

A. I. N° - 298929.0001/13-7
AUTUADO - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.
AUTUANTE - EDMÁRIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 15.10.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0214-02/13

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Assiste razão em parte os argumentos do autuado, tendo em vista que: (i) a metodologia utilizada pelo fiscal autuante na quantificação do suposto crédito inadimplido não se reveste de método seguro em relação à presunção feita a partir das notas fiscais emitidas pelos fornecedores; (ii) parte do ICMS-DIFAL exigido foi objeto de pagamento na apuração mensal do tributo devido, e (iii) há itens exigidos do ICMS-DIFAL que já foi objeto de recolhimento antecipado, por substituição tributária, pelo próprio remetente da mercadoria. Infração elidida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2013, constitui crédito tributário no valor de R\$301.584,81, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento no exercício de 2011. Lançado ICMS no valor de R\$301.584,81, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 39 a 49, alegando, inicialmente, a sua tempestividade, depois descreve a autuação, destacando o enquadramento da infração que os citam, em seguida diz que a autuação não merece prosperar, pois em síntese, destaca:

- a. a metodologia utilizada pelo fiscal autuante na quantificação do suposto crédito inadimplido não passa de uma indevida presunção feita a partir das notas fiscais emitidas pelos fornecedores da ora Impugnante, e por este motivo denota a completa inconsistência da autuação, porquanto diversas notas fiscais relacionadas foram recusadas pela Impugnante por não acobertarem as verdadeiras operações realizadas;
- b. grande parte do ICMS-Difal em cobro na presente autuação já foi objeto de pagamento na apuração mensal do tributo devido, não havendo que se falar em tributo inadimplido;
- c. há, ainda cobrança indevida de ICMS-Difal que já foi objeto de recolhimento antecipado, por substituição tributária, pelo próprio remetente da mercadoria;
- d. por fim, quanto à absurdez da multa cominada pelo fisco estadual, no valor de 60% do valor referente ao imposto supostamente devido, não é necessário grande esforço para concluir que tal penalidade é flagrantemente confiscatória e desproporcional, visto que transpõe, em muito, os limites da razoabilidade.

Da indevida cobrança de ICMS sobre notas fiscais emitidas contra a Impugnante e rejeitadas por não acobertam verdadeiras operações de transferência de bens, cumpre observar, diz a

defendente, que a metodologia empregada pelo fiscal autuante na quantificação da base de cálculo do ICMS-Difal supostamente inadimplido, conforme consta da autuação e de seus anexos, denota grave inconsistência, porquanto pretende a cobrança de ICMS sobre diversas notas fiscais que não representam verdadeiras operações realizadas, por terem sido recusadas pela Impugnante quando apresentadas por seus fornecedores.

A questão fática que se impõe é deveras simples, destaca a defendente, e diz respeito à não ocorrência dos fatos geradores, conforme se pode observar, a título de exemplo, da Nota Fiscal nº 14339 (fl. 66), emitida em 10.05.2011, pelo CNPJ nº 00.907.845/0012-18, listada no Anexo V (fl. 11) da presente autuação por ter tido R\$ 4.600,00 de ICMS-Difal supostamente inadimplido. De fato, observa a defendente, o fornecedor emitiu a referida Nota Fiscal com os valores referidos na presente autuação, mas, em virtude do erro por este cometido no atendimento ao pedido da autuada, retornou com as mercadorias à origem e o negócio não se concretizou! Para tanto emitiu a Nota Fiscal nº 0312 (fl. 67), em 22.06.2011, discriminando a natureza da operação “Devolução de vendas”, com o mesmo objeto da nota fiscal nº 14339, e textualmente mencionando no campo de dados adicionais o “RETORNO MATERIAL REF. NF-e nº14339”.

Destaca, então, que está claro que, apesar de o fornecedor ter emitido contra a defendente a primeira Nota Fiscal, tendo em vista a inexistência fática da realização da operação nela descrita, este emitiu nova Nota Fiscal de retorno das mercadorias, comprovando-se a completa inexistência do dever de recolher qualquer ICMS-Difal pela Impugnante sobre remessa interestadual de mercadorias que sequer ocorreu.

Com efeito, estão nessa mesma situação várias outras Notas Fiscais, que foram recusadas pela defendente e registram operações que não ocorreram, conforme demonstrativo que acosta à fl. 44 dos autos, o que pugna pela pronta exclusão da presente cobrança de todos os valores extraídos das Notas Fiscais recusadas, por estas não acobertarem verdadeiras operações passíveis de tributação pelo ICMS-Difal.

Do regular recolhimento do ICMS-Difal devido sobre diversas operações em cobro na presente autuação, diz que, além das notas fiscais relacionadas no demonstrativo antes citado, merecerem ser excluídas da presente cobrança por não importarem na obrigatoriedade de recolhimento de quaisquer valores a título de ICMS-Difal, há ainda diversas notas fiscais relacionadas na presente autuação para as quais apurou e pagou o ICMS-Difal devido a tempo e modo (doc. nº 05 – comprovantes de pagamento de ICMS-Difal e CD contendo planilha dinâmica de apuração no período de 2011), não havendo que se falar em quaisquer valores inadimplidos!

Como se não bastasse, diz que, parte dessas notas ainda foi registrada em duplicidade na presente autuação, gerando odioso bis in idem (doc. nº 06 – notas fiscais relacionadas em duplicidade), conforme demonstrativo que acosta às fls. 45 a 47. Observa, então, que dispensa dizer que a presente cobrança sobre valores já pagos é completamente descabida, devendo tais operações ser prontamente excluídas da autuação epigrafada, sob pena de representar ilegítima cobrança em duplicidade.

Por fim, do recolhimento do ICMS-Difal antecipadamente pelo fornecedor, na sistemática da substituição tributária, impede suscitar aqueles para os quais o pagamento se deu antecipadamente, na modalidade de substituição tributária (doc. nº 07 – notas fiscais com recolhimento antecipado por ICMS-ST). Da mesma forma, que os dois pontos anteriormente citados, apresenta demonstrativo, que acosta à fl.47, das Notas Fiscais objeto da presente autuação em que o imposto foi recolhido antecipadamente pelo fornecedor por substituição tributaria.

Pede para observar o campo “informações adicionais” da Nota Fiscal nº 17363 (doc. nº 07, cit.), por exemplo, para se constatar que o ICMS-Difal devido já foi quitado em regime de substituição tributária. Diz que fica patente, portanto, a ilegitimidade de novas cobranças de ICMS-Difal sobre fatos que já foram objetos dos devidos recolhimentos, merecendo igualmente a pronta exclusão destas notas fiscais da presente cobrança.

Quanto à desproporcionalidade e confiscatoredade da multa aplicada, diz que, não bastasse o já exposto, o montante devido a título de multa fiscal pela defendantem *in casu* perfaz o percentual de 60% do crédito tributário apurado, verifica-se descabidamente abusiva e desproporcional, acarretando, com isso, flagrante violação ao princípio do não-confisco em matéria tributária, inscrito no artigo 150, inciso IV da Constituição da República. Cita decisão STF, RE 523471, AgR, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJ 23.04.2010, que destaca.

Desse modo, caso se entenda devido o ICMS exigido pelo Fazenda Estadual – o que se admite ex absurdo – a penalidade pecuniária aplicada deve ser reduzida a patamares não confiscatórios.

Pelo exposto, pede a procedência da presente impugnação, com a consequente anulação do auto de infração impugnado e a extinção do crédito tributário nele exigido, com o arquivamento do processo fiscal instaurado. Sucessivamente, pede a redução da multa fiscal a patamares não confiscatórios, nos termos acima aduzidos.

O autuante presta Informação Fiscal, às fls. 181 a 183 na seguinte perspectiva:

Sobre as diversas Notas Fiscais recusadas pela impugnante por não acobertarem as verdadeiras operações realizadas, portanto a autuação não poderia se dar sobre meras presunções feitas a partir das notas fiscais emitidas pelos fornecedores, diz que a alegação do contribuinte autuado procede, uma vez que não se concretizou a operação de comércio, pois os produtos constantes das Notas Fiscais relacionadas na peça defensiva foram devolvidas ao fornecedor.

Quanto ao argumento defensivo de que grande parte do ICMS-Difal em cobrança na presente autuação já foi objeto de pagamento na apuração mensal do tributo devido, diz proceder em parte à impugnação, visto que não consta prova do pagamento das Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo a seguir apresentado, que totaliza o valor de R\$6.882,89.

Nº NF	DATA	CNPJ DO EMITENTE	UF	VALOR	ALIQ	DIFAL 10%	OBS.
9333	31/01/2011	54.821.137/0001-36	SP	486,36	7	48,64	
113157	06/04/2011	79.065.181/0001-94	PR	149,65	7	14,97	
22063	06/05/2011	01.092.686/0001-50	SP	4.350,00	7	435,00	
8133	12/05/2011	08.327.224/0001-14	SP	23,66	7	2,37	
4122	06/05/2011	02.887.194/0001-14	PR	542,10	7	54,21	18%
1376	27/06/2011	06.154.366/0001-00	SP	78,20	7	7,82	
2892	07/06/2011	09.165.529/0001-30	SP	80,00	7	8,00	
5530	05/08/2011	02.887.194/0001-14	PR	543,85	7	54,39	18%
993	08/09/2011	05.698.445/0001-00	SP	1.578,32	7	157,83	
1009	24/11/2011	07.384.807/0005-48	SP	10.109,92	7	1.010,99	
1010	24/11/2011	07.384.807/0005-48	SP	9.340,42	7	934,04	
3021	28/11/2011	07.371.799/0001-71	SP	1.096,77	7	109,68	
2728	15/12/2011	11.321.761/0001-61	SP	1.370,84	7	137,08	
588	20/12/2011	07.608.297/0001-11	SP	10.819,88	7	1.081,99	
1076	29/12/2011	07.384.807/0005-48	SP	28.258,92	7	2.825,89	
TOTAL						6.882,89	

Em relação ao destaque de cobrança indevida de ICMS-DIFAL em relação a Notas Fiscais que já foi objeto de recolhimento antecipado, por substituição tributária, diz constatar o destaque da antecipação do ICMS pelo remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária entretanto diz não ter conseguido identificar nos sistemas da SEFAZ-BA o recolhimento das mesmas.

Conclui dizendo que, por tudo quanto aqui exposto e mediante as considerações apresentadas, ante a alegação da Impugnante, os documentos relacionados foram conferidos, restando ao fisco à cobrança de R\$6.882,89.

Observo que foi dado ciência do resultado da Informação Fiscal nos termos da legislação vigente, por via postal, conforme se observa dos documentos acostados aos autos às fls. 187 e 190, em que o autuado se mostrou silente

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 301.584,81, relativo a uma irregularidade, cuja exigência decorre da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento no exercício de 2011, tendo o autuado impugnado a atuação sob os argumentos de que (i) a metodologia utilizada pelo fiscal autuante na quantificação do suposto crédito inadimplido não passa de uma indevida presunção feita a partir das notas fiscais emitidas pelos fornecedores; (ii) grande parte do ICMS-DIFAL cobrado já foi objeto de pagamento na apuração mensal do tributo devido, e (iii) há, ainda cobrança indevida de ICMS-DIFAL que já foi objeto de recolhimento antecipado, por substituição tributária, pelo próprio remetente da mercadoria.

Da análise das peças processuais, relativa à exigência do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 301.584,81, relativas às notas fiscais constantes às fls. 10 a 46 do PAF, com demonstrativo de débito apurado à fl. 06, verifica-se que são pertinentes as alegações de defesa, pois o próprio Fiscal Autuante acata a tese da defesa em sua informação fiscal, corrigindo a exigência fiscal para o valor de R\$ 6.882,89, já que não consta prova do pagamento do diferencial de alíquota em relação a algumas notas fiscais na forma relacionada no demonstrativo à fl. 182, que faz parte integrante de sua informação.

Dado ciência do resultado da Informação Fiscal nos termos da legislação vigente, por via postal, conforme se observa dos documentos acostados aos autos às fls. 187 e 190, o autuado se mostrou silente.

Assim, diante de tais considerações, a infração subsiste em parte, no valor de R\$6.882,89. Em consequência, observo que o demonstrativo de débito original da Infração deve ser alterado para o seguinte:

Dt. Ocorr.	Dt. Vencto.	Valor Histórico – R\$
31/01/2011	20/02/2011	48,64
30/04/2011	20/05/2011	14,97
31/05/2011	20/06/2011	491,58
30/06/2011	20/07/2011	15,82
31/08/2011	20/09/2011	54,39
30/09/2011	20/10/2011	157,83
30/11/2011	20/12/2011	2.054,71
31/12/2011	20/01/2012	4.044,95
Total Infração 01		6.882,89

Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 é a devida para a infração cometida, não sendo este órgão julgador competente para declarar sua constitucionalidade, em relação ao aspecto de que tal penalidade seja confiscatória ou desproporcional, na forma do art. 167, inciso I do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Não obstante o autuante ter acatado a tese da defesa, merece destaque, em sua informação fiscal, a observação de que não teria conseguido identificar no Sistema da SEFAZ os recolhimentos antecipados por substituição tributária, objetos da citada tese, relativos às Notas Fiscais

constantes do demonstrativo que indica em sua informação fiscal à fl. 182. Logo, em respeito ao princípio da indisponibilidade do crédito tributário, bem assim da verdade material, recomendo à autoridade fazendária competente para determinar a verificação do efetivo ingresso dos referidos recursos aos cofres público do Estado da Bahia.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$6.882,89.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298929.0001/13-7** lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.882,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea ‘f’, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2013.

JOSE CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR