

PROCESSO - A. I. Nº 206973.0014/19-1
RECORRENTE - AMBEV S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JFJ nº 0110-02/20-VD
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0221-12/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. BENS DESTINADOS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Com outorga da Emenda Constitucional nº 87/2015, o Estado da Bahia através da Lei nº 13.373, de 21/09/2015, instituiu o diferencial de alíquotas nas operações interestaduais com consumidor final não contribuinte, bem como alterou o inciso XI do art. 17 da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre a base de cálculo do diferencial de alíquotas nas operações com consumidor final, contribuinte do ICMS, consignando que o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas, integra a base de cálculo. Razões de defesa não elidem a exigência. Afastada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão proferido pelo 2ª JFJ, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 25/09/2019, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$76.414,43, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, apurado no período de janeiro a dezembro de 2016.

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.

Os autuantes acrescentam que o contribuinte:

“Deixou de recolher ‘parte da DIFAL por erro na base de cálculo ao deixar de observar a alteração do inciso XI conforme abaixo:

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.

A redação atual do inciso ‘XI’ do caput do art. 17 do RICMS em vigor foi dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/15, DOE de 22/09/15, efeitos a partir de 01/01/16.

Conforme DEMONSTRATIVO difal2016.xlsx, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregues ao contribuinte”.

A 2ª JFJ dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe:

VOTO

O auto de infração em epígrafe, exige o ICMS no valor principal de R\$76.414,43 decorrente da constatação

pela fiscalização do cometimento de uma infração detalhadamente exposta no relatório acima, motivo de impugnação por parte do sujeito passivo.

A autuada é contribuinte do ICMS inscrito no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia na condição NORMAL, apura o imposto na sistemática de conta corrente fiscal, exerce a atividade econômica principal 1113502 – FABRICAÇÃO DE CERVEJAS E CHOPES, além da fabricação de refrigerantes, de embalagens de material plástico e comércio atacadista de matérias-primas agrícolas não especificadas anteriormente.

A autuada ao impugnar o lançamento, argui nulidade do lançamento, em razão da autuação se fundamentar em norma estadual, que ao seu entender extrapola os limites legais ao determinar uma nova sistemática de apuração da base de cálculo do ICMS-DIFAL, haja vista, se tratar de matéria reservada à lei complementar, e, portanto, contaminaria o lançamento de inconstitucionalidade e ilegalidade.

A arguição tem como supedâneo o ponto de vista do sujeito passivo calçado no entendimento que considera a norma estadual utilizada para caracterizar a infração como inconstitucional e ilegal.

De pronto, lembro que este órgão de julgamento administrativo está impedido de discutir a inconstitucionalidade de normas, assim como negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, consoante art. 167, incisos I e III do RPAF/99. Portanto, deixo de acatar a arguição de nulidade por incompetência legal do CONSEF, para discutir o argumento suscitado.

Do exame dos autos, constato que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível; foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Portanto, o processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes, motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, capaz de justificar a decretação de sua nulidade.

Os demonstrativos que embasaram o lançamento que estão apensados às fls. 07 a 09, além de gravados em arquivos eletrônicos na mídia – CD, fl. 11, demonstram todos os dados necessários para identificar as operações arroladas, detalham a metodologia aplicada para apuração do valor exigido, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo por ocasião da ciência da autuação.

Nestes demonstrativos, restou evidente que a autuação se deu em razão da constatação de falta de recolhimento de ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em operações interestaduais e destinadas a consumo do estabelecimento, em relação à parcela da base de cálculo que deixou de ser oferecida à tributação pelo contribuinte, em razão desta ter sido apurada a menor em decorrência da aplicação incorreta das regras estabelecidas pela legislação estadual para definição da base de cálculo do ICMS-DIFAL.

A tese defensiva tem como fulcro o argumento de que a autuação está fundada em premissas equivocadas que afrontam a legislação por ausência de lei complementar específica tratando do Diferencial de Alíquotas, que valide a hipótese de incidência pretendida pela Lei nº 13.373/15, que alterou o método de apuração do ICMS nas operações interestaduais destinadas a contribuintes do imposto.

Argumenta o autuante que, consoante art. 146, inc. III, alínea “a” da Constituição Federal, somente a lei complementar poderia definir as normas gerais em matéria tributária, entre elas, base de cálculo do ICMS.

A Constituição Federal no seu art. 155, §2º, inc. VII, trata especificamente da tributação do Diferencial de Alíquota.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

VII - 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;

A redação do inciso VII foi dada pela Emenda Constitucional 87/2015.

A Lei nº 7.014/96 instituiu a exigência no Estado da Bahia, alterando a redação do art. 2º, inc. IV, pela Lei nº 13.373/2015.

Art. 2º O ICMS incide sobre: (...)

IV- as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto;

A base de cálculo do imposto exigido está prevista no art. 17, inc. XI, do citado diploma legal, cuja redação foi dada pela Lei nº 13.373/15, que recepcionou a alteração promovida pela Emenda Constitucional 87/2015, modificando parte dos dispositivos da Lei nº 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.

A norma legal está regulamentada no art. 305, § 4º, incisos III e V do RICMS/2012, in verbis.

Art. 305. No regime de conta corrente fiscal, os 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.

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher: (...)

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto; (...)

V- o valor do imposto devido ao Estado da Bahia correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual decorrente de operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto domiciliado em outra unidade da federação.

Este último inciso foi acrescentado ao § 4º do art. 305 pelo Decreto nº 16.738/2016, com efeitos a partir de 01/01/2016.

Quanto ao argumento da defesa da inexistência de lei complementar para tratar do diferencial de alíquotas, condição que considera indispensável, pois, somente uma lei complementar poderia definir as normas gerais em matéria tributária e alteração da base de cálculo do imposto, não merece acolhimento, pois o ICMS-DIFAL, encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal, art. 155, § 2º, incisos VII, VIII.

Ademais, lembro que art. 24, §3º da Constituição Federal, estabelece que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Assim, no caso em análise, resta demonstrado pelos dispositivos legais transcritos, que a base de cálculo do ICMS-DIFAL é o valor da operação ou prestação na unidade de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrarem a base de cálculo, conforme o inciso XI do art. 17 da Lei Estadual 7.014/96, resultando no imposto a pagar determinado pelo §6º do mesmo dispositivo legal.

Ainda questionando a metodologia aplicada pelo Fisco estadual no cálculo do ICMS-DIFAL, que segundo seu entendimento, não poderia ser adotada em razão do julgamento da ADI 5866 que teve como consequência a revogação do Convênio 52/2017 pelo Convênio ICMS 142/2018, fato que diz reforçar a ilegalidade da sistemática adotada, ressalto que a suspensão procedida, face ao julgamento da ADI, alcança tão somente a norma indicada do Convênio ICMS 52/2017, não atingindo o comando contido no inciso XI e no § 6º, do art. 17 da Lei nº 7.014/1996, até porque, tal suspensão somente se deu a partir de 29/12/2017, e os fatos geradores objeto do presente lançamento ocorreram ao longo do exercício de 2016.

Lembro que embora a ADI 5866 seja da relatoria do ministro Alexandre de Moraes, o pedido liminar de suspensão das cláusulas 3º, 8º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 16º, 24º, 26º e 27º do citado convênio, foi analisado pela então ministra presidente do STF, Carmen Lúcia, acolhendo a suspensão, dentre as Cláusulas destacadas, a Cláusula décima terceira.

Em cumprimento à decisão interlocutória proferida pela Ministra, o CONFAZ publicou no Diário Oficial da União de 09/01/2018, o Despacho 02/18, que suspendeu os efeitos das cláusulas do convênio até "novo exame a ser levado a efeito na forma definida pelo insigne relator, o ministro Alexandre de Moraes".

Constatado que nenhuma prova capaz de desconstruir a acusação fiscal foi trazida aos autos, havendo apenas a negativa de cometimento da infração, fato que, à luz do disposto no art. 143 do RPAF/99, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto as decisões judiciais reproduzidas na defesa não alteram os entendimentos expostos, visto que elas não vinculam o Estado da Bahia, que também não figura como parte nas ações que resultaram nas decisões mencionadas.

Ressalto ser este o entendimento assente neste CONSEF, à vista das diversas decisões, dentre as quais destaco aquelas contidas no Acórdão JFJ nº 0063-03/19, cuja decisão foi confirmada em segunda instância pelo Acórdão CJF nº 0329-12/19 além dos Acórdãos JFJ nº 0063-03/19, JFJ nº 0030-06/18 e CJF nº 0020-11/20, os quais versam sobre a mesma matéria.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformada com a decisão acima, a recorrente interpôs Recurso Voluntário.

Diz que está sujeita ao recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS no tocante às saídas de mercadorias por elas efetivadas e, também, quanto às entradas daquelas destinadas a uso e consumo e ao seu ativo imobilizado, por força da redação original do artigo 155, § 2º, VII, 'a' e VIII da Constituição, e, ainda, do artigo 4º, XV da Lei nº 7014/96.

Contesta que o Estado da Bahia, através da Lei Estadual nº 13.373/15 alterou a redação do art. 17 da LICMS/BA, promovendo modificação na base de cálculo do tributo, e passando a prever o cálculo a ser utilizado para apuração do Diferencial de Alíquota deve integrar a própria base de cálculo, promovendo modificação na fórmula de cálculo do diferencial de alíquotas do ICMS, que implicou na majoração do tributo devido nas operações de aquisição de bens destinados ao uso e consumo e ativo imobilizado.

Salienta que até a vigência da referida Lei vigorava no Estado a apuração da base de cálculo do DIFAL o valor da operação interestadual, porém, a alteração legislativa em referência, adotou nova metodologia de apuração da base de cálculo de forma que o valor devido a título de DIFAL passasse a compor o seu próprio cálculo.

Aduz que com a nova fórmula de apuração do DIFAL, o valor da operação não é mais a base de cálculo a ser considerada, mas sim um valor superior a própria operação, implicando, por consequência, uma flagrante majoração da carga tributária mediante alteração da base de cálculo, mas sem respaldo em lei complementar autorizativa, e configurando violação aos ditames previstos e garantidos constitucionalmente nos artigos 146 e 155 da CF/88.

Traz metodologia de cálculo e conclui que houve, portanto, nítida majoração da base de cálculo, pois a subtração da alíquota interna pela interestadual se dá tendo como minuendo um valor acrescido da alíquota interna e como subtraendo o ICMS pago à alíquota interestadual, ao passo que, anteriormente, aplicava-se a diferença aritmética entre as alíquotas (interna e interestadual).

Salienta que a nova metodologia prevista no art. 17 da Lei nº 7.014/96 padece de flagrante ilegitimidade, vez que, cabe à Lei Complementar legislar sobre base de cálculo de imposto, conforme determinação expressa dos artigos 146, III, "a" e 155, §2º, XII, "i" da Constituição Federal, transcreve.

Recorda que sobre o tema, o E. Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades já se manifestou acerca da indispensável edição de Lei Complementar para tratar DIFAL. Ressalta ainda para o proferido pelo eminente Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº RE 580.903/PR, transcrevendo.

Afirma que a metodologia pretendida pelo Estado é semelhante à prevista na Cláusula décima quarta do Convênio ICMS 52/2017. E, diante da clara ilegalidade daquele dispositivo, ao receber a ADI nº 5866, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lucia, concedeu liminar para suspender de imediato os efeitos da referida cláusula.

Sinaliza que o Convênio ICMS 52/17 foi integralmente revogado pelo Convênio ICMS 142/18, o que reforça a ilegalidade daquele dispositivo que, assim como a alteração promovida no artigo 17 da Lei nº 7.014/96, extrapola seu âmbito de competência.

Conclui que a norma estadual não poderia extrapolar os comandos legais a fim de determinar uma nova sistemática de apuração da base de cálculo do DIFAL, pois a matéria é constitucionalmente reservada à Lei Complementar, e que já é disciplinada nos art. 8º e 13 a 16 da Lei Kandir, sendo certo que a inconstitucionalidade e a ilegalidade são fundamentos que

rechaçam integralmente a presente autuação.

Recorda que a matéria em questão (necessidade de lei complementar para que as Unidades da Federação possam validamente instituir o diferencial de alíquota de ICMS) já foi objeto de análise pelo STF. E no julgamento do RE 580.903, o STF reconheceu que a Lei Complementar nº 87/96 não contém previsão de incidência de DIFAL e, por isso, declarou inconstitucional a lei do Estado do Paraná que previu a incidência desse imposto, deixando claro na ementa do respectivo acórdão que: *“A instituição do diferencial de alíquotas depende de previsão em lei complementar”*.

Do exposto, requer a recorrente que a presente peça recursal seja regularmente recebida e processada, e que seja o Auto de Infração julgado integralmente improcedente, cancelando-se, assim, o lançamento em questão, vez que a previsão contida no art. 17, XI da Lei nº 7.014/96 extrapola a competência permitida, por ser a alteração da base de cálculo de tributo matéria atribuída exclusivamente a Lei Complementar;

Pugna que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de novos documentos, bem como a realização de diligência e perícia fiscal a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Este é o relatório.

VOTO

No presente Recurso Voluntário, a recorrente questiona a base de cálculo utilizada pela fiscalização, ao exigir ICMS por suposto recolhimento à menor do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação, destinadas ao uso e consumo do estabelecimento autuado.

Requer a recorrente, a suspensão de exigibilidade com a aplicação imediata dos arts. 151, III e 206 do CTN.

Considerando, contudo, que a existência do recurso administrativo já suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme previsto no art. 151, III do CTN, despiciendo, pois, o presente pedido.

Sinaliza a recorrente, que a exigência do presente Auto de Infração decorre do entendimento equivocado da autuante ao exigir ICMS-Diferença de Alíquota, mediante fórmula de cálculo divergente do quanto estabelecimento no Convênio ICMS 93/2015. Discorre quanto à alteração das cláusulas décima segunda a décima quarta do Convênio ICMS 52/2017, as quais dispõem sobre as normas gerais dos regimes de substituição e antecipação tributárias do ICMS. Contesta, afirmando que seja pelo Convênio ICMS 52/2017, seja diretamente pela publicação de legislação estadual, como no presente caso da Bahia, o resultado dessa nova sistemática de tributação gera uma majoração ilegal e inconstitucional da carga tributária, incidente sobre as operações interestaduais de aquisição dos supramencionados bens integrantes do ativo imobilizado e/ou destinados ao uso e consumo da recorrente.

Diz que o autuante realizou os cálculos do DIFAL na modalidade “por dentro”, ou seja, com o ICMS incluído em sua própria base de cálculo, contrariando o disposto no § 1º, da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 93/15.

Traçando um histórico quanto à cobrança do imposto acima referido, importante salientar, que a EC 87/2015 alterou a sistemática de cobrança do ICMS, nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidores finais, não contribuintes do imposto, localizado em outro Estado.

As regras da EC 87/2015, abrangem todas as operações e prestações destinadas a não contribuintes do ICMS, devidamente regulamentada através do Convênio ICMS 93/2015. Antes da EC 87/2015, nessas operações e prestações, o ICMS era devido integralmente ao Estado de origem.

Importante, contudo, observar que as alterações introduzidas pela EC 87/2015, foram incorporadas à Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.373, de 21/09/2015, DOE de 22/09/2015.

A base de cálculo está disciplinada no “§ 1º, da Cláusula segunda do Convênio ICMS 93/15”, a seguir transcrito:

“§ 1º - A base de cálculo do imposto de que tratam os incisos I e II do caput é única e corresponde ao valor da operação ou o preço do serviço, observado o disposto no § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996; “(grifo meu)”

Com base no disposto no § 1º-A, da Cláusula segunda do Convênio ICMS 93/15, o remetente do bem deverá:

- a) Utilizar a alíquota interna prevista na Unidade Federada de destino, para calcular o ICMS total devido na operação;
- b) Utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à Unidade Federada de origem;
- c) Recolher, para a Unidade Federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea ‘a’, e o calculado na forma da alínea ‘b’.

Ou seja,

- Base de Cálculo X (1 – Alíquota Interestadual / 100%) = Valor expurgado o imposto (valor sem ICMS);
- Valor expurgado o imposto / (1 – Alíquota interna / 100%) = Nova Base de Cálculo;
- Nova Base de Cálculo X Alíquota Interna – Valor do Imposto Destacado = Imposto a Recolher, ou seja, o DIFAL.

Assim, não obstante o exposto pela recorrente, é possível constatar que a legislação do Estado da Bahia dispõe quanto à fórmula de cálculo e a normativa acima sinalizada, estar em conformidade com o disposto no § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Se observado o art. 17 da Lei nº 7.014/96, é possível verificar a disposição específica para o cálculo ora mencionado, senão vejamos:

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.

Nota: A redação atual do inciso “XI” do caput do art. 17 foi dada pela Lei nº 13.373, de 21/09/15, DOE de 22/09/15, efeitos a partir de 01/01/16.

A norma legal está regulamentada no art. 305, § 4º, incisos III e V do RICMS/2012, in verbis.

O RICMS/BA assim dispõe no seu Art. 305:

“No regime de conta corrente fiscal, os 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.

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher: (...)

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

- a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;*
- b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto; (...)*

(...)

V- o valor do imposto devido ao Estado da Bahia correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual decorrente de operações e prestações destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto domiciliado em outra unidade da federação.”

Este último inciso foi acrescentado ao § 4º, do art. 305 pelo Decreto nº 16.738/2016, com efeitos a

partir de 01/01/2016.

Ou seja, desde 2016, há regramentos específicos quando à modalidade de cálculo e os fatos geradores do presente lançamento de ofício são de 2018.

Analisando a mídia a fl. 06 dos autos, confirmo que o cálculo realizado pelo autuante está em conformidade com as normas acima transcritas.

De fato, muitos contribuintes ingressaram com demandas no judiciário, argumentando que a ausência de Lei Complementar, norma constitucionalmente adequada para definir as normas gerais de direito tributário, conforme previsão do artigo 146, I, II e III da CF/88, bem como artigo 155, §2º, XII, alíneas “a”, “d” e “i” da CF/88, ocasionaria a inconstitucionalidade da exigência do DIFAL, mesmo com os dispositivos adicionados pela EC 87/15.

Assim, importante mencionar, que o Estado da Bahia advoga no sentido que o disposto em Convênio em razão do cálculo do ICMS devido a título de diferencial de alíquotas (DIFAL), por substituição tributária, tem por objeto explicitar a metodologia de cálculo do ICMS ST Diferencial de Alíquotas, já adotada por várias Unidades Federadas, inovando, tão somente, a partir de 1º de janeiro de 2018, em relação àquelas Unidades Federadas que continuavam adotando a metodologia de cálculo do ICMS ST Diferencial de Alíquotas, sem observar o § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Contudo, entendo que apenas poderia a recorrente invocar inovação de cálculo, caso o Estado da Bahia não tivesse internalizado a observância ao § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, o que não é o caso dos autos. Se observado o art. 17 da Lei nº 7.014/96, é possível verificar disposição específica para o cálculo ora mencionado.

Ocorre, que diferente do quanto ocorrido em outros Estados da nossa Federação, o Estado da Bahia, por meio de Lei, trouxe o regramento específico para o cálculo em comento.

É, portanto, vedado aos órgãos administrativos de julgamento, deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/99, baseado apenas no argumento de que houve violação a regras ou princípios constitucionais.

Somente no âmbito do Poder Judiciário, poderá o contribuinte buscar a revisão do ato administrativo, cuja constitucionalidade, até decisão final daquele Poder, é presumida.

Ademais, quanto ao citado mecanismo de cálculo dos tributos incidentes na operação “por dentro”, saliento que referido método já foi ratificado pelo STF (Superior Tribunal Federal), onde restou pacificada a legitimidade da citada sistemática do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS).

A recorrente, pois, trouxe apenas alegações fundadas em posicionamentos jurídicos, em relação à metodologia de cálculo do fiscal autuante. Não foram trazidos demais elementos que infirmem o presente lançamento fiscal.

Quanto ao pedido de diligência, indefiro nos termos do artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b” e II, “a” do RPAF/BA, considerando que a diligência ou perícia técnica, se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, a realização de diligência e perícia pode ser dispensada.

Considerando, portanto, que, para o presente caso, já se encontram presentes os elementos necessários para o deslinde dos fatos, considerando que a recorrente não trouxe outros elementos capazes de elidir as infrações, julgo desnecessária a diligência proposta.

Quanto às multas aplicadas, fuge da competência desse Colegiado, a apreciação de redução de multa por obrigação principal, conforme disposto nos artigos 158/159 do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206973.0014/19-1, lavrado contra AMBEV S.A., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.414,43**, 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, 26 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS