da nota fiscal de aquisição o percentual pago, a título de ICMS pela vendedora optante pelo simples, esteja zerado, tratando-se, em verdade, de crédito presumido que visa gerar competitividade às empresas optantes pelo SIMPLES que vendem para as normais, na medida em que o crédito a ser transferido será o mesmo que as demais.**

Neste sentido resumiu que o autuante não considerou os créditos de entrada de ICMS nas aquisições de material de ativo e uso e consumo de operações de entradas interestaduais, que seria de 7% ou de 12 %, conforme cada situação específica, o que, por si só, desconstitui grande parte do Auto de Infração.

II – Neste item pontuou que apenas para comprovar as alegações adiante detalhadas, frisou que em relação às competências ora impugnadas, desde já, pede vênia para juntar as NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS, mês a mês, que balizaram os cálculos que efetuou para recolhimento correto da DIFAL, assim como seus respectivos livros de apuração.

Ao ingressar na seara do Direito, no tópico intitulado “*ERROS E INCONISTÊNCIAS NO AUTO DE INFRAÇÃO. COBRANÇAS INDEVIDAS*”, passou a demonstrar, por cada competência, o que considerou como ocorrência de inconsistências e erros ocorridos na apuração de supostas diferenças recolhidas a menor, a título de DIFAL, nos termos abaixo reproduzidos:

Janeiro de 2015: Valor histórico cobrado no Auto de Infração R\$ 1.303,08. Em relação a este mês, após acostar a planilha de cálculo, fl. 24, trouxe os seguintes argumentos:

I) As Notas Fiscais nºs NF-e 10036, 10204 (5010036, 5012204) – foram escrituradas no mês 02/2015, uma vez que a emissão da nota fiscal pelo vendedor pode ter ocorrido no mês de janeiro, mas a contabilização da mesma pelo comprador ocorre com o recebimento da mercadoria pela Impugnante em seu estabelecimento. Portanto, a Impugnante junta em anexo os livros que comprovam a contabilização e recolhimento do DIFAL, apontado como não recolhido no mês de janeiro de 2015.

II) A NF-e 36018 além de ter sido escriturada no mês 02/2015, se trata de compra de mercadoria enquadrada na Substituição Tributária (Cimento) cujo imposto foi retido no documento fiscal e possivelmente recolhido para o Estado da Bahia pelo fornecedor, vez que o mesmo possui Inscrição de substituto tributário no Estado da Bahia, tratando-se, a toda evidência, de cobrança indevida.

Sendo assim, sustentou que o lançamento merece ser revisto, por se tratar de erro de fato.

Fevereiro de 2015: Valor histórico cobrado no Auto de Infração R\$ 16,80. Em relação a este mês, após afixar a planilha de cálculo à fl. 27, alegou que a NF-e 5839 se refere à fornecedor do SIMPLES NACIONAL, sendo que o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação cujo cálculo se aplica a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, conforme explicitado na PRELIMINAR 01. Portanto, sustentou que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01.

Junho de 2015: Valor histórico cobrado no Auto de Infração R\$ 359,10. Em conformidade com a planilha de cálculo de fl. 27, citando que apurou o ICMS – DIFAL, considerando que a NF-e 5111, 6792, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo foi realizado de acordo entendimento da legislação, aplicando a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sustentando, assim, que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01.

Julho de 2015: Após afixar a planilha de cálculo à fl. 28, pontuou que o valor histórico autuado foi de R\$ 148,98, observando que as NF-e 90 e 6966, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, portanto o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, aplicando a diferença entre

a alíquota interna e a interestadual, sustentando que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01.

Agosto de 2015: Citou que o valor autuado foi de R\$ 375,15, observando que nesta competência efetuou os cálculos considerando que: *i*) NF-e 1584 e 1725, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL. O cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação cujo cálculo se aplica a diferença entre a alíquota interna e a interestadual; *ii*) NF-e 29000, 290002 - O cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação cujo cálculo se aplica a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Com isso, sustentou que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01, afixando a planilha de cálculos à fl. 29.

Janeiro 2016: Indica o valor histórico de R\$ 337,89, citando que contesta o valor cobrado pelo simples fato de não ter ocorrido nenhuma aquisição de produto, conforme atestam os documentos fiscais ora anexados.

Junho 2016: Em relação a este mês, cujo valor lançado foi na ordem de R\$ 273,49, citou que em relação a NF-e 2105, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo que realizou foi de acordo com o que consta na legislação, enquanto que em relação a NF-e 9797, o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação cujo cálculo se aplica a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, devendo ser desconstituído o lançamento, conforme planilha afixada à fl. 30.

Julho de 2016: Citou que para este mês foi lançado o valor de R\$ 9.193,34, tecendo as seguintes considerações: *i*) Em relação as NF-e 1224, 12078, 1882, 11957, os fornecedores são do SIMPLES NACIONAL. *ii*) Quanto a NF-e 458, o autuante não considerou o ICMS destacado no documento fiscal no valor de R\$ 4.626,00; *iii*) contestou o cálculo relativo a NF-e 22662.

Desta forma sustentou que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01, além de que não foi considerado pelo autuante nem mesmo o crédito pela alíquota do SIMPLES, como ocorreu nas demais competências, em relação a NF nº 458, afixando à fl. 31 a planilha de cálculos.

Setembro 2016: Para este mês citou que o valor lançado foi na ordem de R\$ 27,65, entretanto questionou o valor referente a NF-e -2229, cujo cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, cujo cálculo se aplica a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, defendendo que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01, conforme planilha de fl. 31.

Outubro 2016: Apontou que para este mês foi lançado o valor de R\$ 342,98, trazendo os seguintes questionamentos: *i*) NF-e 2522, 2170, 29056, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, sendo que o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, considerando a diferença entre a alíquota interna e a interestadual; *ii*) as NF-e 5251, 45359, 29892, o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, considerando, por igual, a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, razão pela qual, entende que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01, tendo afixado à fl. 32 planilha de cálculo.

Novembro 2016: Para este mês apontou o valor lançado de R\$ 11.346,01, tendo questionado que: *i*) nas NF-e 522, 14286, 1656, 29192, os fornecedores são do SIMPLES NACIONAL, enquanto que o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, onde se aplica a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. *ii*) em relação a NF-e 3019, o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação aplicando a diferença entre a alíquota interna e a interestadual e *iii*) nos CT-e 147610, 149029, o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, também aplicando a diferença entre a alíquota interna e a

interestadual, conforme planilha de fl. 33, sustendo que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01.

Dezembro 2016: Lançado o valor de R\$ 211,07, entretanto, em relação as NF-e 6608, 350188, 71046, o cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, aplicando-se diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Por isso defendeu que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01 e planilha de fl. 34.

Janeiro 2017: Em relação a este mês foi lançado o valor de R\$ 37,57, tendo arguido que a NF-e 5780, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, tendo sido realizado o cálculo considerando a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, argumentando que o lançamento deve ser revisto, para desconstituir a cobrança, em face da aplicação do que rege o art. 13, §1º, XIII, “h” e §5º da LC 123/2006, conforme preliminar 01.

Faço o registro que, tal como nos períodos anteriores, foi juntado pelo autuado planilha de cálculos do imposto.

Março 2017: Para este mês foi lançada a quantia de R\$ 1.020,47, tendo sido efetuados os seguintes questionamentos: *i*) as NF-e 13026, 2378, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, considerando a diferença entre a alíquota interna e a interestadual; *ii*) em relação a NF-e 46916, a diferença apurada pelo autuante é indevida, posto que o para cálculo da DIFAL em relação a essa nota específica, foi considerada duas vezes o valor do IPI.

Abril e Maio 2017: Pontuou que o valor lançado foi na ordem de R\$ 498,61, entretanto, em relação a NF-e 17055, a diferença apurada pelo autuante é indevida, posto que o para cálculo da DIFAL em relação a essa nota específica, foi considerada duas vezes o valor do IPI, já em relação as NF-e 1023, 62, 3267, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo do DIFAL foi realizado de acordo entendimento da legislação, considerando a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Junho 2017: Para este mês foi lançado o valor de R\$ 895,48, entretanto, em relação a NF-e 3382, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo que realizou considerou seu entendimento da legislação, isto é, diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Julho 2017: Para este mês foi lançado o valor de R\$ 245,82, tendo efetuado as seguintes considerações: *i*) NF-e 4338, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo que realizou considerou seu entendimento da legislação, isto é, diferença entre a alíquota interna e a interestadual; *ii*) Na NF-e 41647, a diferença apurada pelo autuante é indevida, posto que o para cálculo da DIFAL em relação a essa nota específica, foi considerada duas vezes o valor do IPI, *iii*) nas NF-e 41647, NF-e 44201, calculou o DIFAL utilizando a alíquota interestadual de 12%, lembrando que o produto dessas notas são alcançados pela substituição tributária, afastando qualquer cobrança a título de DIFAL, nada sendo considerado pelo autuante.

Agosto 2017: Em relação a este mês, cujo valor lançado foi de R\$ 112,07, apresentou as seguintes ponderações: *i*) NF-e 84, o fornecedor é um posto de gasolina, sendo que foi gerado cupom fiscal e não há incidência de diferencial de alíquota nesse caso, visto que o produto está submetido a ST; *ii*) NF-e 44245, a diferença apurada pelo autuante é indevida, posto que o para cálculo da DIFAL em relação à essa nota específica, foi considerada duas vezes o valor do IPI.

Outubro 2017: Foi lançado o valor de R\$ 70,24, porém em relação a NF-e 3672, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo que realizou considerou seu entendimento da legislação, isto é, diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Novembro 2017: Para este mês foi lançada a quantia de R\$ 144,74, entretanto para as NF-e 2216, 4683, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo que realizou considerou seu

entendimento da legislação, isto é, diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Dezembro 2017: Foi lançada a quantia de R\$ 227,22, porém, em relação as NF-e 1193 e 059, o fornecedor é do SIMPLES NACIONAL, cujo cálculo que realizou considerou seu entendimento da legislação, isto é, diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Sendo assim, imperioso concluir que o presente auto de infração é NULO E INCONSISTENTE, em face dos vícios supracitados.

Após as intervenções supra, sustentou que o presente lançamento deverá ser declarado improcedente, em razão de:

I - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, PRODUTO ADQUIRIDO POR FORNECEDOR DO SIMPLES NACIONAL – DEVE SER CONSIDERADO A DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A INTERESTADUAL (ART 13, §1º, INCISO XIII, ALÍNEA H, e § 5º DA LEI COMPLEMENTAR 123/06): Neste tópico, após traçar considerações interpretativas e de ordem jurídica, sustentou que grande parte da mercadoria que adquiriu, teve como fornecedor outro estado da federação, devendo, portanto, ser aplicado o que dispõe o art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “h” e § 5º da Lei Complementar 123/06, segundo o qual deve ser observada a legislação aplicada às demais pessoas jurídicas, ou seja, a alíquota de 7% e de 12%, respectivamente.

Argumentou que dita regra não foi considerada pelo autuante, conforme detalhadamente demonstrado nas razões fáticas que aduziu, sendo que, o que notou nessas operações de compras foi que o autuante simplesmente zerou quando não houve destaque ou considerou a alíquota do SIMPLES e não as das empresas normais, como preconiza a lei complementar.

Neste rumo, asseverou que o Auto de Infração deve ser revisto em sua inteireza, pelo princípio da verdade material.

II - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. PRODUTO ADQUIRIDO COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA QUE NÃO FOI CONSIDERADO PELO AUTUANTE: Aqui pontuou que foram identificadas algumas compras interestaduais de produtos sujeitos à substituição tributária, quando destinados a consumidores finais, cujo valor devido de ICMS ST é de responsabilidade do remetente, portanto não deveria ser novamente exigido.

III – DUPLICIDADE DE COMPOSIÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DO IPI: Citou que em algumas notas fiscais de compra de produtos foi considerado em duplicidade o valor do IPI, para fins de apuração do DIFAL, o que torna também a cobrança indevida.

No tópico seguinte passou a arguir efeito confiscatório na multa aplicada, tecendo argumentos jurídicos para respaldar seus argumentos além de doutrina e decisões de Tribunais Superiores, para concluir pugnando pela nulidade do Auto de Infração.

Em conclusão requereu a procedência da presente Impugnação, para o fim de que seja reconhecida a improcedência /nulidade do lançamento tributário combatido, requerendo, ainda, que eventual saldo a ser recolhido, seja quitado mediante compensação, na forma do que dispõe o art. 317, I, “b” do RICMS/BA.

Por fim, requereu que seja deferida a realização de todos os meios de provas, inclusive defesa oral nos julgamentos, bem como a realização de produção de prova pericial e diligências, necessárias à comprovação de que as quantias exigidas são indevidas, sob pena de cerceamento de defesa.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 188 e 189, destacando que a irresignação do autuado não demanda aprofundamento para se constatar o quanto equivocado travou o enfrentamento contra o lançamento do crédito na ação fiscal, afirmando que a simplicidade reside no desconhecimento da legislação.

Disse referir-se, basicamente, na formação da base de cálculo de incidência do diferencial de alíquota do ICMS, incidente sobre as aquisições de mercadorias em outras unidades da federação, definida na legislação como 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 a diferença de alíquotas integrar a base de cálculo (art. 17, XI, da Lei 7.014/96), observando que, na hipótese o autuado sustentou, equivocadamente, que o cálculo deve ser realizado, tão-somente, pela diferença nominal entre as alíquotas da UF de destino e origem e mesma base de cálculo do remetente.

Acrescentou que o autuado contraria a vigência da redação atual do inciso XI do *caput* do art. 17, dada pela Lei nº 13.373 de 21/09/2015, efeitos a partir de 01/01/2016, visto que, o autuado, numa interpretação desconexa invoca o § 6º do art. 17 da Lei 7.014/96, que em nada alterou o sentido da tributação, eis que remete aos termos do inciso XI, relativamente ao valor nele previsto.

Outro ponto observado diz respeito ao aproveitamento do crédito pelo diferencial de alíquota, na compensação com o débito, em aquisições para consumo de empresas enquadradas no regime do Simples Nacional, sediadas em outras “UF”, tendo em vista que autuado adotou o crédito com base na alíquota da “UF” de origem, desprezando a condição da nota fiscal, o status da empresa e a regra do art. 23 da LC 123/06 que contém a seguinte previsão:

“A alíquota aplicável e o valor do crédito deverão ser informados no documento fiscal, modelo 1 ou 1-A, no campo destinado a informações complementares ou, por qualquer meio gráfico indelével, a expressão: PERMITE O APROVEITAENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALOR DE R\$..., CORRESPONDENTE A ALÍQUOTA DE ... %, NOS TERMOS DO ART. 23 da LC 123/06”.

Portanto, asseverou que, neste contexto, não havendo tais indicações fica inadmitido o aproveitamento do crédito, muito menos considerar a hipótese de crédito presumido pela alíquota da UF de origem.

Em conclusão pontuou que após analisar os argumentos defensivos de forma ampla e minuciosa, em todos os seus aspectos, concluiu pela regularidade do lançamento de ofício, com pontuais ajustes para mais ou para menos, conforme planilha de revisão anexa à presente informação fiscal.

Em 31 de agosto de 2021, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem, no sentido de que o autuado fosse cientificado do inteiro teor da Informação Fiscal, com concessão do prazo de 20 (vinte) dias para que o mesmo se manifestasse.

Auditor Fiscal estranho ao feito se pronunciou à fl. 201 sugerindo que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente com base nos novos valores indicados pelo autuante.

O autuado foi cientificado em 29/11/2022 do inteiro teor da Informação Fiscal e dos novos demonstrativos apresentados pelo autuante, conforme Mensagem DT-e 2986230027194, fl. 204, com data de ciência expressa pelo autuado também em 29/11/2022, com a concessão do prazo para manifestação acima referido, entretanto, consoante despacho constante à fl. 207, o PAF foi encaminhado ao CONSEF para julgamento em 20/12/2022, tendo em vista que o prazo para manifestação havia expirado e o autuado não se pronunciou, com ratificação do PAF ao CONSEF pela SAT/COPEC em 04/01/2023, fl. 209.

VOTO

O Auto de Infração em tela cuida da exigência de ICMS-Difal no montante de R\$ 27.187,76 devido pelas aquisições interestaduais de materiais para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento do autuado e/ou para incorporação ao Ativo Fixo.

Apesar do autuado, em diversos momentos, ter suscitado a nulidade do Auto de Infração, não acolho tais argumentos, posto que, a rigor, se tratam de questionamentos relacionados ao mérito da autuação, onde serão analisados. Portanto, considerando que sob o ponto de vista formal o lançamento encontra amparo no Art. 142 do Código Tributário Nacional e, também no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, deixo de acolher todos os argumentos suscitados a título de nulidade constantes na peça defensiva.

Assim é que, em relação ao mérito, de imediato, indefiro o pedido de realização de perícia e/ou diligência fiscal requerida pelo autuado, com amparo no Art. 147, I e II do RPAF/BA, visto que se encontram nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador. Aliás, a informação fiscal prestada pelo autuante, analisou, de forma minuciosa e detalhada todos os argumentos defensivos, cujo resultado foi disponibilizado ao autuado que, sobre o qual, não se manifestou.

Vale aqui o registro de que autuado foi cientificado em 29/11/2022 do inteiro teor da Informação Fiscal e dos novos demonstrativos apresentados pelo autuante, conforme Mensagem DT-e 2986230027194, fl. 204, com data de ciência expressa pelo autuado também em 29/11/2022, com a concessão do prazo para manifestação de 20 (vinte) dias, entretanto, consoante despacho constante à fl. 207, o PAF foi encaminhado ao CONSEF para julgamento em 20/12/2022, tendo em vista que o prazo para manifestação havia sido expirado e o autuado não se pronunciou, com ratificação do encaminhamento do PAF ao CONSEF pela SAT/COPEC em 04/01/2023, fl. 209.

No mérito, a rigor, apesar da extensão da peça defensiva, ela pode ser sintetizada em três argumentos básicos, consoante resumido pela própria defesa:

- i)* nas aquisições de produtos em empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, defende o autuado que deve ser aplicada as regras de cálculo atribuídas às demais pessoas jurídicas não optantes do referido regime, com base no art. 13, § 1º, XIII, “h”, e § 5º da LC 123/06, considerando a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.
- ii)* inclusão no lançamento de produtos sujeitos a substituição tributária.
- iii)* inclusão do IPI em duplicidade em algumas notas fiscais.

No que diz respeito ao primeiro item acima, não assiste razão ao autuado em seu argumento. Destaco que a autuação abrange períodos relacionados aos exercícios de 2015, 2016 e 2017, e a base de cálculo para fim de pagamento de diferença de alíquota está disciplinada pelo Art. 17, inciso XI, que “é 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”, redação esta que foi dada pela Lei nº 13.373 de 21/09/2015, com vigência a partir de 01.01.2016.

A redação originária, vigente até 31/12/2015, era que a base de cálculo “é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem”.

Portanto, consoante se verifica acima, até 31/12/2015 a sistemática de determinação do valor da base de cálculo era uma e, a partir de 01.01.2016 houve a modificação acima indicada.

Analizando as planilhas elaboradas pelo autuante, constatei que a metodologia de cálculo empregada pelo mesmo, atendeu ao previsto pelo Art. 17, IX da Lei nº 7.014/96, pois, até 31/12/2015, os cálculos levaram em consideração o valor da operação na unidade federada de origem, enquanto que, a partir de janeiro/2016, o cálculo passou a ser feito expurgando o ICMS da operação interestadual (estado de origem), acrescido do imposto da operação interna neste Estado.

No que diz respeito as aquisições decorrentes de fornecedores optantes pelo regime do Simples Nacional, também não assiste razão ao autuado na medida em que este adotou o crédito com base na alíquota da “UF” de origem, desprezando a condição da nota fiscal, o status da empresa e a regra do art. 23 da LC 123/06 que contém a seguinte previsão: “A alíquota aplicável e o valor do crédito deverão ser informados no documento fiscal, modelo 1 ou 1-A, no campo destinado a informações complementares ou, por qualquer meio gráfico indelével, a expressão: PERmite o APROVEITAENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALLOR DE R\$..., CORRESPONDENTE A ALÍQUOTA DE ...%, NOS TERMOS DO ART. 23 da LC 123/06”.

Ressalto, consoante muito bem pontuado pelo autuante, que inexistindo crédito fiscal indicado no documento de origem, não há como se admitir aproveitamento de crédito, muito menos

considerar a hipótese de crédito presumido pela alíquota da UF de origem, conforme sustentado pelo autuado.

Naquilo que diz respeito aos itens dois e três acima, concernentes a alegados equívocos do autuante, vejo que foram acolhidos pelo mesmo, que processou as alterações abaixo delineadas, resultando na redução do lançamento, conforme novas planilhas afixadas às fls. 190 a 196, com o que concordo:

- janeiro/2015: Nfs.10036, 10204 (5010036 e 5012204), tratam de documentos não escriturados, enquanto a Nota Fiscal nº 36018, com o produto incluído na ST (cimento) foi excluída da autuação.
- Janeiro/2016: o valor autuado de R\$ 337,89, impugnado pelo autuado, foi inteiramente excluído pelo autuante, consoante se observa na planilha de fl. 192, onde não consta exigência para este mês.
- Julho/2016, foi concedido o crédito no valor de R\$ 4.646,00 referente a Nota Fiscal nº 458, resultando na redução da infração.
- Março/2017: Excluída a exigência pertinente a Nota Fiscal nº 46.916, IPI incluído em duplicidade.
- Julho/2017: Excluída a exigência relacionada a Nota Fiscal nº 41.647, IPI incluído em duplicidade.
- Agosto de 2017: Foi excluído integralmente pelo autuante o valor lançado de R\$ 112,07, ante as seguintes constatações: *i*) NF-e 84, o fornecedor é um posto de gasolina, sendo que foi gerado cupom fiscal e não há incidência de diferencial de alíquota nesse caso, visto que o produto está submetido a ST; *ii*) NF-e 44245, a diferença apurada pelo autuante é indevida, posto que o para cálculo da DIFAL em relação à essa nota específica, foi considerada duas vezes o valor do IPI.

Assim é que, com base nas considerações acima postas, o débito remanescente apresenta a configuração abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO			
Mês/Ano	Valor lançado	Valor revisado	Valor julgado
jan/15	1.303,08	1.196,08	1.196,08
fev/15	16,80	16,80	16,80
abr/15	0,00	217,78	0,00
jun/15	359,10	359,10	359,10
jul/15	148,98	148,98	148,98
ago/15	375,15	375,15	375,15
jan/16	337,89	0,00	0,00
mar/16	0,00	337,37	0,00
jun/16	273,49	273,49	273,49
jul/16	9.193,34	3.551,87	3.551,87
set/16	27,65	27,65	26,65
out/16	342,98	342,98	342,98
nov/16	11.346,01	11.346,01	11.346,01
dez/16	211,07	235,2	211,07
jan/17	37,57	0,00	0,00
mar/17	1.020,47	743,33	743,33
mai/17	498,61	484,02	484,02
jun/17	895,48	895,48	894,48
jul/17	245,82	239,80	239,80
ago/17	112,07	0,00	0,00
out/17	70,24	70,24	70,24
nov/17	144,74	144,74	144,74
dez/17	227,22	227,22	227,22
TOTAL	27.187,76	21.233,29	20.652,01

Quanto ao argumento defensivo de caráter abusivo da multa aplicada no percentual de 60%, considerada pelo autuado de efeito confiscatório, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados, considero que o autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua

atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisão de Tribunais Superiores citadas pelo autuado, voltadas a questões interpretativas de ordem constitucional, foge da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou como parte na ação.

Portanto, a multa aplicada fica mantida, porque possui previsão legal pela Lei nº 7.014/96 e pelo Código Tributário deste Estado.

No tocante ao pedido formulado pelo autuado no sentido de que o débito a ser recolhido seja quitado mediante compensação na forma que dispõe o art. 317, I, “b” do RICMS/BA, esclareço que realmente existe esta previsão, entretanto, está é uma decisão alheia à competência do CONSEF, cabendo ao autuado pleitear autorização para esse fim na forma prevista pelo § 3º do citado artigo regulamentar.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 20.652,01 na forma acima demonstrada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298623.0027/19-4, lavrado contra **PETROBAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 20.652,01**, acrescido da multa de 60%, com previsão no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR