

A. I. Nº - 298636.0084/13-9
AUTUADO - INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EDSON JOSE DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVICOS
INTERNET - 15. 08. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-01/14

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Sujeito passivo apresenta documentações que elidem parcialmente a acusação fiscal. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/09/2013, exige crédito tributário no valor de R\$84.117,01, conforme demonstrativos e documentos acostados às fls. 05 a 13 dos autos, em razão da constatação da seguinte irregularidade: "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, relativo aos meses janeiro a abril e agosto de 2011. Lançado ICMS de R\$84.117,01, mais multa de 60%."

O autuado apresenta defesa às fls. 21 a 29, com documentos anexos, alegando ser uma pessoa jurídica regularmente constituída, cuja atividade principal é a prestação de serviços de telecomunicações, conforme se constata em seu Estatuto Social. Diz que foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração em epígrafe, com o suposto não recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, em que tal imputação culminou na cobrança de R\$153.282,28 (*sic*), sendo 60% a título de multa pelo suposto descumprimento da obrigação tributária.

Destaca que o auto de infração em epígrafe decorre pelo suposto recolhimento a menor do Diferencial de Alíquota sobre as notas fiscais de entrada correspondentes ao período de janeiro a abril e agosto de 2011, onde o fisco alega que os valores apurados no livro Registro de Entrada estão à maior do que a memória de cálculo utilizada para fins de recolhimento.

Informa que tal alegação não procede, visto que a memória de cálculo indicada pela apuração de ICMS está de acordo com a escrituração constante no livro Registro de Entradas (DOC. 02). Contudo diz que a utilização de código de arrecadação incorreto no documento de arrecadação pode ter levado o fisco a acreditar que o recolhimento não tenha sido efetuado. Por tal razão, diz que, o pagamento do ICMS DIFAL foi corretamente efetuado para os períodos de janeiro, fevereiro, março e abril de 2008, conforme comprovantes de pagamento que diz anexar (DOC. 03), não havendo que se falar em não recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação. Nesse sentido, afirma que deve ser cancelado o Auto de Infração, uma vez que a obrigação tributária foi corretamente cumprida.

Ademais diz que, além da violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação, tem, inegavelmente, caráter confiscatório e não guarda qualquer relação com a infração supostamente cometida. Destaca que, em razão da suposta infração, foi aplicada a multa prevista no artigo 42, f, "i" da Lei nº 7.014/96, de 60%, que descreve.

Sobre a ilegalidade e o caráter confiscatório das multas impostas aos contribuintes decorrem da violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como ao disposto no

artigo 150, IV, da Constituição Federal, que também descreve, concluindo que é inegável e evidente a ilegalidade da multa aplicada, tendo em vista o excessivo encargo que está sendo imposto, uma vez que deveria ter sido aplicada uma multa única, fixada de acordo com a gravidade da infração cometida.

Destaca posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à possibilidade de aplicação do princípio de vedação ao confisco às multas, quando estas são arbitrariamente impostas, caracterizando desproporcionalidade com a infração. Diz que, em recente decisão, de setembro de 2013, o STF, através de decisão monocrática exarada pelo Ministro Celso de Mello, considerou inconstitucional multa de 25% cobrada pelo Estado de Goiás por inconsistências realizadas pelas empresas sobre o ICMS perante o Fisco, demonstrando o não cabimento de multas abusivas em valores até menores do que os do presente caso.

No mesmo sentido, diz que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quanto ao mérito de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551, julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do artigo 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, os quais dispõem sobre as multas punitivas.

As multas administrativas são o tipo de penalidade pecuniária que buscam compensar o possível dano causado pelo contribuinte ao Estado com a prática da infração. No entanto, se a multa é fixada em valor excessivo se comparado a infração cometida, tal penalidade toma caráter de ato confiscatório e se desvia por completo da sua finalidade, impondo-se a sua anulação judicial. Aduz que este é o entendimento pacífico em todos os Tribunais.

Diante de todo o exposto, requer a ora Impugnante o que se segue: (i) Seja dado provimento a presente Impugnação, para que o presente Auto de Infração seja cancelado, diante do recolhimento do ICMS; (ii) Caso assim não se entenda, o que se alega por mera argumentação, seja reduzida a multa de 60% (sessenta por cento) aplicada sobre o valor do imposto, uma vez que é totalmente desarrazoada, desproporcional e com caráter confiscatório.

Requer, ainda, que todas as intimações referentes ao presente processo sejam feitas, exclusivamente, em nome de Ernesto Johannes Trouw, OAB/RJ nº 121.095 e Fábio Fraga Gonçalves, OAB/RJ nº 117.404, que receberão as intimações na Av. Rio Branco, nº 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.040-004.

O autuante presta Informação Fiscal, à fl. 180, dizendo que o autuado apresenta em sua defesa uma alegação completamente equivocada. Observa que o Auto de Infração não faz nenhuma referência a memória de cálculo utilizada pelo contribuinte, o fato da memória de cálculo coincidir com o livro de entradas fortalece o Auto de Infração.

Aduz que está sendo cobrado é a diferença entre os valores lançados no livro de entradas (ICMS referente ao diferencial de alíquota) e os valores recolhidos através de DAE's nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e agosto de 2011.

Conclui afirmando que a defesa não apresenta nenhuma prova que conteste o que está sendo cobrado, desta forma pede que o Auto de Infração seja julgado procedente para que a Fazenda Pública cobre o que lhe é devido.

Após a Unidade Fazendária, IFEP/SERVIÇO, em atendimento a solicitação do CONSEF (fl. 183) de intimar o autuado (fl. 184) a anexar arquivo da defesa administrativa em arquivo magnético, o mesmo fez juntada de comprovantes de recolhimento, que diz serem relativos ao ICMS DIFAL, referente aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2011, conforme os documentos às fls. 188 a 203 dos autos, onde aduz referir aos créditos reclamados na presente autuação.

Daí que, em sessão suplementar do dia 28/03/2013, a 6ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que fossem adotadas as seguintes providências:

1. analisar os novos documentos apresentados pelo autuado acostados aos autos às fls. 186 a 203, havendo alteração do valor originalmente exigido no presente auto de infração, elaborar novo demonstrativo, com manifestação expressa em relação aos novos fatos juntados, já que o autuado diz não haver mais débito tributário a ser reclamado, uma vez que afirma ter integralmente pago (fl. 186)

2. o órgão competente da IFEP deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos documentos acostados aos autos, caso tenha aduzido novo demonstrativo de débito para a autuação em análise, objeto do Auto de Infração em tela, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18, do mesmo diploma legal, com a indicação de 10 (dez) dias para se manifestar, querendo.

Às fls. 213 a 214 dos autos o Fiscal Autuante apresenta nova informação fiscal, acostando um quadro demonstrando de todo o recolhimento de ICMS DIFAL, no período da ação fiscal, decorrente de aquisições do ativo imobilizado originários de outras UF, totalizando o montante de R\$312.017,11. Em seguida apresenta um quadro demonstrando os valores de ICMS DIFAL lançado no livro fiscal próprio, também no mesmo período da ação fiscal, que apresenta o montante R\$316.296,38.

Por conseguinte, relacionando os dois valores encontrados diz apurar ainda uma diferença de R\$4.279,27 de ICMS DIFAL a recolher. Afiança que tal diferença se deve ao fato do Auto de Infração considerar apenas os DAE's com mês de referencia do exercício de 2011, porém informa que muitas notas fiscais lançadas no livro de entrada em 2011 foram pagas com DAE's com mês de referencia do exercício de 2010. Tais notas se referem a bens adquiridos em 2010 que só foram lançados com atraso em 2011.

Em sendo assim, diz que o autuado só deve a fazenda pública R\$4.279,27 correspondente exatamente a diferença encontrada no mês de agosto de 2011, conforme demonstrado à fl. 13 dos autos.

Instado a manifestar à fl. 215 dos autos, o autuado, à fl. 218 dos autos, manifesta concordância com a conclusão da nova informação fiscal apresentada pelo autuante no que tange ao reconhecimento do pagamento correspondente ao valor de R\$312.017,11 de ICMS DIFAL para o período apurado.

No entanto quanto ao valor de R\$4.279,27, referente ao mês de agosto de 2011, diz reportar aos argumentos trazidos na impugnação inicial, visto que, à luz do seu entendimento, a memória de cálculo indicada pela apuração do ICMS está de acordo com a escrituração constante do livro registro de entrada, inclusive para o período indicado.

VOTO

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que para a acusação posta consta os dispositivos legais tidos como infringidos e está devidamente lastreadas em demonstrativos analíticos entregues em mídia e papel, conforme se pode observar nos documentos às fls. 05 a 14 dos autos.

Quanto à pretensão de que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos seus patronos, 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, CEP 20.040-004, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de apenas uma infração, que versa sobre a falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$84.117,01, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da

Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no período fiscalizado de 01/01/2011 a 31/12/2011, conforme os demonstrativos acostados às fls. 5/13 dos autos.

O autuado objeta sobre o mérito da autuação, alegando sua improcedência, visto que a memória de cálculo indicada está de acordo com a sua escrituração, contudo, a utilização de código de arrecadação incorreto no documento de arrecadação levou o fisco a acreditar que o recolhimento não tenha sido efetuado, porém não acostou nenhum documento de arrecadação que porventura pudesse comprovar tal assertiva.

Instado a manifestar sobre as considerações do autuante na sua informação fiscal (fl. 180) em que manteve todos os termos da autuação, o defendente acosta aos autos os DAE's (fls. 188/197) que diz relacionar ao recolhimento do imposto cobrado, relativo a todo o período da ação fiscal, destacando que não há que se falar de ICMS DIFAL a ser recolhido uma vez que fora recolhido integralmente.

O autuante, após analisar os novos documentos acostados às fls. 186 a 203 dos autos pelo defendente, por decisão a 6ª JJF, em pauta suplementar do dia 28/03/2013, diz restar o valor de R\$4.279,27, relativo ao mês de agosto de 2011 sob o argumento de que efetuando o somatório dos DAE's ICMS DIFAL relativo ao ano de 2011, correspondente ao período da ação fiscal, o valor encontrado de R\$312.017,11 (fl. 213) é menor do que os valores lançados na escrita fiscal de ICMS DIFAL, que totaliza o montante de R\$316.296,38 (fl. 214). Correlacionando os dois valores diz apurar o valor de R\$ 4.279,27 correspondente a ICMS DIFAL que o defendente deixou de recolher. Aliás, diz que tal diferença corresponde exatamente a diferença encontrada no mês de agosto de 2011 na forma do demonstrativo acostado à fl. 13 dos autos.

Provocado novamente a manifestar sobre o resultado da nova informação fiscal, o defendente diz concordar com a conclusão da diligência realizada no que tange ao reconhecimento do pagamento dos DAE's ICMS DIFAL correspondente ao valor de R\$312.017,11, porém diz não concordar com a diferença a recolher do ICMS DIFAL de R\$4.279,27, referente ao mês de agosto de 2011, sob a alegação de que a memória de cálculo indicada na autuação está de acordo com a sua escrita fiscal, o que, sem apresentar nenhum outro documento, não tem nenhum imposto a recolher.

Ora, se o defendente não objeta sobre o montante dos DAE's ICMS DIFAL recolhidos aos cofres do Estado no valor de R\$312.017,11, ao mesmo tempo diz que os valores apurados na memória de cálculo apresentado pelo autuante no valor de R\$316.296,38 espelha o que efetivamente encontra lançado na sua escrita fiscal, resta claro que deixou de recolher a quantia de R\$4.279,27 de ICMS DIFAL no período da ação fiscal, que, como bem destaca o autuante, corresponde ao valor apurado no mês de agosto de 2011.

Em sendo assim, entendo subsistente parcialmente a autuação no novo valor apontado de R\$4.279,27, pelo autuante em sua nova informação fiscal (fl. 214), relativo ao ICMS DIFAL que deixou de ser recolhido pelo defendente, correspondente a data de ocorrência 31/08/2011, dado que os DAE's e demais cópias de demonstrativos acostados às fls. 188/203 dos autos não são suficientes para elidir a atuação na sua totalidade.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298636.0084/13-9** lavrado contra **INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento

do imposto no valor de **R\$4.279,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “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, 22 de julho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR