

PROCESSO	- A. I. N° 207973.0034/22-2
RECORRENTE	- SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0143-03/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18.06.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0131-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. O recorrente deixou de observar que a redação anterior do inciso XI do *caput* do art. 17 da Lei nº 7.014/96 foi dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 22/09/2015, com efeitos de 01/01/2016 a 30/12/2021. Ou seja, não observou as suas normas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) N° 0143-03/23-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 16/11/2022 para formalizar a constituição de crédito tributário no montante de R\$ 99.255,94, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim discriminada na instância originária:

“Infração 01 – 006.002.001: Falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2021.”

Consta, ainda, que a Lei nº 13.373, de 21/09/2015, efeitos de 01/01/2016 a 31/12/2021, alterou o inciso XI [do caput do art. 17] da Lei 7.014/96. Não houve adequação dos procedimentos relativos ao cálculo da diferença de alíquota à nova sistemática prevista no mencionado dispositivo legal, conforme demonstrativo anexo em mídia e impresso.”.

A JJF apreciou a lide no dia 03/08/2023 e julgou o Auto de Infração Procedente, de forma unânime, nos seguintes termos (fls. 245 a 261):

“VOTO

Incialmente, deve ser analisada a informação dos Autuantes de que foi apresentada a impugnação de forma intempestiva, de acordo com as seguintes datas: 22/11/2022 - ciência tácita (fl. 56); 23/11/2022 - termo inicial; prazo para impugnação do lançamento - 60 dias; 21/01/2023 - termo final. Disse que a defesa foi enviada através dos Correios e postada na Agência de Embu das Artes - SP em 23/01/2023 (fl. 234), quando o prazo legal havia expirado em 21/01/2023.

Observo que a intimação do Auto de Infração foi efetuada (fl. 56 do PAF) por meio Mensagem DTe (Domicílio Tributário Eletrônico). O DT-e foi instituído pela Lei 13.199, de 28/11/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu Artigo 127-D.

Conforme inciso III do Parágrafo único do art. 127-D do COTEB, “caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo”.

Considerando que o dia 21/01/2023 foi um sábado e o dia 22, domingo, entendendo que a postagem na segunda-feira, dia 23, ocorreu dentro do prazo legal, levando-se em consideração a regra constante no § 1º do art. 22 do RPAF-BA, de que “Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou onde deva ser praticado o ato”.

Restando comprovada a tempestividade da defesa apresentada, entendo que deve ser dado prosseguimento do trâmite processual. Assim, em nome da verdade material, da garantia de ampla defesa, e com base nos

princípios da razoabilidade, da eficácia e da economia processual, deve ser apreciada a defesa apresentada e efetuado o necessário julgamento.

O Defendente afirmou que o presente Auto de Infração padece de diversas nulidades, dentre elas a cobrança em duplicidade do ICMS, pois os Autuantes não consideraram que relevante parte dos débitos exigidos foram devidamente pagos e que outra parte se encontra parcelada. Essa alegação será analisada neste voto, por ocasião do enfrentamento do mérito da autuação.

O Autuado requereu a decretação da nulidade da presente autuação alegando inobservância da formalidade essencial da autuação e ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Disse que o auto de infração impugnado não corresponde à realidade dos fatos e aos seus registros fiscais, e não contém descrição minuciosa dos fatos e de sua subsunção às normas legais.

Observo que o presente Auto de Infração foi efetuado em cumprimento a uma Ordem de Serviço, não se constatou motivo para se entender que houve cobrança em duplicidade, a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

No presente processo, o motivo encontra-se descrito na acusação fiscal. O Defendente foi autuado em decorrência de realizar aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, por isso, foi exigido ICMS relativo à diferença de alíquotas, conforme descrição dos fatos constante no Auto de Infração.

Também foi alegado pelo Defendente, falta indicação dos livros e documentos examinados, impedindo assim o Impugnante de saber em quais documentos a Fiscalização se baseou para efetuar o lançamento e, principalmente, se os valores apurados foram aqueles constantes de sua contabilidade.

Disse, ainda, que o auto de infração não foi instruído com as notas fiscais autuadas, documentos essenciais para validar as informações constantes no demonstrativo apresentado, o que é causa de nulidade da autuação, em razão do flagrante cerceamento de defesa.

Afirmou que a ausência de tais documentos lhe impediu aferir a correção dos valores apontados nas notas fiscais que serviram de base de cálculo para cobrança do tributo e a incidência da multa lançada.

Concluiu que no caso concreto, não houve clara indicação dos elementos que compuseram a base de cálculo; não há notas explicativas ou informações complementares que auxiliem o contribuinte e a este órgão Julgador na compreensão dos valores cobrados.

O Autuante esclareceu que o demonstrativo elaborado pela Fiscalização se encontra às fls. 09 a 51 do PAF, e foi apresentada pelo Autuado uma planilha denominada “Memória de Cálculo da Diferença de Alíquota”. Foram acrescentadas apenas as 02 (duas) últimas colunas, a saber: “Difal correta” e “Diferença a recolher”. Tudo o mais está exatamente conforme a planilha “Demonstrativo Cálculo ICMS Diferença de alíquota Ativo Material de Consumo - Item 8 Letra A e B”, apresentada pelo Autuado e que se encontra na mídia (envelope fl. 52).

Disse que foi entregue um CD com todas informações solicitadas, inclusive a memória de cálculo da DIFAL, e ressaltou que há algum tempo não se trabalha manuseando documentos físicos, considerando que estamos na era do SPED Fiscal e NF-e.

Observo que em decorrência da evolução tecnológica, inclusive em relação ao controle das operações realizadas por contribuintes, não há mais sentido deslocar autoridades tributárias para visitar empresas com o objetivo de efetuar auditorias e exame físico em documentos e escrita contábil.

Nesse cenário, destaca-se o controle virtual das operações realizadas por contribuintes, por isso, nas auditorias são aplicados roteiros de fiscalização que estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de documentos e de forma digital, com a utilização de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

No levantamento fiscal, constam os dados referentes ao nome do fornecedor/remetente das mercadorias, CNPJ, número do documento fiscal, data, código e descrição do produto, valor comercial, BC do ICMS, Alíquota interestadual, Alíquota interna, CST, DIFAL, DIFAL correta e DIFAL a recolher.

Neste caso, a existência das referidas notas fiscais é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário. Portanto, a alegação defensiva não pode ser acolhida, uma vez que ficou caracterizada a aquisição de mercadorias sem o devido pagamento da DIFAL, não cabendo ao Fisco obter outras provas.

Outra alegação apresentada é de que a Autoridade Fiscalizadora informa que o Auto de Infração estaria acompanhado de uma mídia com demonstrativo, contudo, o Defendente alegou que em momento algum, recebeu a mídia citada, o que também implica cerceamento de defesa, já que não sabe quais documentos englobam tal mídia.

O Autuante esclareceu que, para impressão, o demonstrativo foi formatado de modo que as informações mais relevantes fossem visualizadas. O demonstrativo original “paf_2069730034222_Difal Sansuy.xlsx” além de constar em mídia (envelope fl. 52) foi enviado para o contribuinte como anexo à Intimação para Ciência do Auto de Infração, pagamento e/ ou apresentação de defesa (fls. 56 e 57).

Consta na Mensagem DT-e à fl. 56: “Encaminhamos em anexo Auto de infração, demonstrativo de débito e demais documentos relacionados ao Auto de Infração”. A prova de que o Autuado recebeu os demonstrativos e entendeu a autuação fiscal está na própria defesa, produzindo às fls. 76 a 78 planilha para demonstrar que “um simples cálculo – desconsiderando a indevida inclusão do ICMS em sua própria base, bem como que os valores cobrados já foram devidamente recolhidos ou parcelados...”.

Também elaborou planilha para demonstrar que “mesmo que se entenda pelo cálculo com a inclusão do ICMS e do DIFAL em suas próprias bases, ainda assim o valor autuado é muito superior ao valor devido”.

O Defendente afirmou que o Auto de Infração/Termo de Encerramento, descreve a suposta infração, apenas discorre que o Impugnante haveria deixado de recolher a diferença entre as alíquotas interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo de seu estabelecimento. No entanto, afirma que sequer foram mencionados os dispositivos legais que embasariam aquilo alegado.

Disse que o enquadramento legal deveria corresponder exatamente à infração imputada ao contribuinte. O enquadramento da infração arguida, que é elemento essencial e indispensável do auto de infração, não foi cumprido satisfatoriamente, o que inviabiliza sobremaneira o seu direito de defesa.

O Autuante esclareceu que o enquadramento da infração é indicado de acordo com o Sistema de Lavratura do Crédito Tributário (SLCT), não havendo alteração ou complemento para infração tão comum.

Afirmou que o Autuado apresentou sua memória de cálculo do DIFAL, o cálculo foi efetuado como determina a legislação, comparando-se com os valores encontrados pelo Autuado, exigindo-se a diferença. Assim, o Autuado sabe exatamente o que está sendo cobrado e a razão da cobrança.

Entendo que o dispositivo da Lei 7.014/96, bem como o art. 305, § 4º, Inciso III, “a” do RICMSBA/2012, citados no enquadramento legal, guardam relação com o imposto apurado pelo autuante, inexistindo dúvida de que a autuação fiscal trata de exigência de ICMS relativo à diferença de alíquotas.

Vale salientar, que não implica nulidade da autuação em caso equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A descrição dos fatos e dispositivos legais constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS DIFAL.

O Impugnante alegou que o Autuante calculou o valor supostamente devido de DIFAL com aplicação de alíquota de 18%, ou seja, aplicou alíquota interna do estado ao invés do diferencial de alíquota.

Acrescentou: Se a cobrança é de DIFAL, a alíquota da autuação deveria ser a diferença entre a alíquota interna (18%) e a alíquota interestadual. Disse que não é possível compreender, que o Autuante aplicou a alíquota interna de 18% em seu cálculo. Não há sequer a indicação da origem das mercadorias adquiridas a ponto de esclarecer qual seria, de fato, o DIFAL devido na operação.

Afirmou que não há justificativa plausível para manutenção do auto de infração defendido, haja vista a aplicação da alíquota interna no cálculo realizado pelos Autuantes.

Na Informação Fiscal, o Autuante esclareceu que os valores apurados no demonstrativo como diferença a recolher alimentam o SLCT e a alíquota é indicada para que o sistema encontre a base de cálculo. Para o contribuinte, valor do débito e a forma como foi calculado estão detalhados no demonstrativo.

Analisando o levantamento fiscal, não foi constatado erro na determinação da alíquota, considerando que o imposto foi apurado segundo a alíquota cabível para cada operação interestadual, como se pode constar no demonstrativo de fls. 09/51 do PAF (onde consta UF de origem das mercadorias) em confronto com o demonstrativo de débito às fls. 01/02, citado pelo Defendente. Entretanto, ao serem transportados os valores apurados para o demonstrativo de débito, por uma limitação técnica do Sistema Automatizado de Emissão de Auto de Infração ou SLCT, a alíquota indicada nesse demonstrativo de débito será sempre 18%. Ou seja, houve a indicação da alíquota de 18% no demonstrativo de débito do Auto de Infração, por imposição do Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, o que não onerou o sujeito passivo, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurado no levantamento fiscal com o referido demonstrativo de débito. Neste caso, os valores apurados foram divididos por 0,18 (dezessete por

cento), calculando-se a partir daí a base de cálculo para efeitos de demonstração na peça do lançamento.

O Autuante informou que os valores apresentados nas planilhas da defesa (fls. 76/78) partem do demonstrativo de débito do Auto de Infração. Deveriam partir do demonstrativo da diferença de alíquota (fls. 9 a 51 do PAF).

Observo que foram elaborados pelos Autuantes o “DEMONSTRATIVO DE COMPRAS USO/CONSUMO – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS” e um resumo denominado “RESUMO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS”, indicando o ICMS Diferença de Alíquotas – Fisco, ICMS Diferença de Alíquotas – Contribuinte e ICMS calculado a menos contribuinte, valores que foram transportados para o demonstrativo de débito do Auto de Infração, conforme impressos às fls. 09 a 51 e CD à fl. 52 do PAF. Portanto, inexiste qualquer divergência entre os valores apurados no levantamento fiscal e aqueles que foram lançados no demonstrativo de débito.

A autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, não se constatou prejuízo ao defendant, considerando que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não houve violação ao devido processo legal e a ampla defesa, tendo em vista que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante o levantamento fiscal, o Autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, conforme se pode constatar nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa.

Não se constatou ausência dos requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF/99, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia e diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência/perícia, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelos autuantes, por isso, indefiro o pedido formulado pelo Autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do 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, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2021.

De acordo com a descrição dos fatos, “a Lei nº 13.373, de 21/09/2015, efeitos de 01/01/2016 a 31/12/2021, alterou o inciso XI da Lei 7.014/96...”. Não houve adequação dos procedimentos relativos ao cálculo da diferença de alíquota à nova sistemática prevista no mencionado dispositivo legal, conforme demonstrativo anexo em mídia e impresso.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O Defendente alegou que os Autuantes não consideraram que relevante parte dos débitos exigidos foram devidamente pagos e que outra parte se encontra parcelada. Os débitos de DIFAL do período de 2018 a 2021, foram devidamente recolhidos ou parcelados, conforme se verifica dos comprovantes anexos (doc. 04/05), destacando que os documentos anexados na autuação não demonstram, em momento algum, que os valores recolhidos ou parcelados foram deduzidos do montante apurado pela fiscalização

Sobre a mencionada alegação defensiva de que houve cobrança em duplicidade, porque parte do lançamento já foi paga e outra parte encontra-se parcelada e, ainda, que tais valores não foram deduzidos montante apurado, o Autuante afirmou que a defesa se equivocou. O demonstrativo resumo (fl. 8) apresenta a dedução do valor considerado pelo Autuado sob a rubrica “ICMS Diferença de Alíquota - Contribuinte”. Assim, não há valores a serem expurgados por cobrança em duplicidade.

Observo que no demonstrativo “RESUMO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS”, foram indicados os valores relativos ao ICMS Diferença de Alíquotas apurado pelo Fisco, ICMS Diferença de Alíquotas considerado e pago pelo Contribuinte e o ICMS calculado a menos pelo contribuinte. Esses valores que foram transportados para o demonstrativo de débito do Auto de Infração.

A Defesa anexou aos autos (docs. 04/05 – fls. 129 a 177 e 178 a 232, respectivamente), cópias das DMAs e Extratos de Parcelamentos realizados. Entretanto, os mencionados elementos trazidos aos autos são insuficientes para a comprovação pretendida. Deveria ser comprovado quais os documentos fiscais utilizados na apuração dos valores parcelados, bem como em relação aos lançamentos efetuados em conta corrente fiscal, o que permitiria avaliar se os valores considerados no levantamento fiscal são iguais, ou não, àqueles já

lançados e recolhidos por meio de conta corrente e parcelamento de débito.

O Defendente alegou impossibilidade e ilegalidade da cobrança de DIFAL de ICMS nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo, em razão da ausência de Lei Complementar disposta sobre a matéria, tanto no passado quanto na atualidade.

Apresentou o entendimento de que não há que se falar em sujeição ao recolhimento do DIFAL de ICMS nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo.

Alegou que a cobrança perpetrada do DIFAL nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo não se revela procedente, tanto no que diz respeito aos períodos pretéritos - face a ausência de Lei Complementar - quanto no que diz respeito ao futuro, seja pelo mesmo fundamento, seja pelo princípio da anterioridade do exercício.

Destacou que até o momento, não há Lei Complementar regulamento a cobrança de DIFAL em aquisições de mercadorias para uso e consumo. Em outras palavras, a cobrança de DIFAL por meio do auto de infração ora combativo é indevida, pois ainda não existe Lei Complementar a regular a matéria.

Também alegou ilegalidade da autuação em função da cobrança "por dentro" do imposto devido. Diz que há de ser contestado o crédito tributário ora enfrentado, pois foi calculado de forma que seu valor integrasse sua própria base de cálculo, o que se revela inconstitucional por violação ao artigo 155, inciso II, da Constituição da República, uma vez que tal sistemática de apuração do ICMS implica na ampliação inconstitucional da base de cálculo do tributo.

Conforme estabelece o art. 155, da Constituição Federal de 1988, "compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação".

De acordo com o inciso VII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, "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".

Por outro lado, conforme previsto no art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96 (que trata do ICMS no Estado da Bahia), considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento 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.

Observo que o pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquotas é previsto no art. 155, § 2º, VII, da Constituição Federal e no art. 4º, XV, e art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96. Ou seja, relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

Em relação aos contribuintes que apurem o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal, esses 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, o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente (RICMSBA/2012, art. 305, caput e seu § 4º, inciso III, alínea "a").

Vale salientar que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99.

O Defendente afirmou, ainda, que se vislumbra a ausência de liquidez na autuação pela vedação ao creditamento do ICMS pago quando da entrada de mercadorias destinadas ao uso e consumo de seu estabelecimento, bem como, na aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações, em função das inconstitucionais Leis Complementares nº 87/96, nº 138/10 e, atualmente, nº 171/19.

Requeru que fosse reduzido o débito, mediante a apropriação de créditos que detém, em virtude da aquisição de produtos destinados a uso e consumo, devendo ser afastada a restrição que as Leis Complementares nº 87/96, 138/10 e 171/19 fazem a tal creditamento, vez que contrária ao texto constitucional, recalculando-se o débito, mediante a correta apropriação desses créditos, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade.

Em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, em especial o art. 309 do RICMS-BA/2012 e arts. 28 a 31 da

Lei 7.014/96.

Vale acrescentar que conforme § 1º, inciso II do art. 29 da Lei 7.014/96, o uso do crédito fiscal ocorrerá a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, tratando-se de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento e respectivos serviços de transporte.

Observo, ainda, que que nesta fase processual não cabe a compensação do débito apurado com créditos de imposto que o Contribuinte possua.

O Impugnante alegou que a multa aplicada corresponde ao valor do próprio imposto autuado, revela-se absolutamente confiscatória e abusiva. A imposição de multa neste percentual faz com que esta assuma nítido caráter confiscatório. Requereru o afastamento da multa aplicada.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e como já mencionado neste voto, não cabe a este órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Por tudo o quanto aduzido neste voto, afigura-se demonstrado o cometimento da infração imputada ao contribuinte e a insuficiência de elementos probatórios acostados aos autos pela Defesa. Nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria tratada na autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 272 a 302.

Suscita preliminar de nulidade, pois parte dos valores devidos foi paga e outra parte foi parcelada antes da lavratura do Auto de Infração, do que resulta *bis in idem*. Considera absurda a conclusão a que chegaram os julgadores, principalmente após o indeferimento do pedido de realização de diligência ou perícia fiscal.

Além disso, não houve apontamento dos documentos que instruíram o feito e, mais que isso, tais documentos não foram juntados aos autos. De nada adianta citar notas fiscais e não fazer a juntada nos autos.

Também não houve sequer a preocupação de dizer em quais unidades da Federação ocorreram as aquisições.

Em seguida, indica equívoco no enquadramento legal e insegurança na determinação da infração.

No mérito, sustenta que o trabalho fiscal é insubstancial, tendo em vista a alíquota de 18% constante da planilha da peça inicial. Segundo a instância originária, nada há de errado na indicação de alíquota equivocada. O equívoco da base legal – no entendimento da JJF -, também não traz nenhum prejuízo ao contribuinte. Além disso, ignorar comprovantes de parcelamento e pagamento sem sequer converter o PAF em diligência foi o que aconteceu na Decisão recorrida.

A seu ver, a cobrança “*por dentro*” do imposto devido é ilegal. Mesmo que se entenda como correta a metodologia de incluir o imposto em sua própria base o valor autuado é muito superior ao que entende como devido, de acordo com as planilhas apresentadas às fls. 283 a 286.

Nada no Auto de Infração sugere a origem das bases de cálculo utilizadas. O recorrente não encontrou qualquer relação entre estes valores e aqueles existentes em sua contabilidade/ escrita fiscal.

No seu entendimento, é impossível a cobrança da DIFAL, tendo em vista a ausência de lei complementar que lhe dê fundamento. Diferentemente do Convênio ICMS 66/88, a Lei Complementar nº 87/96 não previu a incidência da citada diferença (DIFAL) nas operações interestaduais com materiais de uso e consumo.

Somente com o advento da Lei Complementar nº 190/22 passou a existir tal fundamento, o que não significa que se aplique ao caso em exame, tendo em vista o princípio da anterioridade do exercício e o fato de que a referida Lei Complementar se destina a regulamentar apenas os casos de operações que tenham como destinatários consumidores finais não contribuintes do imposto.

“*Não bastasse todo o exposto*”, há inconstitucionalidade na vedação à utilização de crédito nas aquisições de materiais de uso e consumo, mais um motivo pelo qual é equivocado o Acórdão recorrido, que se limitou a fugir da discussão.

Qualifica a multa de abusiva, em razão de que espera a sua redução para patamar razoável.

Protesta pela produção de provas e pede deferimento.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, os autuantes e os julgadores de primeira instância descreveram com clareza a fundamentação de fato e de direito, que se mostra correta e compreensível, descreveram a imputação, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos, bem como apontaram o embasamento jurídico.

Às fls. 09 a 51 o Fisco apresentou levantamento analítico, dentre outros, o qual discrimina fornecedor, CNPJ do fornecedor, número da nota fiscal, data, código e descrição do produto, unidade federativa de origem, valor contábil, base de cálculo, alíquota interestadual, alíquota interna, CST, ICMS, DIFAL, DIFAL correta (calculada por dentro) e diferença a recolher.

Em se tratando de documento fiscal eletrônico, uma vez citado no levantamento, não há necessidade de colacioná-lo aos autos, tendo em vista a possibilidade de acesso via Portal Nacional das Notas Fiscais Eletrônicas.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, da motivação, do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Em sede defensiva, o contribuinte anexou aos autos os documentos de fls. 129 a 177 e 178 a 232, que são cópias de DMAs e extratos de parcelamentos realizados. De fato, são imprestáveis para os fins almejados, visto que não estabelecem vínculos com os documentos (notas fiscais) cujos números estão discriminados no levantamento de fls. 09 a 51. De mais a mais, no mencionado levantamento (fiscal) os totais recolhidos pelo sujeito passivo foram devidamente observados, o que se vê na coluna “DIFAL”.

As unidades da Federação em que ocorreram as aquisições estão discriminadas na coluna “UF” do levantamento de fls. 09 a 51.

A realização ou não de diligência é ato de competência exclusiva do julgador, que pode, sem nenhuma irregularidade, indeferir, desde que presentes as situações estatuídas no art. 147, I e II do RPAF/99.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Indefiro o pedido de realização de diligência ou perícia, fundamentado no art. 147, I, “a” do RPAF/99. Todos os elementos necessários à formação do convencimento dos membros deste órgão colegiado estão presentes nos autos.

No mérito, os valores apurados resultam do fato de a Lei nº 13.373, de 21/09/2015, com efeitos entre 01/01/2016 e 31/12/2021, ter alterado o inciso XI, do *caput*, do art. 17 da Lei nº 7.014/96. O recorrente não observou as normas em vigor quando das ocorrências fiscalizadas.

A redação atual do inciso XI, do *caput*, do art. 17 da Lei nº 7.014/96 foi dada pela Lei nº 14.415, de 30/12/21, publicada no Diário Oficial do Estado de 31/12/2021, com efeitos a partir de 31/12/2021.

Todavia, o recorrente deixou de observar que a redação anterior do inciso XI, do *caput*, do art. 17 da citada Lei foi dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 22/09/2015, com efeitos de 01/01/2016 a 30/12/2021, segundo a qual:

"XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo".

Quanto à suposta inexistência de normas legais complementares a respeito do assunto, este Conselho de Fazenda não pode negar eficácia ao art. 17, XI da Lei nº 7.014/96 então em vigor, conforme o que determina o art. 167, I e III do RPAF/99.

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

- I - a declaração de inconstitucionalidade;*
- II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.*
- III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior".*

A alíquota de 18% presente na planilha da peça inicial, conforme explicou o relator de primeira instância, ali está por mera limitação técnica do sistema informatizado de lavratura de Autos de Infração. Os valores efetivamente devidos estão presentes na coluna “Valor Histórico (R\$)”, transportados da coluna “Dif. a recolher” do levantamento de fls. 09 a 51.

No tocante à desejada utilização de crédito nas operações fiscalizadas, não há previsão legal para tanto.

Também não cabe a este Conselho julgar a suposta abusividade da multa, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206973.0034/22-2, lavrado contra **SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 99.255,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. PGE/PROFIS