

A. I. Nº - 298929.0009/18-9  
AUTUADO - TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A. - TELEBRÁS  
AUTUANTE - EDMARIO DE JESUS SANTOS  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/09/2019

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0122-01/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Autuado apurou o ICMS devido a título de diferença de alíquotas sem considerar que a base de cálculo deve ser constituída com o imposto por dentro. Infração 01 subsistente. 2. MULTA. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Demonstrada a falta de escrituração de documentos fiscais. Infração não contestada pelo autuado. Infrações 02 e 03 subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/05/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$216.110,38, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (06.05.01) – 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, ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$214.387,96, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (16.01.01) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido nos meses de outubro e novembro de 2017, sendo exigido multa no valor de R\$1.643,57, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 03 (16.01.02) - deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributada sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido no mês de outubro de 2017, sendo exigido multa no valor de R\$78,85, prevista no inciso XI, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração das fls. 39 a 50 (frente e verso). Alegou que o Convênio ICMS 93/2015, dispôs que a base de cálculo do imposto interestadual e do diferencial de alíquotas é a mesma, ou seja, o valor da operação ou o preço do serviço, conforme se afere no § 1º da cláusula segunda. Acrescentou que a referência ao § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 na cláusula é apenas um alerta que o valor deve contemplar o ICMS “por dentro”.

Ressaltou que o ICMS interestadual e o diferencial de alíquota sempre foram calculados sobre a mesma base, ou seja, sobre o preço constante na nota fiscal de venda, valor da operação ou o preço do serviço.

Explicou que consultou a Secretaria de Fazenda do Estado sobre o tema e foi informado pelas Autoridades Fiscais que a fórmula adotada pelo órgão para cálculo do Diferencial de Alíquota tinha sido modificada pela Lei Estadual nº 13.373/2015.

Destacou, entretanto, que a Lei Estadual nº 13.373/2015, que alterou a Lei Estadual nº 7.014/1996, adotou um parâmetro diferente do estipulado pelo Convênio ICMS 93/2015 e 152/2015 sobre a matéria.

Alertou que a fórmula da Lei nº 7.014/96 cria uma segunda base de cálculo artificial, pois exclui o ICMS interestadual embutido no preço da saída e inclui, sobre o valor líquido apurado, o ICMS interno do Estado da Bahia, considerando sua incidência por dentro.

O autuado explicou que a norma Estadual utiliza o cálculo de *gross-up* do imposto, com base na alíquota da UF de destino. O montante do próprio imposto devido nas operações interestaduais destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado é incorporado na respectiva base de cálculo, utilizando-se, para fins de cálculo a alíquota interna da UF de destino.

Acrescentou que a inclusão do montante do próprio imposto no DIFAL faz com que a base de cálculo não espelhe o “valor da operação” interestadual, ou seja, o valor pago pelo comprador, nele já incluído o ICMS “por dentro” na operação de origem. O resultado é que o diferencial de alíquota incide sobre um montante superior ao valor real da operação, ocasionando majoração na base de cálculo e, consequentemente, agravando o imposto a pagar.

Ressaltou que essa metodologia utilizada pela SEFAZ é a mesma adotada na cláusula quarta do Convênio ICMS 52/2017, que teve sua exigibilidade suspensa em razão de decisão liminar, dada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5866. Além disso, o próprio CONFAZ suspendeu os efeitos das cláusulas desse convênio.

Asseverou que a lei estadual violou a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/96, pois nesses normativos a incidência do percentual do ICMS é sobre o valor efetivo da nota fiscal de saída e não sobre um montante hipotético que não corresponde à operação interestadual ou prestação de serviço e não está demonstrado em nenhum documento fiscal.

Em relação à multa aplicada, disse que o fisco não levou em consideração o princípio da boa-fé em sua relação com o contribuinte, uma vez que a obrigação tributária estava totalmente adimplida pela Telebrás, nos termos dos Convênios de ICMS vigentes. Requeru a sua exclusão.

Requeru, ainda, a produção de prova pericial fiscal, a fim de comprovar o: recolhimento do diferencial de alíquota, conforme guias anexas, nos parâmetros estabelecidos pelo Convênio ICMS CONFAZ nº 93/2015 e 152/2015, apresentando os seguintes quesitos:

- a) Houve o recolhimento do diferencial de alíquota calculado a partir das Notas Fiscais de Remessa de Material em cada uma das operações listadas nos documentos anexos? Em qual valor?
- b) As planilhas contidas no Doc. V encontram-se de acordo com os documentos fiscais apresentados pela impugnante e pelos documentos fiscais considerados pela fiscalização? Os documentos juntados atestam o recolhimento do Diferencial de Alíquota no total de R\$972.206,20 (novecentos e setenta e dois mil, duzentos e seis reais e vinte centavos)?
- c) O fato gerador do Diferencial de Alíquota foi considerado ocorrido a partir da data de emissão das Notas Fiscais de Remessa de Material para fins do recolhimento do diferencial de alíquota efetuado pela impugnante?
- d) A fórmula de cálculo apresentada pela Lei Estadual nº 13.373/2015 está prevista na LC 87/96 e nos Convênios ICMS CONFAZ nº 93/2015 e 152/2015?
- e) O Diferencial de Alíquota foi recolhido pela Telebrás nos termos previstos no Convênio ICMS CONFAZ nº 93/2015 e 152/2015?
- f) Reconhecendo os recolhimentos do Diferencial de Alíquota efetuados pela impugnante a partir dos documentos fiscais e nos termos dos citados convênios, conforme exposto nos documentos apresentados, estaria extinta a obrigação tributária?

Requeru, também, a produção de prova documental suplementar, se houver necessidade, no decorrer da instrução processual.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 532 e 533. Salientou que o cálculo do diferencial de alíquota devido ao Estado da Bahia deve ser efetuado obedecendo a legislação Estadual, especificamente a Lei nº 7.014/96, artigo 17, XI. Ressaltou que a multa foi aplicada de acordo com a legislação em vigor.

## VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Indefiro o pedido de perícia fiscal, pois os quesitos trazidos serão abordados no voto com base da legislação tributária vigente, não necessitando de intervenção de peritos externos para a sua interpretação ou verificação da exatidão dos valores exigidos.

O autuado não contestou as exigências fiscais contidas nas infrações 02 e 03, restando a lide apenas em relação à infração 01.

A infração 01 traz exigência fiscal relativa à diferença de alíquotas na aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao ativo fixo ou consumo no estabelecimento. O autuado é contribuinte do ICMS com atividade econômica de serviço de comunicação multimídia – SCM.

Como contribuinte do ICMS e adquirindo mercadorias para o ativo fixo ou para o consumo no estabelecimento, oriundos de outras unidades da Federação, não há porque pleitear o tratamento dispensado no Convênio ICMS 93/2015 para efeito de definição da base de cálculo. O referido convênio é um acordo celebrado entre as unidades da Federação e se aplica às operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS e somente ao remetente localizado em outra unidade da Federação.

Desde 01/01/2016, com a alteração do inciso XI do art. 17 da Lei nº 7.014/96, o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas passou a integrar a base de cálculo. Esta metodologia foi ao encontro do disposto no inciso I, do § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece que o montante do próprio imposto integra a base de cálculo do ICMS. Ou seja, a base de cálculo deve ser composta também pelo valor do ICMS devido a título de diferença de alíquotas.

Com a alteração do inciso XI, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.373/15, o valor da base de cálculo para efeito do pagamento da diferença de alíquota jamais poderá ser a mesma aplicada pelo remetente da mercadoria, pois nas remessas para contribuinte do ICMS a responsabilidade pelo pagamento do DIFAL é do destinatário e, portanto, não poderia compor a base de cálculo da operação realizada pelo remetente.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298929.0009/18-9**, lavrado contra **TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A. - TELEBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$214.387,96**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.722,42**, prevista nos incisos IX e XI do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR