

A. I. N° - 300201.0012/12-8
AUTUADO - TELEFÔNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES BRASIL LTDA.
AUTUANTE - VÂNIA FERRARI RAMOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 14.08.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0158-02/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DO ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações caracterizadas, sendo devida a exigência fiscal. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. Fato comprovado nos autos. Infração subsistente. 3. CRÉDITOS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** APROPRIAÇÃO NO CIAP DE VALOR SUPERIOR A 1/48 DETERMINADO PELA LEGISLAÇÃO. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. **c)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO NÃO VINCULADO A PRESTAÇÃO SEGUINTE TRIBUTADA PELO IMPOSTO. Comprovado nos autos a utilização indevida do crédito fiscal. Infrações caracterizadas. 4. REMESSA DE BENS PARA CONSERTO SEM O RESPECTIVO RETORNO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte não logrou elidir a acusação. Infração caracterizada. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/08/2012, exige crédito tributário no valor de R\$47.106,94 em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, referente a aquisições interestaduais de mercadorias para integrar o ativo permanente do próprio estabelecimento, no mês de março de 2010, no valor de R\$3.442,05, acrescido da multa de 60%;
2. deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, referente a aquisições interestaduais de mercadorias para integrar o ativo permanente do próprio estabelecimento nos mês de junho de 2010, no valor de R\$412,97 acrescido da multa de 60%;
3. recolheu a menos o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, conforme conta corrente no mês de agosto de 2010, no valor de R\$3.564,00 acrescido da multa de 60%;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. O contribuinte utilizou o crédito fiscal quando da escrituração do CIAP – Controle de Crédito de ICMS do ativo permanente, em valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a agosto e dezembro de 2010, no valor de R\$16.207,11, acrescido da multa de 60%;
5. deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto sem o devido retorno, no valor de R\$895,82, acrescido da multa de 60%, no mês de dezembro de 2010;
6. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no valor de R\$19.564,86, acrescido da multa de 60%, no mês de dezembro de 2010;

7. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto, no valor de R\$3.020,13 acrescido da multa de 60%, no meses de janeiro a março, junho a dezembro de 2010;

O autuado ingressa com defesa fls.49/73, através de advogados, procuração fls.88/89. Aduz sobre a tempestividade da impugnação. Sobre as infrações que lhe foram imputadas, reproduz e transcreve o respectivo enquadramento legal de cada uma delas.

Diz ser imperioso destacar que no Anexo 1, colacionado à fl. 21 do Auto de Infração ora impugnado, a fiscalização aponta como remetente da mercadoria a empresa cujo CNPJ é 03.1299.519/0004-81. Ressalta que esta empresa é sua filial situada na cidade do Rio de Janeiro, conforme “comprovante de inscrição e de situação cadastral” (Doc. 05), emitido pelo site da Receita Federal do Brasil. Frisa que o ICMS não é devido no caso em comento, tendo em vista que as mercadorias enviadas e acompanhadas das notas fiscais objeto da autuação, foram remetidas pela mesma pessoa jurídica (Filial), não havendo, transferência da titularidade.

Menciona que a transferência de bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica não configura fato gerador do ICMS, a teor do que determina o artigo 155, inciso II da Constituição Federal, segundo o qual o fato gerador do ICMS é a operação de circulação de mercadorias. Aduz que, apenas quando se verificar a presença concomitante dos três vocábulos indicados no artigo 155, II, da CF/88 (operação, circulação e mercadorias), haverá a incidência do ICMS.

Reproduz os conceitos jurídicos de operação, circulação e mercadoria. Diz que, além disso, a operação deverá possuir caráter econômico, que permite a sua disponibilidade no mercado, e a circulação de mercadorias capaz de configurar o fato gerador do ICMS é aquela que, além da circulação econômica, implica circulação jurídica, com a transferência da propriedade.

Cita o artigo 110 do Código Tributário Nacional, sobre a impossibilidade de a lei tributária poder alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal.

Salienta que no caso sob análise, a transferência de mercadorias entre o estabelecimento da Impugnante situado no Rio de Janeiro para o estabelecimento situado em Salvador, ambos da Telefônica Internacional Wholesale Services Brasil Ltda., não caracteriza operação de circulação de mercadorias, pois (i) não há mercadoria, já que o bem envolvido não está disponível ao mercado, sendo integralmente remetido ao estabelecimento baiano e permanecendo agregado ao patrimônio da empresa, (ii) não há circulação, uma vez que não há transferência de titularidade das mercadorias, (iii) não há a própria operação, uma vez que inexiste qualquer negócio jurídico envolvido, mas simples remessa de um produto para outro estabelecimento da empresa. Sobre a matéria cita doutrina e jurisprudência.

Sobre a infração 02 diz que a falta de recolhimento do ICMS na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento não enseja nenhum prejuízo ao Fisco estadual. Ressalta que diante da sistemática da não-cumulatividade o não recolhimento do ICMS na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento não enseja nenhum prejuízo ao Fisco Estadual, tendo em vista que, nos termos do disposto no artigo 93, §17º do RICMS/BA, dá ao impugnante o direito ao creditamento de 1/48 do valor do ICMS recolhido. Diz que não obstante a falta de recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS, não houve prejuízo ao Fisco estadual, na medida em que não ter efetuou a escrituração da mercadoria em seu livro de Entradas e no CIAP deixando de aproveitar do crédito ao qual faz jus.

No tocante à infração 03 afirma que foi autuada por ter, supostamente, recolhido a menos o ICMS (Serviço de Comunicação de Multimídia), uma vez que o valor escriturado (R\$712.073,95) não corresponderia com o valor recolhido (R\$708.509,95), entendendo a fiscalização haver uma diferença de imposto a recolher no importe de R\$3.564,00, relativo ao período de agosto/2010. Diz que ao contrário do arguido pela fiscalização, houve o correto recolhimento do ICMS, devendo o

processo ser baixado em diligência para nova apuração de eventual divergência.

Assevera ainda, que o auto de infração não apontou a origem da suposta falta de recolhimento do ICMS, ou seja, quais notas fiscais não teriam sido levadas à tributação, impedindo que procedesse a sua correta defesa, com a apresentação de documentos hábeis a comprovar o recolhimento. Ademais, diz que os valores escriturados podem eventualmente divergir dos valores tributados por diversas razões, como por exemplo, saída de mercadorias isenta, não tributadas ou operação sujeita ao diferimento do ICMS (Regime Especial).

Salienta que a falta de apontamento das notas fiscais supostamente não tributadas impede ou, ao menos, dificulta, a defesa da empresa que atua em todo o território nacional com grande volume de operações. Sugere que os autos sejam baixados em diligência para nova apuração e apontamento das notas fiscais que o fisco entende não terem sido tributadas.

Sobre a infração 04 aduz que foi autuada por ter, supostamente, utilizado crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, quando da escrituração do controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente. Diz que é cediço, que o RICMS/BA prevê a possibilidade de creditamento de 1/48 do valor do ICMS recolhido. Frisa que a fiscalização entendeu que o crédito escriturado no CIAP não corresponde ao valor das aquisições que dariam ensejo ao aproveitamento do crédito no importe de 1/48, tal como definido pela legislação. Observa que os valores escriturados no CIAP sobre os quais a Impugnante tomou seu crédito estão corretos, não havendo que se falar em utilização de crédito maior que o previsto na legislação vigente, devendo os autos ser baixados em diligência, para que sejam confrontados os valores escriturados com os bens adquiridos que integraram seu ativo fixo e possibilitaram a tomada de crédito.

Destaca que o Auto de Infração não deu subsídios suficientes para que procedesse à sua defesa, na medida em que apenas relaciona os valores que entende serem passíveis da tomada de crédito, sem identificar as operações que deixaram de ser consideradas e, impediram a tomada de crédito, diminuindo, assim, o valor inserido na coluna “Crédito das Aquisições”. Cita o art. 39 do RPAF/1999 que determina os elementos necessários ao auto de infração. Requer seja o processo baixado em diligência para apuração do CIAP, ao menos, para que sejam apontados os valores que deixaram de ser inseridos como “créditos de apuração” e que foram considerados pela Impugnante quando da escrituração do CIAP.

Sobre o item 05 que trata da exigência do ICMS em virtude da remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, menciona que a leitura do relato da suposta infração fiscal, com base na premissa de que não teria adotado todos os procedimentos previstos na legislação de regência para comprovar o retorno do bem do conserto, entendeu o Fisco que teria comercializado o bem descrito na nota fiscal nº 368, com a consequente exigência do ICMS incidente na operação, acrescido de multa e juros de mora.

Destaca que não há que se falar na exigência de qualquer valor de ICMS, tendo em vista que a mercadoria objeto da nota fiscal nº 368, efetivamente retornou ao seu ativo permanente. Diz que por equívoco, deixou de emitir os documentos fiscais comprobatórios do retorno da mercadoria ao seu ativo. Ou seja, não houve a aludida desincorporação do bem do ativo da Impugnante, não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, uma vez que não houve a circulação da mercadoria. Afirma que por não ter apresentado os documentos fiscais que lhe foram requeridos, entendeu a fiscalização que teria dado saída na mercadoria descrita na nota fiscal nº 368. Assevera que a mera falta de emissão de documentos comprobatórios, ou seja, o descumprimento da obrigação acessória, não tem o condão de desqualificar o fato ocorrido, qual seja, de que a mercadoria realmente voltou a integrar seu ativo permanente. Requer diligencia também para apurar este fato.

Sobre o item 06 do auto de infração diz que a fiscalização entendeu que teria utilizado indevidamente o crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente do estabelecimento, caracterizando, nessas condições, a desincorporação do bem.

Afirma que, nos termos acima referido, o crédito fiscal utilizado é manifestamente regular, nos termos em que preceituam os arts. 339 e 93 do RICMS/BA, tendo em vista que a mercadoria descrita na nota fiscal nº 368, efetivamente, retornou do conserto e integrou o ativo da empresa, não havendo que se falar, portanto, em “*creditamento indevido*”.

Frisa que a infração 06 do lançamento fiscal versa sobre a exigência do crédito de ICMS relativamente ao bem integrante do seu ativo fixo, e não do equívoco no montante de crédito tomado, em valor superior àquele permitido pela legislação de regência.

Por fim, afirma que na infração 07 a autoridade fiscalizadora entendeu que teria utilizado indevidamente o crédito fiscal de ICMS, referente a serviço de comunicação. Entretanto, nos termos em que será a seguir demonstrado, o crédito tomado é manifestamente regular, tendo em vista que a vedação à utilização do crédito viola o princípio da não-cumulatividade, insculpido no art. 155, II, § 2º, da CF/88, bem como, no art. 19 da Lei Complementar nº 87/96.

Desta forma, menciona que geram créditos passíveis de abatimento do imposto devido pelo contribuinte, a aquisição de bens e serviços tributados pelo ICMS ligados diretamente à sua atividade, em relação aos quais já se tenha recolhido o imposto em etapa anterior da cadeia produtiva, de forma que o ônus financeiro do tributo seja repassado para a etapa seguinte.

Na hipótese dos autos, diz ser manifesta a regularidade do crédito fiscal de ICMS tomado pela Impugnante, uma vez que se trata de créditos oriundos da contratação de serviços de comunicação utilizados na própria atividade fim da empresa.

Noutras palavras, frisa que por se tratar de serviços de telecomunicação adquiridos pela Impugnante, para a regular consecução de suas atividades sociais, bem como para fomento das suas relações comerciais com seus clientes e fornecedores, é manifestamente regular o crédito fiscal de ICMS incidente na operação, nos termos em que autoriza o art. 93, inciso II-A do RICMS/BA, que reproduz. Prossegue dizendo que os CFOP's (1.301, 1.303 e 2.301), descritos nos documentos fiscais objeto da autuação fiscal ora impugnada, não deixam dúvidas quanto ao fato de que o serviço contratado, efetivamente, refere-se à serviço de telecomunicação.

Pede que o presente auto de infração seja julgado totalmente improcedente, com o seu cancelamento integral. Protesta, por fim, por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela posterior juntada de documentos.

A autuante produziu a informação fiscal, fls. 107/111 e após sintetizar as razões de defesa, as rebate com os argumentos a seguir alinhados.

Sobre a alegação de não incidência do tributo nas operações de simples remessa de equipamentos de propriedade da impugnante, infração 01, diz que a nota fiscal de transferência de bens do ativo, sobre a qual a impugnante deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nos termos do art. 5º, da Lei 6.284/97, foi devidamente identificada e relacionada no Demonstrativo DIFAL - Transferência do Ativo Imobilizado - 2010, fl. 21 deste PAF. Portanto, não procede a alegação da Autuada de que se trata de operações de simples remessas.

Sobre a inocorrência de prejuízo ao fisco estadual, infração 02, diz que a defendant argui que não obstante a falta de recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS, não houve prejuízo ao Fisco estadual, visto que não escriturou tais notas fiscais em seu livro de Entrada e no CIAP, deixando de aproveitar o crédito que faz jus.

Assevera que a arguição da impugnante não prospera, pois o prejuízo gerado e agora cobrado está tipificado no art. 42 da Lei 7.014/96, e arts. 5º e 69 do RICMS/BA que transcreve.

Sobre a infração 03, afirma que o autuado requer diligência para apurar o correto recolhimento do imposto. Afirma que identificou na Conta Corrente da Autuada, mês de agosto/2010, divergência entre o valor escriturado nos livros fiscais e o efetivamente recolhido, conforme demonstrado no Anexo 3 deste Auto de infração, fl. 23. Afirma ter anexado fls. 115 a 117 deste PAF o livro

Registro de Apuração do ICMS do mês de agosto/2010. Na fl. 115 constam informações sobre "crédito do imposto" no valor total de R\$17.327,68, que traz na sua composição um saldo credor de julho/2012 no valor de R\$6.811,10. Diz que também anexou o livro Registro de Apuração do ICMS do mês de julho/2010, fls. 112 a 114 onde consta o saldo credor de R\$6.811,10. Informa como realizou o cálculo do valor cobrado de R\$3.564,00: - Débito do imposto - R\$729.401,63 (fl. 116); - Crédito do imposto - R\$17.327,68 (fl. 115); - Saldo Devedor/Imp. a recolher - R\$712.073,95 (fl. 117); - Valor recolhido -R\$708.509,95 (fl. 117); - Dif. a recolher - R\$3.564,00 (fl. 117).

Assevera não concordar com o pedido de diligência requerido pela defendant, visto que o conta corrente (Apuração do ICMS) foi calculado com base nos livros fiscais fornecidos pelo defendant em atendimento a intimação nº. 10/2012, anexada à fl. 08 desse PAF.

A respeito da escrituração do CIAP, infração 04, afirma que o cálculo foi consoante o art. 339, § 2º, alínea "e" e art. 93 §17 do RICMS/BA e está demonstrado no anexo 4 - Demonstrativo do Valor a Recolher do CIAP – 2010, fl. 24. Descreve de forma minuciosa o procedimento adotado para apuração dos valores que caracterizam esta infração.

Conclui dizendo não existir motivo para baixar o PAF em diligência, visto que tudo foi apurado com base nos documentos apresentados pela Autuada e amplamente detalhado na Informação Fiscal.

Sobre as infrações 05 e 06 demonstradas nos anexos 5 e 6, cobram o ICMS decorrente de mercadoria enviada para conserto por meio da NF 368, que não retornou ao estabelecimento, bem como a sua baixa no CIAP.

Salienta que identificada à ocorrência, a Autuada foi intimada, (fl. 08 desse PAF), a apresentar as notas fiscais de Entrada e dentre elas não constava a NF de retorno da mercadoria encaminhada para conserto. Portanto, diz que não procede a alegação da Impugnante, razão pela qual pugna pela negação da diligência requerida.

Sobre o crédito de ICMS de serviço de comunicação, infração 07, diz que conforme a alínea a, inciso II do art. 97 do RICMS/BA - Dec. nº 6.284/97, o contribuinte só poderá se creditar de serviços da mesma natureza, no caso em tela houve o creditamento na prestação de serviços de telefonia fixa que não é o serviço prestado pela Autuada, logo não procede sua argumentação.

Finaliza dizendo ratificar os termos do Auto de Infração, uma vez que a Autuada não apresentou elementos que comprovassem a existência de erros e/ou equívocos da Autuante, razão pela qual espera que este Conselho julgue totalmente procedente o processo administrativo fiscal.

Considerando que a autuante apensou novos documentos quando da informação fiscal, além de detalhar seu procedimento para apuração da infração 04, em pauta suplementar decidiu-se pela conversão do processo em diligência fl. 120, a fim de que o contribuinte fosse intimado e recebesse cópia da informação fiscal, reabrindo-se o prazo de defesa para que se manifestasse.

Cumprida a diligência fls. 122/123, o sujeito passivo volta a se manifestar, fls. 125/135. Repete as infrações. Diz que a necessidade de integral cancelamento da autuação, por força da inexistência de infração à legislação tributária estadual, pode ser ratificada em sede de perícia técnica.

A respeito da Infração 01, diz se tratar de operações de simples remessa. Nesse contexto, reforça a necessidade de observar-se o art. 5º do Decreto nº 6.284/97, que prevê como fato gerador do ICMS, a entrada no estabelecimento de contribuinte de bens oriundos de outros Estados da Federação e destinados ao uso, consumo ou ativo permanente.

Tendo em vista tratar-se efetivamente de simples remessa entre matriz e filial de uma mesma empresa, devidamente acompanhada das notas fiscais objeto da exigência fiscal, insiste que não há de se falar em fato gerador do ICMS. Cita o artigo 155, inciso II da Constituição Federal. Invoca doutrina e jurisprudência. Requer a improcedência da infração 01.

No que tange à Infração 02, afirma que demonstrou, em sua defesa, a inocorrência de prejuízo ao Fisco Estadual. Sobre o tema cita doutrina e jurisprudência. Diz que a conduta da Impugnante de fato não impactou na arrecadação aos cofres públicos. Invoca o princípio da não cumulatividade. Menciona que diante da sistemática da não-cumulatividade, o não recolhimento do ICMS na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do

próprio estabelecimento não enseja nenhum prejuízo ao Fisco Estadual, tendo em vista que, nos termos do disposto no artigo 93, § 17 do RICMS/BA, faz jus ao creditamento de 1/48 mensal do valor do ICMS recolhido.

Reitera que, não houve prejuízo ao Fisco Estadual, na medida em que por não ter efetuado a escrituração da mercadoria em seu livro Registro de Entrada e no CIAP, e deixou de se aproveitar do crédito ao qual faz jus.

A respeito da Infração 03, referente a uma diferença de imposto a recolher no importe de R\$3.564,00 diz que a apuração feita pela autoridade fiscal, não apontou a origem da suposta falta de recolhimento do ICMS, ou seja, quais notas fiscais não teriam sido levadas à tributação, impedindo o pleno exercício do direito de defesa pela Impugnante.

Quanto à Infração 04, repete que o RICMS/BA, em seu art. 93, prevê a possibilidade de creditamento de 1/48 do valor do ICMS recolhido. Assevera que os valores escriturados no CIAP sobre os quais tomou seu crédito estão corretos, não havendo que se falar em utilização de crédito maior que o previsto na legislação vigente, devendo os autos ser baixado em diligência, para que sejam confrontados os valores escriturados com os bens adquiridos que integraram seu ativo fixo da Impugnante e, consequentemente, possibilitaram a tomada de crédito.

No que se refere às infrações 05 e 06, afirma ter esclarecido que, por um equívoco, deixou de emitir os documentos fiscais comprobatórios do retorno da mercadoria ao seu ativo. Mas que essa circunstância não afasta a realidade dos fatos, qual seja, a de que a mercadoria realmente foi devolvida ao estabelecimento da Impugnante após o conserto.

Também quanto às infrações 05 e 06 reitera o pedido de que seja determinada a baixa dos autos em diligência, com a consequente intimação da Impugnante para que comprove o retorno do bem.

Finalmente, sobre a infração 07, diz que, ao contrário do que sustenta a autoridade autuante, na hipótese dos autos é manifesta a regularidade do crédito fiscal de ICMS tomado pela Impugnante, uma vez que se trata de créditos oriundos da contratação de serviços de comunicação utilizados na sua própria atividade fim.

Reitera seu pedido no sentido de que o Auto de Infração seja integralmente cancelado, sendo que, na hipótese de o julgador não restar convencido de plano da improcedência do lançamento, no que tange às Infrações 03, 04, 05 e 06, seja determinada a conversão do julgamento em diligência.

A autuante prestou nova informação fiscal fl. 140. Diz manter e ratificar todos os termos do auto de infração e as explicações trazidas na informação fiscal, considerando que o autuado desta tomou conhecimento e não apresentou em sua manifestação, novos elementos que comprovassem a existência de erros ou equívocos do autuante. Opina pela manutenção integral da autuação.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência de 07 (sete) infrações: (1) e (2) deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, referente a aquisições interestaduais de mercadorias para integrar o ativo permanente do próprio estabelecimento; (3) recolheu a menos o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação; (4) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento; (5) deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto sem o devido retorno; (6) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento; (7) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto.

Vejo que o PAF contém as formalidades do art. 39 do RPAF, não havendo violação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. A autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na

medida em que descreve as infrações, enquadrando-as com a indicação dos dispositivos legais infringidos além de acostar demonstrativos e documentos que subsidiam as acusações fls. 21 a 41, que foram entregues ao autuado conforme recibo fl. 42, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do meu convencimento. Os autos estão devidamente instruídos. Não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejam a necessidade de esclarecimento técnico. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, as infrações 01 e 02 referem-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, referente a aquisições de mercadorias para integrar o ativo permanente do próprio estabelecimento.

O autuado rebateu estas infrações com a alegação de que na infração 01 a fiscalização apontou como remetente da mercadoria, empresa que é sua filial situada na cidade do Rio de Janeiro. Portanto, entende que o ICMS não é devido, tendo em vista que as mercadorias enviadas e acompanhadas das notas fiscais objeto da autuação, foram remetidas pela mesma pessoa jurídica (Filial), não havendo transferência da titularidade. Quanto à infração 02, afirmou que a falta de recolhimento do ICMS diferença de alíquota não enseja prejuízo ao Fisco estadual considerando que possui o direito ao creditamento de 1/48 mensal do valor do ICMS recolhido referente diferença de alíquotas nas aquisições para o ativo permanente e como não exerceu este direito, na medida em que não efetuou a escrituração da mercadoria em seu livro de Entradas e no CIAP, deixou de aproveitar o crédito a que fazia jus, nos termos do artigo 93, § 17º do RICMS/BA.

Tais alegações são equivocadas e não podem prosperar. Observo que a legislação prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96). Portanto, por determinação expressa do citado dispositivo legal, o fato gerador do ICMS nesta matéria, ocorre com a entrada do bem no estabelecimento cuja destinação seja seu ativo fixo, independentemente da natureza da operação: venda ou transferência.

Quanto ao argumento utilizado para contestar a infração 02, também não pode prosperar. O autuado ao deixar de recolher o imposto, certamente causou prejuízo ao erário, que não contou com a entrada dos recursos na época prevista e não seriam recuperados se não fossem lançados, como o foram, no presente Auto de Infração. Mantidas as infrações 01 e 02.

No tocante à infração 03, recolhimento a menos do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, constatou-se em ação fiscal no mês de agosto/2010, divergência entre o valor escriturado nos livros fiscais e o efetivamente recolhido. Esta constatação encontra-se devidamente demonstrada no anexo à fl. 23. Observo também esta evidência, nas cópias às fls. 115 a 117 do livro Registro de Apuração do ICMS referente ao mês de agosto/2010.

Não acato o pedido de diligência requerido pela defendant, para apurar este fato, visto que o conta corrente (Apuração do ICMS) foi elaborado com base nos livros fiscais fornecidos pelo próprio defendant. Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do mesmo Regulamento. Infração procedente.

Sobre a infração 04, a acusação fiscal é de utilização do crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, em valor superior ao permitido pela legislação, quando da escrituração do controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

Observo que é cediço, que o RICMS/BA prevê a possibilidade de creditamento de 1/48 do valor do ICMS recolhido nas citadas operações. Entretanto, impende registrar que para ter direito a utilização dos créditos referentes ao pagamento de diferença de alíquotas quando da aquisição interestadual de bens para integrar o ativo permanente, o contribuinte deverá obedecer aos requisitos traçados no item 2.1, § 12, inciso II, “b” do art. 93 do RICMS/BA.

Importante registrar que o auto de infração foi submetido a diligência fl. 120, para que o autuado tomasse conhecimento dos esclarecimentos detalhados sobre o procedimento da autuante a respeito desta infração, a fim de que o contribuinte fosse intimado e recebesse cópia da informação fiscal, reabrindo-se o prazo de defesa para que se manifestasse.

Cumprida a diligência fls. 122/123, o sujeito passivo volta a se manifestar, fls. 125/135, entretanto limita-se a repetir os argumentos já expendidos em sua defesa.

Vejo que a infração está claramente demonstrada na planilha que lhe dá suporte, “Demonstrativo do Valor a Recolher CIAP” fl. 24. O autuado em sua defesa não apontou qualquer equívoco nos cálculos do levantamento fiscal, limitando-se a alegar que os valores escriturados no CIAP sobre os quais tomou o crédito estariam corretos. Dessa forma, entendo que o autuado não logrou trazer aos autos os elementos de prova necessários para elidir a acusação. Infração subsistente.

Relativamente à infração 05, conforme demonstrativo e cópia da nota fiscal nº 368, fls. 25/26, o autuado remeteu bem para conserto com suspensão do ICMS e não comprovou o respectivo retorno conforme determinação regulamentar.

O autuado nas razões defensivas afirmou não ser devido qualquer valor de ICMS, tendo em vista que a mercadoria objeto da autuação retornou ao seu ativo permanente e que por equívoco, deixou de emitir os documentos fiscais comprobatórios do retorno da mercadoria ao seu ativo.

A regra do § 3º, inciso II do art. 627 do RICMS/BA, estabelece a suspensão da incidência do ICMS nas remessas de bens e máquinas para conserto, sendo este benefício condicionado ao retorno no prazo regulamentar, *in verbis* :

“Art. 627. É suspensa a incidência do ICMS nas remessas internas e interestaduais para conserto, restauração, recondicionamento, manutenção, revisão, lubrificação ou limpeza, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem (Conv. AE 15/74; Convs. ICM 1/75 e 35/82; Convs. ICMS 34/90 e 80/91):

II - de móveis, máquinas, equipamentos, utensílios, ferramentas e objetos de uso do contribuinte, bem como de suas partes e peças.

§ 3º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.”.

Considerando que o próprio autuado confessou não ter a prova capaz de elidir a infração, declaro que a mesma encontra-se caracterizada.

As infrações 06 e 07 referem-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento e a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto, respectivamente.

A autuante elaborou “Demonstrativo dos Créditos Indevidos” e apensou ao processo, cópias dos registros destes créditos no livro fiscal do autuado – fls. 28/41, sustentando a acusação fiscal. Sobre a infração 06, o impugnante não rebateu objetivamente a irregularidade apontada, apenas negou ter cometido a infração. No que tange a infração 07, afirmou que sobre a prestação de serviço de comunicação é manifesta a regularidade do crédito fiscal de ICMS tomado pela Impugnante, uma vez que se trata de créditos oriundos da contratação de serviços de

comunicação utilizados na própria atividade fim da empresa.

Da análise dos documentos que amparam este item do PAF, noto que no caso em tela houve o creditamento na prestação de serviços de telefonia fixa que não é o serviço prestado pela Autuada, cuja atividade se desenvolve na área de telefonia móvel.

Sobre o crédito de ICMS de serviço de comunicação, conforme a alínea “a”, inciso II do art. 97 do RICMS/BA - Dec. nº 6.284/97, determina que o contribuinte só poderá se creditar de serviços da mesma natureza, portanto a autuante procedeu em conformidade com a legislação ao glosar o referido crédito. Infrações subsistentes.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300201.0012/12-2**, lavrado contra **TELEFÔNICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.106,94**, acrescido da multa de 60% prevista nos incisos II, alíneas “f” e “a” e VII alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR