

A. I. N° - 269135.0004/14-8  
AUTUADO - TIM CELULAR S/A  
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA  
- GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
INTERNET - 29.07.2014

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0138-02/14**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Os Protocolos 104/09 e 109/09 transferiram, para o estabelecimento remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e destinadas ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento adquirente. Acatadas as alegações defensivas. Infração elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2014, exige ICMS no montante de R\$207.215,93 em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – 06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, assim como na aquisição de mercadorias destinadas ao consumo do próprio contribuinte, nos meses de janeiro a maio, e agosto a outubro de 2012. Valor da infração, R\$ 207.216,93. Multa proposta de 60% sobre o valor do imposto. Consta que “decorrente de cálculo incorreto do valor do imposto a recolher por diferencial de alíquota (DIFAL) e também de notas fiscais não lançadas no Relatório DIFAL. Sendo a carga tributária calculada conforme disposto no art. 87, inciso V do RICMS (Decreto 6.284/97). Tudo apurado conforme Anexo A e Relatório DIFAL todos apensos a este PAF”.

Constam dos autos: Demonstrativo Mensal do Total de ICMS Devido por DIFAL – Exercício 2012 (folha 05); Demonstrativo Mensal do Cálculo do Débito Diferencial de Alíquota – DIFAL (folhas 06 a 45); Termos de Intimação Fiscal nº 01 e 02 (folhas 47 e 48); CD de dados (folha 50); Recibo de arquivos eletrônicos (folha 52); Prorrogação de Termo de Início de Fiscalização (folha 53); Impugnação (folhas 62 a 95); informação fiscal (folhas 107 a 108).

A autuada apresenta impugnação às folhas 62 a 95, mediante a qual contesta o presente lançamento, apresentando as razões a seguir.

Preliminarmente, alega que, quando a autuação identifica a Impugnante como sujeito passivo da obrigação principal, o faz de forma equivocada, na medida em que a empresa ora qualificada nos autos também não é pessoa jurídica responsável pelo recolhimento do imposto. Requer, por conseguinte, o cancelamento do auto de infração.

No mérito, frisa que, verificando a memória de cálculo das diferenças apontadas pelo fisco, é possível constatar que os valores autuados são decorrentes de notas fiscais escrituradas nos CFOP's 2.406 e 2.407. Para um melhor entendimento, faz a descrição dos respectivos CFOP's como “2.406 - Compra de bem para o ativo imobilizado cuja mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária” e “2.407 - Compra de mercadoria para uso ou consumo cuja mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária”.

Argumenta que se classificam nos referidos códigos as compras de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento e de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do contribuinte, em operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Alega que as notas fiscais escrituradas nos citados CFOP's, são decorrentes de mercadorias que fazem parte de Protocolos nos quais os Estados dos fornecedores remetentes das mercadorias e o Estado da Bahia são signatários.

Transcreve a Cláusula Primeira dos Protocolos nº 109/09 e 104/09, ambos celebrados entre a Bahia e São Paulo, para apoiar a tese de que a responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquotas é do estabelecimento remetente, e não do destinatário.

Conclui, portanto, que para as mercadorias listadas no Anexo Único dos citados Protocolos, o recolhimento do Diferencial de Alíquota é de responsabilidade do fornecedor remetente na qualidade de substituto tributário. Logo, raciocina, não há qualquer motivação para imputar à Impugnante a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, pois ainda que se considerasse a existência de diferencial de alíquota a ser pago, tal seria devido pelas empresas que enviaram os produtos, e não pela Impugnante.

Desse modo, a fim de comprovar o que está sendo alegado, a Impugnante junta a planilha anexa (Doc. 03) com detalhes das mercadorias constantes em algumas das notas fiscais que estão sendo questionadas pelo fisco (Doc. 04), selecionadas por amostragem, apontando exatamente qual a base legal (Protocolo) está sendo utilizada para imputar ao remetente da mercadoria a responsabilidade pelo seu devido recolhimento.

Alega, por fim, que, quando a autuação identifica a Autuada como sujeito passivo da obrigação principal, o faz de forma equivocada, na medida em que – além de não haver nenhum diferencial de alíquota a ser cobrado – a empresa ora qualificada nos autos também não é pessoa jurídica responsável pelo recolhimento do imposto.

Quanto à multa proposta pelo lançamento, afirma que, entre os princípios que regem o Direito Tributário, destaca-se o da vedação do uso de tributo com efeito do confisco – princípio do não-confisco – previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal, de fundamental importância na defesa da integridade do patrimônio dos contribuintes, no respeito ao direito de propriedade e ao princípio da capacidade contributiva (arts. 5º, inciso XXII, 170, inciso II e 145, § 1º, da Constituição Federal).

Prosegue, lecionando que, segundo o aludido princípio, o ente tributante não pode subtrair mais do que uma parcela razoável do patrimônio do contribuinte, sob pena de incorrer em confisco, que se caracteriza, apropriação arbitrária do bem do contribuinte. A vedação constitucional é no sentido de que, a pretexto de exercer a atividade de imposição ou lançamento de imposto ou multa, o Poder Público se aposse dos bens do contribuinte. Em apoio ao seu ponto de vista, cita os mestres Antônio Roberto Dória e Ricardo Lobo Torres. Evoca a lição de Maria Tereza de Cárcamo Lobo, segundo a qual “as penalidades devem sujeitar-se à vedação constitucional do não-confisco”.

Salienta que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI – MC nº 1.075/DF, o Relator Ministro Celso de Mello, já se manifestou expressamente no sentido de que o princípio do não-confisco previsto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, igualmente se aplica às multas. Torna-se, portanto, evidente, segundo a impugnante, que o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal no sentido da aplicação do princípio do não-confisco às penalidades estabelecidas pela legislação tributária, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Com isso, questiona a legalidade do procedimento adotado pelo Fisco, assim como a multa de 60% aplicada, na medida em que manteve a aplicação da sanção sem a devida observância do princípio do não-confisco.

Arremata, asseverando que a multa aplicada ao caso, na realidade, tem perfil confiscatório, defeso pelo art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, demonstrando a necessidade de reforma da decisão, objetivando-se o cancelamento do auto de infração.

Por todo o exposto, requer a Impugnante: (i) Que seja dado provimento à Impugnação, para que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, tendo em vista os motivos expostos; e (ii) Caso assim não seja entendido, o que se alega por mera argumentação, seja a MULTA reduzida a patamar razoável, uma vez que aplicada no percentual de 60% sobre o valor do imposto, demonstrando perfil totalmente confiscatório, desrazoada e desproporcional.

Requer, por fim, que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados ERNESTO JOHANNES TROUW, OAB/RJ Nº 121.095 e FÁBIO FRAGA GONÇALVES, OAB/RJ Nº 117.404, com escritório na Avenida Rio Branco nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ.

Termos em que, pede deferimento.

Os autuantes prestam informação fiscal às folhas 107 a 108, tecendo as considerações a seguir.

Afirmam, relativamente aos argumentos apresentados na defesa, relativos à infração 01, que concordam com os argumentos do contribuinte no sentido de que a diferença de ICMS a recolher apontada pela fiscalização decorreu de inclusão equivocada de Notas Fiscais com CFOP 2406 e 2407. Informam, ainda, que no momento dos levantamentos fiscais para apuração do diferencial de alíquota (DIFAL) ocorreu, por uma lapso, a inclusão indevida dos CFOP 2406 (Compra de bem do ativo imobilizado cuja mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária) e 2407 (Compra de mercadoria para uso ou consumo cuja mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária recolher). Dessa forma, apurou-se um montante de ICMS devido equivocado.

Tendo em vista as considerações apresentadas, recomendam o acolhimento da defesa apresentada pela impugnante, contemplando as alegações da autuada integralmente, devido ter ocorrido lapso na apuração do ICMS devido por DIFAL.

Esse é o relatório.

## VOTO

Preliminarmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo evidenciados de acordo com os demonstrativos acostados (folhas 06 a 13), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

A autuada contestou integralmente o lançamento sob a alegação de que a responsabilidade tributária pelo recolhimento do diferencial de alíquotas é do fornecedor remetente, com base na Cláusula Primeira dos Protocolos 104/09 e 109/09, conforme se pode constatar a partir da leitura de trecho da impugnação, às folhas 64 e 65, abaixo reproduzido.

*“... as notas fiscais escrituradas nos citados CFOP’s, são decorrentes de mercadorias que fazem parte de Protocolos nos quais os Estados dos fornecedores remetentes das mercadorias e o Estado da Bahia são signatários.*

...

*Portanto, para as mercadorias listadas no Anexo Único dos citados Protocolos, o recolhimento do Diferencial de Alíquota é de responsabilidade do fornecedor remetente na qualidade de substituto tributário.”*

Em sua informação fiscal, os autuantes acataram integralmente as razões defensivas, tendo atribuído o lançamento a um lapso, conforme se pode depreender da leitura de trecho da peça citada, à folha 107, abaixo transcrito.

*“... concordamos com os argumentos do contribuinte que apontou que a diferença de ICMS a recolher apontada pela fiscalização decorreu de inclusão equivocada de Notas Fiscais com CFOP 2406 e 2407. No*

*momento dos levantamentos fiscais para apuração do diferencial de alíquota (DIFAL) ocorreu por uma lapso a inclusão indevida dos CFOP 2406 ...e 2407...”*

Assim, deixa de haver questão controvertida a ser resolvida por este colegiado, assistindo razão à autuada em sua argumentação. Diante do exposto, julgo improcedente o auto de infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0004/14-8**, lavrado contra **TIM CELULAR S/A**.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR