

A. I. Nº - 298620.0001/13-8
AUTUADO - A. TELECOM
AUTUANTE - LUIZ CLÁUDIO CONCEIÇÃO REGO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06/11/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0267-03/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em fase defensiva contribuinte elide a acusação. Infração insubstancial. 2. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte não traz aos autos as provas necessárias para elidir a infração. Fato caracterizado. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LIVRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multas de 10% e 1% respectivamente, do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Ajuste realizado pelo autuante quando da informação fiscal reduz valores cobrados. Infrações parcialmente subsistentes. 4. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/03/2013, exige crédito tributário no valor de R\$62.961,42 em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de junho e setembro de 2008 e outubro de 2009, no valor de R\$85,60, acrescido da multa de 60%;
2. deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de abril de 2008 no valor de R\$49.721,03, acrescido da multa de 60%;
3. deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho e julho, setembro a dezembro de 2010, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor da mercadoria, pelo descumprimento da obrigação acessória, no valor de R\$1.699,33;
4. deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a julho, setembro, novembro e dezembro de 2008, janeiro, abril, setembro, novembro e dezembro de 2009, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor da mercadoria, pelo descumprimento da obrigação acessória, no valor de R\$187,65;
5. falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados, conforme livro registro de Saídas, cópia fl. 34, no valor de R\$11.267,81, no mês de novembro de 2008, acrescido da multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa fls.51/66, através de advogados, procuração fls.71/73. Diz que a impugnação é tempestiva. Transcreve as infrações afirmando que o auto de infração não merece prosperar.

A respeito da infração 01 diz que a falta de recolhimento do ICMS na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento não ensejou nenhum prejuízo ao Fisco Estadual, tendo em vista que a Impugnante abateu o saldo credor do tributo em sua escrita fiscal.

Transcreve os arts. 5º e 6º do Decreto Estadual nº 6.284/1997 (RICMS/BA), que dispõe sobre o fato gerador e a base de cálculo do ICMS, no que respeita ao recolhimento do diferencial de alíquotas.

Por fim, reproduz o art. 111 do RICMS/BA, que especifica quais os valores que devem compor o débito fiscal, para fins de cálculo do valor a recolher a título de ICMS.

Entende que da leitura conjunta dos dispositivos legais transcritos, tem-se que, quando da aquisição de mercadorias destinadas ao uso do estabelecimento de contribuinte, de empresas sediadas em outras unidades da Federação, deverá o contribuinte baiano efetuar o recolhimento aos cofres públicos dos valores correspondentes ao diferencial de alíquota.

No entanto, diz que na hipótese dos autos, a despeito de a Impugnante não ter efetuado o recolhimento dos valores correspondentes ao diferencial de alíquotas do ICMS, abateu em sua escrita fiscal os valores correspondentes ao saldo credor do tributo, não havendo que se falar, portanto, em qualquer prejuízo ao Erário.

Afirma ter juntado cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS, que demonstrariam que realizou o abatimento do saldo credor do ICMS, uma vez que não houve qualquer diminuição do valor do tributo a ser recolhido aos cofres públicos. Conclui ter demonstrada a insubsistência da Infração 01, tendo em vista que a conduta praticada não ensejou em qualquer prejuízo ao Erário.

Relativamente à infração 02, observa que as operações por ele praticadas não se constituem no fato gerador do ICMS, uma vez que se constituem em simples remessas do bem do ativo para uso fora do estabelecimento, merecendo ser prontamente cancelada do Auto de Infração impugnado.

Observa que 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.

Observa que o artigo 110 do Código Tributário Nacional reza que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pela Lei Orgânica dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

No caso sob análise, assevera que a simples remessa dos bens do ativo da Impugnante para serem usadas fora do seu estabelecimento, 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 bem.

Registra que consoante determina a legislação de regência, a Impugnante emitiu as correspondentes Notas Fiscais para acompanhar os bens do seu ativo remetidos para utilização fora de seu estabelecimento, sem destaque do imposto, tendo sido anotado como Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP nº 6554, que trata da seguinte situação: “*Classificam-se neste código as remessas de bens do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento.*” Para reforçar sua tese reproduz jurisprudência.

Requer o cancelamento do Auto de Infração ora impugnado tendo em vista que a remessa de bens do ativo para utilização fora do estabelecimento não se subsume à hipótese de incidência do ICMS.

A respeito das Infrações 03 e 04, diz que é imputado à Impugnante, a falta de escrituração de notas fiscais de Entradas referentes a mercadorias sujeitas à tributação do ICMS (Infração 03) e

não sujeitas à tributação do gravame (Infração 04). Afirma que procedeu à escrituração das notas fiscais de Entradas emitidas por terceiros, em seus livros de Registro de Entradas referentes aos anos calendário de 2008 e 2009. A título exemplificativo, cita as notas fiscais registradas sob os nºs 470.815, 695.027, 740.120, 51.754 e 54.640, as quais foram regularmente escrituradas.

Afirma que é evidente o equívoco em que incorreu a autoridade fiscalizadora, pois os documentos fiscais apontados no Auto de Infração foram regularmente escriturados e nessas condições, o Auto de Infração deve ser cancelado.

Sobre a infração 05, falta de recolhimento do ICMS - Comunicação, correspondente ao período de apuração de novembro/2008, sustenta que as operações realizadas estão acobertadas pelo diferimento do recolhimento do ICMS - Comunicação, razão pela qual nada lhe pode ser exigido a tal título. Sobre a matéria reproduz a Cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98.

Diz que pelo dispositivo citado, as operações correspondentes aos serviços de comunicação prestados entre empresas de telecomunicação serão acobertadas pelo diferimento do recolhimento do ICMS - Comunicação, para o momento da cobrança do serviço prestado ao usuário final, ou seja, na hipótese ora debatida, o dispositivo em comento autoriza o diferimento do recolhimento do ICMS - Comunicação incidente na operação antecedente, a ser pago pelo usuário final.

Diz que tendo em vista que as operações que foram objeto de tributação por parte do Fisco baiano referir-se a prestações de serviços de comunicação entre Empresas prestadoras de serviços de comunicação, estaria correta a conduta por ela praticada ao deixar de levar os valores destacados nos documentos fiscais à tributação do ICMS, tendo em vista que o recolhimento do tributo ficou diferido para o momento da emissão da fatura ao usuário final.

Nessas condições, afirma não restar dúvidas quanto ao fato de que à Impugnante não pode ser imputado o recolhimento do ICMS - Comunicação objeto do lançamento fiscal ora impugnado, uma vez que a Cláusula Décima do Convênio ICMS 126/98 determina que o recolhimento do tributo seja diferido para o momento da emissão da fatura ao usuário final. Requer o cancelamento integral do auto de infração.

O autuante presta informação fiscal fls. 107 a 109. Repete as infrações imputadas ao autuado e suas razões defensivas.

Sobre a infração 01, diz acatar a impugnação do defendant, visto que o valor autuado aparece registrado no seu livro Registro de Apuração do ICMS.

A respeito da infração 02, diz que o autuado alega que a operação foi de simples remessa de bem do immobilizado para uso fora do estabelecimento, entretanto, a autuação foi decorrente de não apresentação da documentação fiscal, o que impossibilitou a fiscalização de validar a operação. Observa que nem mesmo quando da sua defesa esta providencia foi tomada, portanto mantém esta infração.

No tocante às infrações 03 e 04, informa que a análise dos livros de Registro de Entradas enviados pelo autuado, comprova que as notas fiscais de Entradas não foram registradas em sua escrita fiscal. No entanto, sugere que a infração 03 seja reduzida para R\$378,21 e a infração 04 para R\$90,35, considerando que constatou no levantamento fiscal inerente a estas infrações, notas fiscais de Saídas.

Relativamente a infração 05 esclarece que embora o autuado alegue corretamente que as operações realizadas estão acobertadas pelo diferimento, a autuação decorreu da não apresentação dos referidos documentos fiscais, fato que impossibilitou a fiscalização de validar a operação.

Refaz os demonstrativos referentes às infrações 03 e 04 e anexa cópia do livro de Entradas, fls. 110/140. Conclui afirmando acolher pleito da defesa com relação à infração 01 e parcialmente no tocante às infrações 03 e 04, ratificando a autuação dos demais itens do auto de infração.

O autuado recebeu os novos demonstrativos e tomou ciência da informação fiscal fls.142/146 e não se manifestou.

VOTO

Trata-se de exigência fiscal referente a 05 (cinco) infrações: 1. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento; 2. falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; 3. deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal; 4. deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal; 5. falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados, conforme livro registro de Saídas.

Compulsando os autos vejo que os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 06 a 13, discriminam todos os dados utilizados na apuração dos valores que estão sendo exigidos nesse lançamento fiscal. O auto de infração está fundamentado em diplomas legais vigentes e em demonstrativos e documentos dos quais foram dados cópias ao autuado mediante afirmação de recebimento, de modo a possibilitar-lhe o exercício do contraditório com plena garantia da ampla defesa.

No mérito, na infração 01, o autuado afirmou que a falta de recolhimento do ICMS na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento não ensejou nenhum prejuízo ao Fisco estadual, tendo em vista que abateu o saldo credor do tributo em sua escrita fiscal.

Na informação fiscal o autuante diz acatar a impugnação do defendant, visto que o valor autuado aparece registrado no seu livro Registro de Apuração do ICMS. Infração insubstancial.

Relativamente à infração 02, falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nas razões defensivas o contribuinte observa que as operações por ele praticadas não se constituem no fato gerador do ICMS, uma vez que se referem a simples remessas do bem do ativo para uso fora do estabelecimento e que 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.

A respeito desta alegação, o autuante esclarece que a autuação foi decorrente da não apresentação da documentação fiscal, o que impossibilitou a fiscalização de validar a operação. Observa que nem mesmo quando da sua defesa esta providência foi tomada.

Entendo correto o procedimento do autuante uma vez que, caberia ao autuado apresentar os documentos fiscais listados no levantamento fiscal com a finalidade de comprovar suas alegações.

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. Assim, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

As infrações 03 e 04 referem-se a aplicação de multa pela falta de registro de notas fiscais de Entradas de mercadorias tributáveis e não tributáveis, respectivamente.

Nas razões defensivas, o autuado afirma que procedeu à escrituração das notas fiscais de Entrada emitidas por terceiros, em seus livros de Registro de Entradas referentes aos anos calendário de 2008 e 2009. Afirma que a título exemplificativo, cita as notas fiscais nº 470.815, 695.027, 740.120, 51.754 e 54.640, as quais teriam sido regularmente escrituradas.

Na informação fiscal, o autuante diz que a análise dos livros de Registro de Entradas enviados pelo autuado, comprova que as notas fiscais de Entradas não foram registradas em sua escrita fiscal. No entanto, sugere que a infração 03 seja reduzida para R\$378,20 e a infração 04 para R\$90,35 considerando que constatou no levantamento fiscal inerente a estas infrações, notas fiscais de Saídas.

Acolho o entendimento do autuante considerando que teve por base os livros e documentos apresentados pelo contribuinte para a fiscalização. As infrações 03 e 04 são parcialmente subsistentes nos termos dos demonstrativos elaborados pelo autuante fls. 110/140.

No tocante à infração 05, falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviços de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados, conforme livro registro de Saídas, o autuado contesta afirmando que esta infração é indevida, uma vez que a Cláusula Décima do Convênio ICMS 126/98 determina que o recolhimento do tributo seja deferido para o momento da emissão da fatura ao usuário final.

O autuante na informação fiscal esclareceu que embora o autuado alegue corretamente que as operações realizadas estão acobertadas pelo diferimento, mais uma vez, a autuação decorreu da não apresentação dos referidos documentos fiscais, fato que impossibilitou a fiscalização de validar a operação.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que durante a ação fiscal, o sujeito passivo foi intimado inúmeras vezes para apresentação de documentos fiscais: 1^a intimação fls.15/16, dia 21/12/2012; 2^a intimação fls. 18/19 via email, dia 15/02/2013; 3^a intimação dia 14/03/2013 fls. 26/32, e até o presente momento não se desincumbiu de apresentar estes documentos, o que resultou na exigência fiscal dos itens 02 e 05 deste Auto de Infração.

Neste caso, vejo que o fator determinante para a autuação, foi o fato de o autuado ter deixado de comprovar com os documentos necessários que as operações alvo da autuação, se encontravam sob o amparo do diferimento.

Sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, também o entendo incursa nas disposições do art. 142 do RPAF/99, que abaixo reproduzo:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298620.0001/13-8, lavrado contra **A. TELECOM**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.988,84**, acrescido de multa de 60% prevista no inciso II, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$468,55** prevista nos incisos IX, XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR