

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

1ª 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, conseqüentemente, 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. Requereu a sua exclusão.

Requereu, 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?

Requereu, 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 GOUVÊA - JULGADOR