

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0009/19-0
RECORRENTE - TELEFÔNICA BRASIL S. A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0221-02/19
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/04/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0062-11/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. A autuada deixou de escriturar notas fiscais de aquisição de bens destinados ao ativo fixo, onde é devido o ICMS a título de diferença de alíquotas, contestando os dispositivos legais que consideram que a base de cálculo do DIFAL deve ser constituída com o imposto por dentro. O contribuinte pode retificar a EFD, entretanto, não produzirá efeitos a retificação de período de apuração em que o contribuinte tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal. Em diligência realizada pelo autuante, foram excluídas as operações de transferências, objeto do Mandado de Segurança nº 0565747-94.2015.8.05.0001. Infração subsistente parcialmente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a decisão de piso que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, para exigir o ICMS no valor histórico de R\$670.048,70, acrescido da multa no percentual de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita:

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, referente ao período de janeiro a dezembro de 2018.

Explicam os autuantes que o contribuinte: “Deixou de efetuar o recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL) de mercadorias constantes em Notas Fiscais de entrada que não foram identificadas na EFD.

O contribuinte deixou de registrar diversas Notas Fiscais de entrada na EFD. A empresa tomou ciência da intimação 01/2018 em 18/02/2019, a qual solicitava informação sobre a falta de escrituração das Notas Fiscais de Entrada na EFD. Respondeu a intimação através de planilha excel nominada “LEVANTAMENTO TBRASIL”, onde anotou em coluna específica a sua análise de cada Nota Fiscal. Como resultado desta análise a empresa identificou algumas destas Notas Fiscais como “LANÇADA” e nestes casos anotou em coluna ao lado a data em que realizou o lançamento da respectiva nota.

A fiscalização procedeu a partir desta planilha do contribuinte sua análise em nova planilha nominada “TRIBUTADAS-INTERESTADUAIS”, onde constam: (1) os achados da empresa na coluna “OBSERVAÇÃO CONTRIBUINTE”, (2) as datas de lançamento das notas fiscais na coluna “DATA LANÇAMENTO”, e (3) a conclusão de sua análise final na coluna “ANÁLISE FISCO”. Nesta última coluna classificou as Notas Fiscais como NÃO LANÇADAS e LANÇADAS APÓS INTIMAÇÃO, que estão sendo objeto da cobrança.

Observe-se que para as Notas Fiscais classificadas pela empresa como LANÇADAS e cujas datas de lançamento foram posteriores a data da ciência da intimação 01/2018, que foi do dia 18/02/2019, foram classificadas pela fiscalização como LANÇADAS APÓS INTIMAÇÃO pois tiveram sua data de registro posterior a data da intimação.

Na planilha “Tributadas-Interestaduais-DIFAL” a fiscalização realizou o cálculo do ICMS DIFAL devido pelo contribuinte lançando todos os itens constantes nas notas fiscais de entrada que foram objeto de cobrança.

Sendo o débito totalizado na planilha “Resumo-Débito”.

Tudo conforme comprovam as planilhas eletrônicas anexas que encontram-se gravadas em arquivo magnético anexado ao PAF, que não foram impressas em virtude de serem bastante extensas não sendo possível sua visualização através da impressão.

Ressaltamos também que a empresa possui Mandado de Segurança nº 0565747-94.2015.8.05.0001, que garante o não pagamento de ICMS sobre as transferências realizadas pela empresa, desta forma estas operações também foram excluídas desta apuração.”

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 artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Após a devida instrução processual, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, por unanimidade, pela Procedência da autuação, com base nos seguintes argumentos transcritos:

VOTO

O auto de infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de não proceder ao recolhimento do ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação destinadas ao ativo imobilizado.

Preliminarmente, analisando as questões formais, verifico que o lançamento cumpre com todos os requisitos legais, estando presentes os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

Consta, à fl. 08, o Termo de Início de Fiscalização, com ciência do contribuinte em 06/01/2019, sendo o sujeito passivo intimado a apresentar explicações e documentos à fiscalização, conforme termo de intimação, fl. 09, tendo, dessa forma, a autuada tomado conhecimento do início da ação fiscal. A impugnação foi interposta dentro do prazo regulamentar, não existindo caracterização de intempestividade, estando os signatários aptos a apresentá-la.

Não identifico a existência de irregularidades processuais que comprometam o exercício do contraditório e da ampla defesa, assim como a outros princípios consagrados no processo administrativo tributário.

Portanto, não há mácula no processo que o passa contaminar de nulidades.

A argumentação central da irresignação do sujeito passivo consiste na tese que procedeu ao pagamento do ICMS-DIFAL, apesar de que no momento da intimação e da realização do levantamento procedido pelas autoridades fiscais, as notas fiscais arroladas, tidas como não registradas na Escrituração Fiscal Digital – EFD, foram lançadas posteriormente à data da intimação.

Contesta, também, o cálculo do ICMS-DIFAL, elaborado pelos autuantes, por considerar equivocado o método aplicado, em razão do mesmo se fundamentar em uma regra que concebe ilegal, contido no Convênio ICMS 52/2017, que, no seu entendimento afronta o art. 17, inc. XI, da Lei nº 7.014/96 e o art. 13, inc. I, da Lei Complementar nº 87/96.

Quanto ao primeiro argumento, não há como prosperar haja vista que, uma vez iniciada a ação fiscal, fica afastada a espontaneidade do contribuinte, cabendo à autoridade administrativa competente constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, nos termos do art. 142 do CTN. A autuada, não traz aos autos nenhum documento comprobatório de seus argumentos, limitando-se a requer o prazo de noventa dias para apresentá-los, sem, contudo, fazê-lo.

Ademais, não existe na legislação tributária condicionantes à lavratura de auto de infração, de prévia explicação do sujeito passivo acerca de irregularidades apuradas, entretanto, não há impedimento que no desenrolar do procedimento fiscalizatório, os fiscais solicitarem esclarecimentos adicionais acerca de fatos apurados, se assim julgar necessário, sem contudo, ficar descharacterizado o início da ação fiscal, conforme previsto no art. 26, inc. III do RPAF/99.

O segundo argumento, trata especificamente do método de cálculo que apurou a base de cálculo do ICMS – Diferencial de Alíquotas, exigido no lançamento.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro de Contribuintes, tendo como atividade econômica principal cadastrada com o código 6110801 – SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA COMUTADA – STFC.

Sendo contribuinte do ICMS e adquirindo mercadorias para o ativo fixo ou para o consumo no estabelecimento, oriundos de outras unidades da Federação, não há por que afastar as regras estipuladas no Convênio ICMS 52/2017 para efeito de definição da base de cálculo, pelo que estabelece o §1º da Cláusula primeira, ou seja, as regras do convênio se aplicam também ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual incidente sobre as operações interestaduais com bens e mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário contribuinte do imposto.

É cediço que o citado convênio é um acordo celebrado entre as unidades da Federação e define as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

A redação atual do inc. XI do caput do art. 17 da Lei nº 7.014/96, foi dada pela Lei nº 13.373/15, com efeitos a partir de 01/01/2016, define que o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas passou a integrar a base de cálculo.

Esta determinação legal se coaduna como o disposto no inciso I, do §1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é: (...)

§1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Where se conclui 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, e, portanto, 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, dessa forma, não poderia compor a base de cálculo da operação realizada pelo remetente.

Os autuantes demonstram, no levantamento gravado no CD anexo, a relação detalhada nas aquisições procedidas pela autuada, no período fiscalizado identificando cada item adquirido, os dados nos documentos fiscais (número, remetente, data de emissão e chave de acesso), além dos valores e, de forma clara, os cálculos que concluíram na determinação do imposto exigível.

A autuada, ao alegar cobrança em duplicidade argumentando que “Em que pese as Notas Fiscais de Entrada apontadas pela i. Fiscalização não terem sido escrituradas na EFD a tempo pela empresa Impugnante, nova verificação fiscal constatará que todos os documentos fiscais autuados foram posteriormente registrados na escrita fiscal do contribuinte e pagos, ainda que a destempo...”, admite, de forma incontestável, que as notas fiscais arroladas pela fiscalização foram escrituradas na EFD após o início da ação fiscal.

Oportuno registrar que consta no SISTEMA DE GERENCIAMENTO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFDG, da SEFAZ, como recepcionados, os arquivos retificadores da EFD referente aos períodos de janeiro a junho de 2018, entretanto, com a seguinte observação: “Arquivo retificador sem validade jurídica”, cujas transmissões ocorreram nas seguintes datas: em 26/06/2019, os arquivos dos períodos de janeiro a abril de 2018, em 28/06/2019, os arquivos do período de maio e em 30/10/2019 o arquivo de junho de 2018.

Neste sentido, cabe destacar o que preconiza o RICMS/2012 acerca da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço <http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA). (...)

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período. (...)

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, a Escrituração Fiscal Digital – EFD, entregue pelo contribuinte, após o início da ação fiscal, como restou demonstrado nos autos, não tem validade jurídica, consoante prevê também a Cláusula décima terceira, §7º, inc. I do AJUSTE SINIEF 02/2009.

Cláusula décima terceira. O contribuinte poderá retificar a EFD: (...)

§7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

O lançamento exige o ICMS-DIFAL, de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, em razão de terem os autuantes constatado a inexistência de registro na EFD do contribuinte das notas fiscais de aquisição. O fato de terem sido registradas posteriormente ao início da auditoria fiscal, sem que a autuada trazido aos autos prova de que tais registros tenham efetivamente ocorrido e o consequente pagamento do imposto devido, não descaracteriza a infração.

Assim, resta concluir que não existem reparos a fazer ao trabalho dos Auditores Fiscais, de modo que considero a infração subsistente.

Quanto a possível ilegalidade e a constitucionalidade das regras estabelecidas no Convênio ICMS 52/2017, deixo de manifestar, tendo em vista que a este órgão julgador carece de competência legal para declarar constitucionalidades, tampouco negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, consoante art. 167, incisos I e III do RPAF/99.

Indefiro o pedido de perícia técnica em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, conforme art. 147, inc. II, alínea “a” do RPAF/99.

Impõe ressaltar que o art. 145 do citado regulamento, o qual determina que o interessado, ao solicitar a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá fundamentar a sua necessidade, requisito que não identifico na defesa apresentada.

Ademais, à decisão para que se realize diligência ou perícia cabe aos julgadores, conforme preconiza a legislação, haja vista que a diligência e/ou perícia é prerrogativa dos mesmos, a partir do seu entendimento, ou da necessidade de reunir aos autos elementos que esclareçam a discussão da lide, o que não se aplica ao presente caso.

Destaco que não se configura cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de perícia ou diligência, consoante posicionamento da jurisprudência manifestada em diversos julgados neste CONSEF.

Acerca do pedido para que as intimações relacionadas ao presente processo sejam encaminhadas para endereço do advogado indicado, requerendo o seu cadastramento, informo não haver qualquer óbice para o seu cumprimento quanto ao encaminhamento das notificações e intimações. Entretanto, fica consignado que o não atendimento à solicitação não caracterizará nulidade do Auto de Infração, desde que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo sejam efetuadas nos termos do art. 108 do RPAF/99, em sintonia com o estabelecido no art. 127 do Código Tributário Nacional.

Quanto ao requerimento para cadastrar o Advogado para fins de recebimento das intimações, sugiro a autuada conhecer o domicílio tributário eletrônico – DTE, instituído pela SEFAZ para estabelecer uma comunicação eletrônica com seus contribuintes, e dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos. Assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de PERFIL 3, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF, oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Pelo exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação a decisão de piso com base nos argumentos abaixo:

Inicialmente, informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

Informa que apesar das notas fiscais de entrada, apontadas pela fiscalização, não terem sido escrituradas tempestivamente na EFD, quando de uma nova verificação fiscal constatará que todos os documentos fiscais arrolados, foram registrados na escrita fiscal e pagos, ainda que a posteriori, razão pela qual, entende que a presente autuação não merece prosperar.

Aponta como um equívoco cometido pelo Fisco, o cálculo do ICMS-DIFAL, por entender que a determinação da base de cálculo se baseia em um regramento ilegal, contido no Convênio ICMS 52/2017, que afronta o art. 17, inc. XI da Lei nº 7.014/1996 e o art. 13, inc. I da Lei Complementar nº 87/1996.

Diz que a fiscalização utilizou para o cálculo do ICMS-DIFAL, a fórmula baseada nas determinações do Convênio ICMS 52/2017, definidas no §1º de sua Cláusula primeira.

Salienta que tal convênio resultou de um acordo entre os Estados, a partir de 2018, que por meio do CONFAZ, decidiram adotar para o cálculo do ICMS-DIFAL a fórmula estabelecida no inc. II da

Cláusula décima quarta do citado convênio, que transcreve.

Cláusula décima quarta O imposto a recolher por substituição tributária será: (...)

II - em relação aos bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, o valor calculado conforme a fórmula “ICMS ST DIFAL = [(V oper - ICMS origem) / (I - ALQ interna)] x ALQ interna - (V oper x ALQ interestadual)”.

Assevera que essa maneira de se calcular o montante do ICMS-DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS é comumente chamado pela doutrina de ICMS-DIFAL “base dupla”, assim denominado, porque nesse caso, não se utiliza o valor da operação constante na nota fiscal como base de cálculo para o ICMS-DIFAL, mas sim, uma base de cálculo fictícia, calculada a partir da subtração do valor da operação, do ICMS destacado no documento fiscal (devido ao Estado de origem), e o posterior acréscimo do ICMS que seria devido ao Estado de destino em uma operação interna.

Assim, chega-se ao valor do ICMS que seria devido ao Estado de destino em uma operação interna, que classifica como fictícia, para então se subtrair o valor do imposto estadual destacado na nota fiscal.

Pontua que o valor apurado no presente lançamento, a título de ICMS-DIFAL, foi dessa forma calculado pela fiscalização e que o método aplicado afronta o art. 17, inc. XI da Lei nº 7.014/1996, bem como o art. 13, inc. I da Lei Complementar nº 87/96, que reproduz, pois ambas preveem expressamente que a base de cálculo do ICMS-DIFAL – que deverá ser calculado “por dentro” – é o próprio valor da operação, ou seja, o valor constante do documento fiscal que reflete a operação de compra e venda da mercadoria.

Transcreve os dispositivos das leis estadual e da complementar, e afirma que ambas preveem expressamente que a base de cálculo do ICMS-DIFAL – que deverá ser calculado “por dentro” – é o próprio valor da operação, ou seja, o valor constante do documento fiscal que reflete a operação de compra e venda de mercadoria.

Alega que as normas do citado convênio criaram uma base de cálculo fictícia, que não é o valor da operação acrescido do IPI e do próprio ICMS-DIFAL, mas sim algo totalmente diverso.

Compara a base de cálculo do ICMS-DIFAL conforme expressamente previsto pela Lei Estadual e pelo Convênio ICMS 52/2017, e afirma que resta demonstrado que o método utilizado pela fiscalização impõe que a autuação não merece prosperar, em virtude de contrariar a forma de cálculo da base de cálculo do ICMS-DIFAL prevista nas legislações estadual e federal, além de utilizar uma fórmula para a base de cálculo prevista em convênio que considera ilegal, pois viola o art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 e, também, a reserva legal dispensada ao tratamento da base de cálculo, prevista no art. 97, inc. IV do CTN; e inconstitucional, posto que veiculou norma que extrapola a competência do CONFAZ, art. 155, § 2º, inc. XII, alínea “g” da Constituição Federal, além de ferir a própria sistemática prevista na Carta Magna para o ICMS-DIFAL no art. 155, § 2º, inc. VII.

Conclui, portanto, que o crédito deve ser extinto por ser indevidamente cobrado a maior.

Pontua que as questões discutidas nos autos envolvem matéria eminentemente fática, que requer conhecimentos técnicos e imparciais para seu deslinde, dessa forma, observando os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, entende necessária a determinação de diligência para a produção de prova pericial técnica com o fito de verificar a inexigibilidade do ICMS sobre as operações em apreço, visto que o imposto se encontra pago, com base nos documentos a serem juntados.

Assim, indica a Sra. Irene Apostolo Pereira Silva como assistente técnica, com endereço e e-mail que indica, sugerindo os seguintes quesitos que devem ser respondidos pelo Fiscal revisor a ser designado.

“1 - Da análise dos livros fiscais da empresa, é possível verificar se as notas fiscais autuadas (v. CD-ROM anexo ao auto de infração – doc. nº 02, cit.) foram escrituradas, ainda que em período posterior à sua entrada?

2 - Para as notas fiscais escrituradas a destempo, a partir da análise dos comprovantes de pagamentos juntados pela empresa, é possível verificar se o ICMS-DIFAL ora cobrado foi integralmente recolhido?"

Por fim, requer que seja determinada diligência para nova verificação fiscal e a concessão de prazo de 90 (noventa) dias para juntada de documentos que corroborarão os fatos ora alegados.

Pugna pela procedência da defesa para que seja extinto o Auto de Infração e subsidiariamente, seja o crédito tributário extinto na parte indevidamente cobrada a maior, em razão da adoção da sistemática prevista no Convênio ICMS 52/2017.

Solicita o cadastramento do Advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, cujo endereço e e-mail indicam, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade.

Em sessão de julgamento realizada em 21/05/2020, após apreciação da planilha apresentada pela recorrente, na qual consta a existência de operações de transferências encontradas no demonstrativo da autuação, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência à INFRAZ DE ORIGEM para que o autuante apreciasse a planilha apresentada, procedendo com a devida exclusão das operações de transferências pela empresa, objeto da medida liminar. Ademais, fossem apresentados novos demonstrativos, bem como prazo de manifestação à contribuinte.

Às fls. 141/142, o autuante procedeu com o quanto solicitado, remanescedo o valor de R\$640.014,30, conforme demonstrativo à fl. 142.

Em manifestação, o contribuinte requereu a ratificação integral das alterações promovidas no Auto de Infração original por meio da diligência supracitada, bem como a exclusão na parte indevidamente cobrada a maior em razão da adoção da sistemática prevista no Convênio ICMS 52/2017 para o cômputo da base de cálculo do ICMS-DIFAL.

VOTO

A presente autuação imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade fiscal:

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, referente ao período de janeiro a dezembro de 2018.

Salienta o autuante, que o contribuinte *Deixou de efetuar o recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL) de mercadorias constantes em Notas Fiscais de entrada que não foram identificadas na EFD.*

Sobre esta afirmação, a recorrente alega que os débitos de ICMS-DIFAL estão sendo cobrados em duplicidade, pois já foram pagos, conforme as notas fiscais de Entrada escrituradas a destempo, as quais, afirma que apresentará posteriormente. Pede realização de perícia fiscal.

Ora, até o presente momento, as notas a que o contribuinte faz alusão não foram apresentadas, o que compromete, inclusive, o próprio requerimento da perícia, já que as provas que afirma possuir, não foram trazidas ao processo.

Assim, como o contribuinte não fez prova de suas alegações quanto às notas fiscais escrituradas extemporaneamente, presume-se verdadeiras as afirmações da autuação.

No pertinente às operações de transferências que foram objeto do Mandado de Segurança nº 0565747-94.2015.8.05.0001, o qual determinou o não pagamento de ICMS sobre as transferências realizadas pela empresa, após análise das planilhas apresentadas, verificou-se que subsistia no Auto de Infração operações abarcadas pelo MS, o que motivou a realização de diligência para que o autuante excluisse tais operações do demonstrativo de débito, o que foi feito.

Deste modo, remanesceram os valores, conforme demonstrativo apresentado à fl. 142, no valor de R\$640.014,30, os quais acato, em razão da verdade material que se impõe.

Quanto à alegação do contribuinte sobre o cálculo do ICMS-DIFAL pelo Fisco, entendo pertinente as suas colocações, em que pese o Conselho não tenha competência para decidir sobre

inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da norma, conforme dispõe o art. 167, I e III do RPAF/99.

Todavia, aproveito para justificar as razões da manutenção da autuação.

Sobre o cálculo do ICMS-Difal, em ordem hierárquica, assim dispõe a LC 87/96, e a Lei Estadual 7.014/96:

LC nº 87/1996:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I , III e IV do art. 12, o valor da operação;” .

Lei 7.014/96:

“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” (destacamos).

Assim, percebe-se que a norma geral e a norma estadual determinam que a base de cálculo do ICMS-DIFAL é o próprio valor da operação, ou seja, o valor do documento fiscal que reflete a operação de compra e venda de mercadoria.

Todavia, o Convênio ICMS 52/2017, que passou a produzir efeitos em 01/01/2018, prevê, no § 1º de sua Cláusula Primeira, uma metodologia de cálculo, relativo ao cálculo da DIFAL, em total afronta ao quanto estipulado pela Lei Complementar 87/96.

Como bem explica o contribuinte, o cálculo da DIFAL pelo precitado Convênio, criou uma base de cálculo fictícia, calculada a partir da subtração do valor da operação do ICMS destacado no documento fiscal (devido ao Estado de origem), e o posterior acréscimo do ICMS que seria devido ao Estado de destino, em uma operação interna.

Assim, a partir deste procedimento, chega-se ao valor do ICMS que seria devido ao Estado de destino, em uma operação interna fictícia, para então se subtrair o valor do imposto estadual destacado na nota fiscal.

Posteriormente, o Estado da Bahia, através da Lei Estadual no 13.816/17, que passou a vigorar em 22/02/2017, deu nova redação ao art. 17, XI, com a alteração do § 6º da Lei nº 7.014/96, acompanhando a metodologia tratada no Convênio ICMS 52/17, dispondo que:

§ 6º Nos casos do inciso XI do caput deste artigo, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal.

O que se percebe claramente, é que a determinação do Convênio, recepcionada pela legislação baiana, vai de encontro ao que estabelece a Lei Complementar nº 87/96.

Como bem pontuado pelo Conselheiro PAULO SHINYASHIKI FILHO, em voto divergente proferido no Acórdão CJF Nº 0331-12/19, relativo ao Auto de Infração lavrado contra a mesma empresa e relativo à mesma matéria aqui tratada:

Por força maior da referida Lei Complementar, nos seus artigos 12 e 13 em vigor, fica claro que a apuração das diferenças de ICMS DIFAL consignadas no demonstrativo de débito acostado pela autuante e mantido por decisão de 3ª JF (fls.129 a 135), que majora a carga tributária do ICMS DIFAL, não tem base constitucional. Mesmo concordando de que o ICMS integra sua própria base de cálculo no caso em foco, entendo que o caminho correto a ser percorrido pelo legislador baiano não poderia ser, por incompetência legal, o de inovar e desse modo constituir uma nova base de cálculo majorada para efeito de apuração do ICMS DIFAL, contrariando dispositivo constitucional. Todavia, por força legal do art. 167, inciso I do RPAF/99, este egrégio CONSEF não tem competência para declarar inconstitucionalidade.

Ocorre que, no Auto de Infração julgado pela 2ª CJF (A. I. Nº 269140.0010/18-9), os fatos geradores eram relativos ao período de 2016, momento em que não vigia a alteração do §6º, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, o que fundamentava a improcedência da autuação, por parte do voto divergente. O

mesmo não ocorre no processo em apreço, já que os períodos autuados são de 2018. Assim, por força da determinação do art. 167, I e III do RPAF/99, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo os valores da diligência supracitados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269135.0009/19-0**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S. A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$640.014,30**, 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, 12 de março de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - RREPR. DAPGE/PROFIS