

PROCESSO - A. I. Nº. 269135.0002/13-7
RECORRENTE - TIM CELULAR S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0014-03/15
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04/09/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0208-11/15

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ajustes realizados pelos autuantes reduziram o valor originalmente cobrado. Infração parcialmente procedente. Indeferido pedido de diligência. Não acatado pedido de redução das multas. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$81.501,17, acrescido de multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Consta na descrição da infração as seguintes informações:

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 6284/97. Tudo apurado conforme Anexo A e Relatório DIFAL, todos apensos a este PAF.

Foi apresentada Defesa tempestiva às fls. 58/67 e Informação Fiscal às fls. 78/79. Depois da juntada de vários documentos por parte da empresa, os autos foram convertidos em diligência por duas vezes.

Após de concluída a instrução, a 3ª JF, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, conforme o seguinte voto, *in verbis*:

VOTO

Trata-se de exigência fiscal decorrente da falta de recolhimento do ICMS referente a diferença entre as alíquotas interna e interestaduais nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, oriundos de outras unidades da Federação.

Preliminarmente, registro que o presente Auto de Infração obedeceu, em sua lavratura, aos ditames do art. 39 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

O defendente solicitou diligência por estranho ao feito, para confirmar sua alegação de que as mercadorias descritas nas notas fiscais relacionadas no levantamento do autuante, não se tratavam de bens destinados ao seu ativo fixo.

Rejeito o pedido de diligência solicitado, diante do fato de entender que os dados constantes no processo são suficientes para a apreciação e deslinde da questão, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito, a cobrança do ICMS diferença de alíquotas está em conformidade com o art. 6º, § 1º, a Lei Complementar nº 87/96 que autorizou os Estados a legislar a respeito do ICMS decorrente da diferença entre as

alíquotas interna e interestadual nas operações objeto da presente discussão. Já a Lei Estadual nº 7.014/96 define a incidência (art. 2º) e ocorrência do fato gerador (art.5º). Portanto, é legal a exigência do ICMS relativo à diferença de alíquota.

Nas razões defensivas, o autuado alegou que o ICMS referente às notas fiscais destacadas no Auto de Infração, foi corretamente recolhido, não havendo que se falar em ausência do ICMS-Difal. Juntou documentos fiscais e DAEs afirmando tratar-se de provas de sua assertiva.

Em pauta suplementar, a 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência a fim de que os autuantes apreciassem os documentos fiscais acostados juntamente com a defesa do contribuinte.

Em cumprimento a diligência solicitada, os autuantes declararam que após a devida análise constataram que a maioria das NFs juntadas pelo autuado, realmente, são relativas a produtos que foram destinados ao ativo fixo da empresa. Retiraram do levantamento fiscal, as notas fiscais que consideraram indevida a cobrança do ICMS DIFAL, por não se tratar de aquisições de bens para integrar o ativo fixo da empresa. Geraram novo Demonstrativo de Débito com os valores a serem cobrados após os ajustes, conforme Anexo 02 (fl.206). Atenderam a solicitação do sujeito passivo, no sentido de excluir duas notas fiscais, a de nº 15.167 e 15.258 (fls.266/267), que permaneciam no levantamento fiscal indevidamente, por tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Analizando os elementos que compõem o PAF constato que após as diligências realizadas, todas as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte no CD fl.188-A, quando de sua impugnação, foram impressas (fls.208/258) e verifíco que os produtos relacionados nas referidas NFs referem-se a produtos destinados ao ativo fixo da empresa.

Vejo que o autuado tomou ciência dos ajustes realizados pelos autuantes e não mais se manifestou. Acolho o novo Demonstrativo de Débito fl. 274, que foi elaborado pelos autuantes a vista dos documentos apresentados pela empresa e considero o Auto de Infração parcialmente procedente remanescendo em R\$39.767,46.

Quanto ao pedido de redução das multas, sob o argumento de que agiu de boa fé não cabe nessa instância de julgamento administrativo fiscal, tendo em vista que tal arguição deve ser dirigida à Câmara Superior, vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal.

Sobre o argumento de que a multa aplicada seria inconstitucional e confiscatória, observo que em conformidade com o disposto no artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Destaco que foi solicitado que 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, e não há óbice para o seu cumprimento, contudo o não atendimento não implica nulidade, nos termos do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Inconformado, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 296 a 302, propalando que a Decisão de piso deve ser reformada.

Após apontar a tempestividade do Recurso e um breve realto dos fatos, passa a tecer suas razões recursais.

Diz que foi comprovado pelo recorrente e confirmado pelo autuante, parte das notas fiscais autuadas são referentes à mercadorias que não foram destinadas ao ativo fixo e mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, o ICMS-DIFAL não é devido pelo recorrente.

Relata que, mesmo diante desses fatos, foi mantida a autuação para as demais notas fiscais entendendo-se que as mercadorias constantes das mesmas foram destinadas ao ativo fixo da empresa.

Novamente alega que para essas notas fiscais mantidas no julgamento de base, os valores referentes ao imposto foram corretamente recolhidos, não havendo que se falar em ausência do ICMS-DIFAL.

Entretanto, sustenta que “a empresa encontra dificuldades em fazer prova do pagamento realizado” e que o Poder Público deve esmerar-se em revelar a exata expressão da realidade dos fatos, a verdade material, real, não sendo bastante a verdade formal, processual. Assevera que existe a necessidade de nova diligência.

Adiante, passa a falar sobre o princípio da oficialidade, para então dizer que é dever do julgador determinar, de ofício, a produção de uma prova pericial em um processo administrativo, *“se ele chegar à conclusão de que esta prova é necessária para a revelação da realidade do fato que está em discussão”*.

Fala que uma Decisão administrativa tributária jamais poderá concluir-se de uma ou de outra forma com base em insuficiência de provas. Arremata sua tese alegando que *“não pode simplesmente alegar o Fisco que o comportamento do contribuinte de apresentar notas fiscais em momentos diversos do processo, tem prejudicado substancialmente o bom andamento do julgamento impedindo que o mesmo ocorra de forma célere e definitiva”*.

Aduz que, quando resta demonstrado a boa-fé do contribuinte em esclarecer os fatos, os autos devem baixar em diligência, antes de julgá-lo, afirmando que *“há a necessidade imperiosa de baixar os autos em diligência para verificar-se o correto pagamento do imposto referentes às notas fiscais constantes das fls. 208/258, uma vez que o Fisco tem condições de fazer essa verificação através do sistema da Secretaria de Fazenda”*.

Adiante, fala que é evidente caráter confiscatório da multa aplicada.

Assevera que se constatado que há algo devido, deverá haver aplicação de multa. Porém, coloca que a multa não pode ser calculada com base no valor do tributo a ela referente, mesmo se tratando de um caso de inadimplência de obrigação principal, *“pois fica além do razoável e proporcional”*.

Diz ser clara e inegável a ilegalidade da multa aplicada tendo em vista o excessivo encargo que está sendo imposto à Impugnante, uma vez que deveria ser aplicada uma multa única, fixada de acordo com a gravidade da infração cometida.

Nesta senda, junta posicionamento do STF sobre o tema, consoante a ementa do RE 523471 AgR, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa e menção a Decisão monocrática exarada pelo Ministro Celso de Mello.

Ao final de seu arrazoado, pede que seja dado provimento ao seu Recurso Voluntário, para que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente ou alternativamente, que os autos sejam baixados em diligência para que sejam confirmadas sua alegações de pagamento, em respeito ao princípio da verdade material.

Sucessivamente, clama que a multa aplicada seja reduzida, por ser totalmente desarrazoada, desproporcional e com caráter confiscatório.

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fl. 308, o i. Procurador José Augusto Martins Júnior opina o Improvimento do apelo do autuado *“uma vez que a inconformidade lançada pelo recorrente não possui qualquer amparo documental, tratando-se duma evidente “contestação genérica, pois não há nos autos qualquer prova de pagamento do diferencial de alíquota referente as operações que foram não expurgadas pelo autuante”*.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão de piso.

O presente Auto de Infração foi lançado pela suposta falta de recolhimento de diferencial de alíquota na aquisição de mercadorias de outras unidades da federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, conforme o demonstrativo de fls. 06 a 44.

O Recorrente alegou a) que houve o correto pagamento do DIFAL, b) é necessária à diligência para comprovar no sistema da SEFAZ este pagamento, e; c) que a multa aplicada é confiscatória.

Primeiramente mesmo não sendo arguidas questões de específicas de nulidade, entendo que

todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Compulsando os autos, percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Quanto ao pedido de diligência, entendo que a mesma é desnecessária com base no art. 147, alíneas 'a' e 'b', pois refuto suficientes para formação de minha convicção, os elementos contidos no PAF e por entender que a diligência seria destinada a verificar documentos que estão na posse do requerente, sendo que a prova ou sua cópia, simplesmente poderiam ter sido juntada aos autos pelo Recorrente.

Aliás, é exatamente por este fato que aplico o artigo 143 do RPAF, uma vez que, a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por seu turno, a afirmativa de correto pagamento deve ser comprovada por meio de documentos fiscais, consoante a inteligência do art. 141 do RPAF.

Assim, como o Sujeito Passivo não traz nenhuma prova nova no seu Recurso para elidir as acusações remanescentes, entendo que as mesmas são subsistentes, segundo julgamento de piso e opinativo da PGE/PROFIS.

Infração 1 Procedente.

Com relação ao argumento recursal de que a multa é confiscatória, mesmo entendendo que em certas situações ela é elevada, lembro que a mesma está prevista na vigente Lei Estadual nº 7.014/96, portanto é legal.

Também não posso acatar o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada ao descumprimento de uma obrigação principal, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente deste tipo de obrigação, consoante o art. 158 do RPAF/99.

Pelo todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de *primo grau* que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269135.0002/13-7**, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.767,46**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS