

A.I. Nº - 278003.0005/19-5  
AUTUADO - OI MÓVEL S. A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL  
AUTUANTES - SANDRA MARIA SILVA NOYA e ROQUELINA DE JESUS  
ORIGEM - IFEP – SERVIÇOS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/09/2020

## 2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0117-02/20-VD

**EMENTA: ICMS.** 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Os cálculos foram refeitos pelo autuante. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime

### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/06/2019, para exigir o ICMS no valor histórico de R\$73.195,90, acrescido de multa de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita.

**INFRAÇÃO 01 – 06.01.01** – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente aos períodos de março, junho, setembro a dezembro de 2017.

As autuantes informam que o “*A empresa deixou de recolher o ICMS relativo ao diferencial de alíquotas devido:*

- a) *Às entradas, por transferências, de outras Unidades da federação, de bens destinados ao Ativo Imobilizado, cujas NF-e não foram escrituradas na EFD. Informação demonstrada no Anexo 01.*
- b) *Às entradas, por transferências, de outras Unidades da federação, de bens destinados ao Ativo Imobilizado, com utilização, para o cálculo do DIFAL, de créditos não destacados nas NF-e – Informação demonstrada no Anexo 2”.*

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 23 a 42, onde após se referir a tempestividade, descreve os fatos e transcreve os dispositivos legais citados no lançamento. Adicionalmente diz que o simples deslocamento físico de produtos não se configura fato gerador do ICMS, conforme jurisprudência do STF, por não se enquadrar no conceito de operação de circulação de mercadoria, assim, não há que se falar em pagamento de ICMS conforme a Súmula 166/STJ, cuja ementa copia.

Argui nulidade do lançamento em razão do indevido alargamento da base de cálculo realizada pela Fiscalização, e explica que Constituição Federal, em seu art. 155, inc. XII, delegou à lei complementar a fixação da base de cálculo do ICMS e esta, dispôs em seu art. 13, inc. I, que a base de cálculo do imposto na saída de mercadorias é o valor da operação, deixando claro que só há uma base de cálculo para o ICMS-DIFAL, estando esta espelhada na nota fiscal.

Ensina que se só há um fato gerador, só pode existir uma base de cálculo, que está destacada na nota fiscal que acobertou a operação/prestação e pondera que no auto de infração, bem como o demonstrativo fiscal, vê-se que o Estado da Bahia ignorou o previsto na Lei Complementar nº 87/96 e, sem qualquer justificativa, ao adotar uma nova base de cálculo para o ICMS-DIFAL, diversa daquela constante na nota fiscal.

Afirma que as autuantes ignoraram os valores das notas fiscais arroladas, que seriam a base de cálculo do tributo, utilizando valores completamente aleatórios para o cálculo, conforme demonstrativo fiscal anexo – Doc. 02, fato que diz não ter as autuantes justificado, ou seja, não há no relato fiscal ou na fundamentação legal, esclarecimentos quanto aos cálculos realizados, cerceando frontalmente o direito de defesa.

Acrescenta que, ainda que as operações fossem tributadas pelo ICMS, o auto de infração é inteiramente nulo em razão de já ter procedido ao recolhimento do ICMS-DIFAL para a Bahia referente à todas as transferências de bens destinados ao seu ativo fixo, ora autuadas, conforme comprovantes colacionados anexo – Doc. 03, ou seja, o lançamento exige valores de ICMS-DIFAL já recolhidos aos cofres públicos, fato que exige o cancelamento da autuação.

Reproduz o teor do art. 155, inc. II da Constituição Federal e o art. 2º, inc. I da Lei Complementar nº 87/96 para destacar que o ICMS incide apenas quando está configurada uma operação de circulação de mercadoria, que decompõe-se em três núcleos distintos: operação, circulação e mercadoria. Núcleos que se interligam e se complementam, de modo que somente há incidência do imposto se estiverem presentes os três.

Explana acerca de cada expressão, transcrevendo doutrina de Alberto Xavier, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino.

Conclui que só poderá ser considerado como contribuinte do ICMS aquele que pratica operações mercantis, ou seja, pratique operações que visem transferir a titularidade de determinado produto, nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, copiado.

Afirma que o requisito da incidência do tributo é a prática, revelada pela habitualidade e pelo volume, de operações mercantis e reproduz lição de Pontes de Miranda para sustentar o entendimento e Sacha Calmon Navarro Coêlho para definir o conceito do termo “circulação”, que entende representar a execução do ato ou negócio jurídico de transferência de titularidade do bem.

Assim, diz que sem a transferência da titularidade do bem, não há que se falar em circulação jurídica para efeitos de incidência do ICMS, conforme ensina lição de José Eduardo Soares de Melo, que reproduz. O fato físico da saída de mercadoria do estabelecimento, por si só, não é suficiente para tipificar a hipótese de incidência do imposto, pois, não se constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento para o mesmo contribuinte.

Explica que a circulação de que aqui se trata é aquela que envolve a transferência de titularidade da mercadoria, sendo irrelevantes, para fins tributários, os meros deslocamentos físicos de bens entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, pois passam muito longe da caracterização de uma efetiva “operação de circulação de mercadoria” (fato gerador do imposto). O termo mercadoria, deve ser entendido como o bem posto em comércio, aquele adquirido ou produzido para fins de mercadoria, o que nos leva a concluir que o fato gerador do ICMS somente ocorre quando se está diante da execução de um negócio jurídico que vise transferir a propriedade de um produto posto em comércio, ou seja, dotado de natureza mercantil, afirma.

Ressalta que de acordo com o art. 155, §2º, incisos VII e VIII da Constituição Federal o contribuinte deve recolher o DIFAL quando adquirir uma mercadoria de outro Estado da Federação na condição de consumidor final. Assim sendo, para que haja recolhimento do DIFAL, o contribuinte precisa realizar uma operação de circulação de mercadoria na condição de consumidor final.

Fala que tal situação não se observa no presente auto de infração, porque o estabelecimento na Bahia apenas recebeu os bens em transferência de estabelecimentos da própria empresa, situados em outros Estados, sendo as remessas identificadas pelos CFOPs de transferências de ativo, demonstrando que não houve qualquer operação de compra e venda, conforme se extrai da totalidade das notas autuadas. Plota a título exemplificativo uma nota fiscal que reflete a realidade das demais.

Insiste tratar-se as operações de simples transferências de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, meros deslocamentos físicos de bens, sem qualquer conteúdo comercial, e assim não há que se falar no pagamento do DIFAL, pois não se materializou o fato gerador do ICMS.

Reproduz ementa do RE 267.599 AgR-ED/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 06/04/10, cujo entendimento é que não há incidência do ICMS nas simples transferências de bens, inclusive em operações interestaduais, assim como encontra-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa do AgRg no Ag 1.303.176/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20/06/13, transcrita.

Destaca que a controvérsia já foi dirimida pelo STJ, tendo sumulado sua jurisprudência nos termos da SÚMULA 166, confirmada pela Primeira Seção do STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.125.133/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), reproduzido.

Assevera ser pacífica a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Bahia, manifestada em casos idênticos ao dos autos e, portanto, descabe a exigência fiscal, uma vez que está fundada na equivocada premissa de que o deslocamento de bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa se subsome à hipótese de incidência do ICMS.

Complementa que a exigência do ICMS-DIFAL em meras transferências de bens não merece prosperar, devendo, portanto, ser cancelado o auto de infração, ora impugnado.

Lembra que o lançamento exige o pagamento de valores de ICMS-DIFAL com base, exclusivamente, no que dispõe o art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.041/96 c/c art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/ 2012.

Admite que caso esse órgão julgador entenda pela incidência do ICMS-DIFAL, o que se admite apenas para argumentar, tem-se que o presente auto de infração é inteiramente nulo por alargar indevidamente a base de cálculo do imposto.

Explica que Constituição Federal traz a previsão genérica para a definição da base de cálculo por lei complementar, conforme artigos 146, inc. III; 155, inc. II, §2º, inc. XII, alínea “i”, reproduzidos, cabendo a lei complementar definir a base de cálculo do ICMS, como ocorreu no art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, copiado.

Defende que tal regra se aplica também ao ICMS-DIFAL, porque o art. 155, §2º, inc. VII, da Constituição Federal determina que, em operações que destinem bens e serviços a outras unidades da Federação, deverá ser adotada a alíquota interestadual, cabendo ao Estado de destino o recolhimento da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual.

Leciona que resta claro que só há uma forma de se apurar o ICMS-DIFAL: considerar a base de cálculo que consta na nota fiscal, na qual já se incluiu o valor do próprio ICMS calculado com a alíquota interestadual e se multiplica pela alíquota interna do Estado de destino. Do resultado, se deduzirá o valor correspondente à alíquota interestadual (competente ao Estado de origem), chegando-se ao ICMS-DIFAL devido ao Estado de destino.

Registra que a base de cálculo válida para a exigência da diferença entre as alíquotas interna e interestadual é o valor da operação interestadual, integrado pela alíquota interestadual, tal como destacada na nota fiscal que acoberta a operação, contudo, Estado da Bahia, considera uma nova base de cálculo do ICMS-DIFAL, diversa, de maneira completamente aleatória e injustificada, majorando indevidamente a base de cálculo do ICMS-DIFAL utilizando-se de valores manifestamente superiores àqueles dispostos nas notas fiscais autuadas.

Exemplifica através da Nota Fiscal nº 91283 emitida em novembro/2017, pelo estabelecimento localizado em São Paulo, onde o valor total do produto constante alcança o total de R\$9.482,00, entretanto, na planilha “CÁLCULO ICMS DIFAL 2017”, o valor utilizado como base de cálculo é de R\$10.753,99, fato que caracteriza majoração da base de cálculo.

Afirma, diante do exposto que a conduta do autuante beira o absurdo e configura, enriquecimento ilícito do Estado e caracteriza grave cerceamento ao direito de defesa e indaga: “*como é possível se defender sem sequer se compreender a origem dos valores ora exigidos?*”.

Assim, afirma não haver dúvidas de que o presente auto de infração deve ser considerado nulo, pois violou frontalmente o art. 142 do CTN, assim como o art. 129, incisos IV e V, da Lei nº 3.956/87, transcritos.

Ressalta que as autuantes, ao formalizarem o lançamento, correlacionaram a infração cometida pelo contribuinte aos dispositivos legais que restaram violados, sendo que no caso, apontaram uma suposta infração, mas os dispositivos infringidos não condizem com o cálculo procedido, o que cerceia o direito de defesa do contribuinte, fato que impõe a nulidade do processo.

Reproduz o art. 18 do RPAF/99, para firmar que o disposto no inciso IV, “a”, se aplica ao caso, o que justifica a nulidade do auto de infração, ante a ausência de fundamentação legal.

Quanto a infração descrita no Anexo 2, afirma que procedeu ao recolhimento do ICMS-DIFAL para o Estado da Bahia referente à todas as transferências de bens destinados ao seu ativo fixo, ora autuadas, conforme comprovantes colacionados anexo, Doc. 03, e, portanto, pleiteia a conversão do processo em diligência para a que se verifique o recolhimento do ICMS-DIFAL ora exigido nos meses de março; junho; setembro; outubro; novembro e dezembro de 2017.

Requer o cancelamento integral do auto de infração, arquivando-se o processo administrativo e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e, em especial, por prova pericial e documental suplementar a fim de reforçar todas as alegações desta defesa.

As autuantes prestam a informação fiscal às fls. 95 a 99, onde inicialmente transcrevem a infração, os argumentos da defesa e referindo-se aos fatos, afirmam que não procedem os argumentos de não incidência do ICMS-DIFAL sobre transferências de bens destinados a uso o consumo, originados de outros estabelecimentos da mesma empresa, situados em outras unidades da federação, pois o auto de infração foi lavrado com amparo dos dispositivos da legislação, que copia: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, inc. II da Cláusula primeira do Convênio 19/91, art. 11, §3º, inc. II, art. 25 e art. 12, inc. I da Lei Complementar nº 87/96.

Afirmam que em relação à majoração da base de cálculo do ICMS, procedem em parte os argumentos da autuada, uma vez que não foi considerado o ICMS de origem por não estar destacado nas notas fiscais, razão pela qual aplicou alíquota interna de 18%. Sendo assim, os cálculos foram revistos, tomando por base o disposto no art. 17, inc. XI da Lei nº 7.014/96.

Relatam que foi apurado um novo valor para o Anexo 01 de R\$9.304,83, para o período de junho e setembro de 2017 e para o Anexo 02, foi adotado o mesmo procedimento, que após dedução do ICMS de origem, o valor a cobrar foi zerado.

Quanto aos dispositivos constitucionais mencionados pela defesa, bem como as decisões transcritas e jurisprudências citadas, afirmam que não lhes competem adentrar no mérito de discussões constitucionais, já que todo procedimento foi realizado com base na legislação estadual.

Defendem a improcedência do pedido de cancelamento do auto de infração e nem a produção de prova pericial, em vista das correções apresentadas nos novos demonstrativos, gravados em CD, fl. 100, assim como não cabe a arguição de nulidade, por falta dos fundamentos previstos no art. 18 do RPAF/99.

Sugerem com base nos os novos demonstrativos elaborados, que corrigem os equívocos na apuração da base de cálculo, a procedência parcial do auto de infração no valor R\$9.304,83, conforme demonstrado nos Anexo 01 e Anexo 02.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, fl. 104, a autuada retorna aos autos se manifestando às fls. 111 a 115.

Registra o reconhecimento das autuantes que, ao lavrar o auto de infração, aplicaram a alíquota interna correspondente à 18% para calcular os valores exigidos à título de ICMS-DIFAL de forma equivocada, em razão de não ter observado o que estabelece o art. 155, §2º, inc. VII, da Constituição Federal onde prescreve que, nas operações que destinem bens e serviços a outras unidades da Federação, deve ser adotada a alíquota interestadual, cabendo ao Estado de destino o recolhimento da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, e o ICMS-DIFAL deve ser recolhido ao Estado de destino.

Friza que no caso, o fiscal autuante exige o ICMS-DIFAL, mas, de maneira contraditória viola o disposto na Constituição Federal, ao realizar o cálculo do seu valor com base exclusivamente na alíquota interna do Estado da Bahia, o que culminou na majoração dos valores exigidos.

Registra que as autuantes elaboraram novo demonstrativo fiscal, recalculando os valores ora exigidos, resultando em uma redução de R\$73.195,90 para R\$9.304,83.

Reafirma seus argumentos, não aceitos pela Fiscalização, em que pese ter reconhecido que as alíquotas utilizadas para o cálculo do ICMS-DIFAL por haver sido indevidamente majoradas.

Friza não restar dúvidas acerca da não incidência de ICMS-DIFAL em meras transferências interestaduais de bens de uso e consumo entre estabelecimentos, repisando os argumentos já expostos na defesa quanto a não incidência do ICMS devido em meros deslocamentos físicos dos bens, conforme jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, que novamente reproduz.

Volta a afirmar que se não bastasse a inociência do fato gerador do ICMS-DIFAL, o que, por si só, é suficiente para o cancelamento integral do auto de infração, não há dúvidas acerca da nulidade do lançamento em razão do indevido alargamento da base de cálculo do ICMS exigido, aduzindo os mesmos argumentos trazidos na defesa.

Defende ser o auto de infração inteiramente nulo, haja vista a utilização de base de cálculo de cálculo em dissonância com os valores das operações autuadas, sendo o cancelamento integral do auto de infração, medida que se impõe.

As autuantes apresentam nova informação à fl. 118, onde constatando que a manifestação da autuada não trazendo fatos novos, ratificam os argumentos expostos na informação fiscal, já prestada às fls. 95 a 100.

É o relatório.

## VOTO

O auto de infração em análise imputa ao sujeito passivo uma única infração à legislação do ICMS, sob a acusação de não recolher o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, tempestivamente impugnada.

O imposto exigido, o ICMS – DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS, foi apurado e demonstrado através de dois levantamentos identificados pelas autuantes como ANEXO 01, onde apurou o ICMS-DIFAL não recolhido devido a falta de escrituração de notas fiscais de entradas e ANEXO 02 referente aos valores do imposto calculado com apropriação de créditos não destacados nas notas fiscais.

Preliminarmente cabe analisar a arguição de nulidade do lançamento, em razão da defesa entender que as autuantes, ao calcular o imposto devido, procederam de forma equivocada, promovendo o que denominou de “...*indevido alargamento da base de cálculo...*”, em desrespeito ao comando constitucional e também infraconstitucional, especialmente sem observar o que preconiza o art. 13, inc. I da Lei Complementar nº 87/96.

Neste sentido, lembro que o §1º do art. 18 do RPAF/99, prevê que somente é admitido o saneamento do lançamento no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais, não se constituindo motivo para decretação de nulidade da

autuação sempre que se constate erros decorrentes de cálculos aritméticos, haja vista que tais equívocos são passíveis de correção.

Assim sendo, tal arguição não pode ser acolhida também em razão de tempestivamente tendo sido constatada as desconformidades existentes no processo, o mesmo foi devidamente saneado quando prestada a informação fiscal, o sujeito passivo foi informado da revisão, fl. 102, lhe possibilitando o exercício pleno do direito de defesa e do contraditório, tendo sido elaborado novo levantamento pela fiscalização, repito, de forma que todos os erros formais e materiais foram corrigidos ao longo do trâmite processual, em consonância com a busca da verdade material.

Pelo exposto, rejeito a arguição de nulidade, vez que o auto de infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos, já retificados e documentos acostados aos autos, portanto, não identifico quaisquer dos motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99.

Adentrando no mérito, a defesa concentra seus argumentos sob o alicerce da não incidência do ICMS nas transferências de bens entre estabelecimentos da empresa, cujo entendimento fundamenta-se no fato de que o simples deslocamento físico de produtos não configura fato gerador do ICMS, já que não se enquadra no conceito de “operação de circulação de mercadoria”, trazendo como supedâneo, jurisprudência que diz pacificada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, não ocorrendo fato gerador, não há ICMS a ser recolhido, sendo inaplicáveis os dispositivos indicados pelas autuantes.

Traz em sua defesa a SÚMULA nº 166 do STJ: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Registro que as decisões judiciais, no caso em especial de que trata a SÚMULA 166 do STJ, não podem servir de suporte para afastar a exigência do presente auto de infração, tendo em vista que tais decisões não vinculam o Estado da Bahia, vinculação que somente ocorreria no advento de uma decisão judicial, no caso concreto em que a autuada seja parte, ou através de efeitos *erga omnes*, somente assim estaria a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento.

Observo também que a SÚMULA 166 do STJ não é vinculante, além de ter sido proferida anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 87/96. Quanto às mencionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, não é demais lembrar que tais decisões não vinculam, obrigatoriamente, nem o legislador e sequer o julgador administrativo.

Outrossim, a norma regulamentadora do processo administrativo fiscal – RPAF/99, expressamente retira da competência desse Colegiado abordar questões de constitucionalidade da legislação tributária vigente. Tal previsão encontra-se no art. 167, inc. I, do citado RPAF e ainda, o inc. III do mesmo artigo veda, que seja negada a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Ressalto que a Procuradoria Fiscal da PGE, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica acerca de diversos temas, inclusive no caso de transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, segundo os requisitos e sistemática do Decreto nº 11.737, de 30/09/2009.

Neste sentido, transcrevo a seguir o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0:

*“Entendimento firmado. Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.*

**Ressalva: Este entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista a Súmula 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade**

*para as disposições do art. 13, § 4º, da LC 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do REsp nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no art. 13, § 4º, da LC 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da Repartição das receitas tributárias entre os Estados federados". (Grifos meus.)*

A Lei nº 7.014/96, acerca do tema estabelece no art. 4º, inc. XV, *in verbis*.

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)*

*XV - 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.*

O RICMS/2012, reflete a citada norma legal no seu art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, estabelecendo que o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período de apuração, com base nos elementos constantes na escrituração fiscal, constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher o valor correspondente à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente. Esta regra não extrapola a moldura delimitada pela Lei nº 7.014/96, mas, apenas fez uso do seu poder regulamentar.

Portanto, quanto ao aspecto da incidência, não merece reparo a exigência do ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas operações de entrada por transferência, pois o lançamento se encontra estribado no inc. XV do art. 4º da Lei nº 7.014/96, bem como no inc. III do §4º do art. 305 do RICMS/2012.

Com referência à base de cálculo do ICMS-DIFAL, cabe observar o que determina a Lei nº 7.014/96, no inc. XI do art. 17:

*Art. 17. A base de cálculo do imposto é: (...)*

*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.*

Observo que tais dispositivos encontram-se em total observância ao que estabelece a Lei Complementar nº 87/96 no seu art. 13, inc. I.

Ao realizar os cálculos para determinar o imposto devido, nos demonstrativos denominados ANEXO 01 e ANEXO 02, as autuantes consideraram corretamente a base de cálculo, entretanto desconsideraram o que dispõe o §7º do art. 15 da Lei nº 7.014/96:

*Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes: (...)*

*§7º Nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadoria, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto, o Estado fará jus à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual.*

Tendo identificado e reconhecido o equívoco, procederam a elaboração de novos demonstrativos, onde restou como devido o montante de R\$9.304,83.

Considero pertinentes as retificações e consistentes com a legislação vigente, de forma que acolho a revisão no valor acima estipulado.

Quanto ao pedido de diligência, constato que resta prejudicado, haja vista que o objetivo da mesma, consignado na defesa tinha como finalidade, de que “...a fiscalização estadual verifique o recolhimento do ICMS-DIFAL ora exigido para os meses de março; junho; setembro; outubro; novembro e dezembro/2017.”, questão já superada na revisão procedida pelas autuantes que

concluiu pela inexistência de valores a serem cobrados decorrentes do levantamento constante no ANEXO 02, conforme demonstrativo a seguir.

Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota %	ICMS a Recolher
30/06/2017	09/07/2017	51.530,88	18,00	9.275,56
30/09/2017	20/10/2017	162,60	18,00	29,27
<b>Total</b>				<b>9.304,83</b>

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278003.0005/19-5**, lavrado contra **OI MÓVEL S. A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.304,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF a distância, 16 de julho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR