

**A. I. N°** - 269135.0002/13-7  
**AUTUADO** - TIM CELULAR S.A.  
**AUTUANTES** - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**INTERNET** - 10/02/2015

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0014-03/15

**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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/09/2013, exige crédito tributário no valor de R\$ 81.501,17, acrescido da multa de 60% em razão da falta de recolhimento do 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 (infração 06.01.01), nos meses de janeiro, fevereiro, maio a agosto de 2011. A irregularidade ocorreu devido a cálculo incorreto do valor do imposto a recolher e também de notas fiscais não lançadas no relatório DIFAL, sendo a carga tributária calculada conforme disposto no art. 87, inciso V do RICMS/97, conforme anexo A e relatório DIFAL.

O autuado ingressa com defesa fls.58/67, mediante advogado, procuração fls.69/70, destacando sua tempestividade. Reproduz a infração que lhe foi imputada. Afirma que analisando os anexos do Auto de Infração, verificou que foram consideradas indevidamente pela ação fiscal as notas fiscais que relaciona, as quais somam os valores de R\$2.234,66. Isto porque, nos casos citados o ICMS-Difal não é devido, não podendo o Estado do Mato Grosso efetuar a cobrança do diferencial de alíquota sobre mercadorias que não eram destinadas ao ativo fixo da Impugnante. Afirma que no que tange às demais notas fiscais destacadas no Auto de Infração, os valores foram corretamente recolhidos, não havendo que se falar em ausência do ICMS-Difal.

Aduz 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. Transcreve o dispositivo da multa aplicada.

Afirma que 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 reproduz. Sobre a matéria transcreve jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e cita decisão do Ministro Celso de Mello.

Diz ser oportuno sobre o tema, lições do renomado tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho. Assevera que sempre que a multa cobrada foge ao patamar do razoável, o aplicador da lei pode perfeitamente reduzir o seu montante, inclusive com esteio no princípio geral de direito da razoabilidade - que, por ser um princípio, prevalece sobre a simples regra, na clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello.

Requer seja dado provimento a Impugnação, para que o Auto de Infração seja cancelado, diante dos argumentos expostos e caso assim não se entenda, o que se delega por mera argumentação,

seja reduzida a multa de 60% (sessenta por cento) aplicada sobre o valor do imposto, uma vez que é totalmente desrazoada, desproporcional e com caráter confiscatório.

Pede, 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.

Os autuantes prestaram informação fiscal, fls.78/79. Dizem que a autuada alega que “foram consideradas indevidamente pela ação fiscal, as notas fiscais que foram listadas, as quais somam os valores de R\$42.234,66”. No entanto, afirmam que a autuada não informa por que motivo acredita que estas notas fiscais (NFs) foram consideradas indevidamente pela fiscalização. Limita-se apenas a dizer que o ICMS - Difal não é devido, não podendo o estado do Mato Grosso efetuar a cobrança.

Apontam que além de se referir equivocadamente ao Estado detentor do crédito tributário, Mato Grosso ao invés da Bahia, o contribuinte não juntou nenhum argumento para sustentar a sua alegação de que não seria devido Difal das NFs por ele referidas concluindo que sobre as demais NFs constantes no Auto de Infração, os valores foram recolhidos corretamente, mas também sem informar porque considera correto o recolhimento.

Mencionam que a autuada faz apenas alegação que os valores por ela recolhidos de DIFAL estão corretos sem, em nenhum momento, apresentar qualquer argumento, cálculo ou prova material de que os demonstrativos juntados pela fiscalização estão equivocados.

A respeito do questionamento sobre a aplicação da multa lançada no AI para as infrações observadas, dizem que a fiscalização seguiu determinação da Lei 7.014/96, como não poderia deixar de ser, por exação da sua atividade vinculada.

Concluem pela procedência total do presente auto de infração.

O autuado volta a se manifestar fl.94, pedindo a juntada de notas fiscais e comprovante de recolhimento de ICMS fls. 96/156, que diz atestar seus argumentos defensivos.

O PAF foi convertido em diligência fl.176, a fim de que os autuantes apreciassem os citados documentos apensados aos autos.

Os autuantes cumprindo o solicitado na diligencia fls.180/181, afirmam que os documentos juntados pela autuada estão em sua maioria ilegíveis, não conseguindo ler o que neles está escrito. Informam que aqueles que se encontram legíveis comprovam que se tratam de produtos destinados ao ativo fixo da empresa, portanto sujeitos a cobrança do ICMS DIFAL.

Quanto aos comprovantes de pagamento juntados pela defesa, asseveram que os mesmos não possuem qualquer descrição de que se trata de recolhimento do ICMS DIFAL e os valores constantes nestes comprovantes são bastante superiores aos valores devidos pelo autuado.

Afirmam que tais documentos apresentados às fls. 155/156, nada tem a ver com o DIFAL do contribuinte, concluindo que mais parecem ser os comprovantes de recolhimento do ICMS normal da empresa. Mantêm integralmente o valor do auto de infração.

O autuado voltou a se manifestar fls.186/187. Informa que os comprovantes de pagamento realmente não correspondem aos valores exatos supostamente devidos, em virtude de o recolhimento ter sido feito a maior conforme explicado na petição que juntou os referidos documentos.

Quanto às notas fiscais indevidamente consideradas no presente auto de infração, informa que tais mercadorias não eram destinadas ao ativo fixo da impugnante. Afirma que junta ao processo um CD com as notas fiscais digitalizadas e legíveis para que os fiscais possam melhor interpretá-las.

O PAF foi convertido em nova diligência fl.193, a fim de que os autuantes se manifestassem sobre o conteúdo do CD apensado pelo contribuinte.

Os autuantes cumprindo o solicitado na diligência fls.195/196, afirmam que atendendo ao pedido da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal constante a página 193, apresentam as informações acerca dos documentos apresentados pelo autuado.

Aduzem que a autuada apresentou NFs alegando que os produtos nelas constantes não foram destinados ao ativo fixo ou consumo da empresa. Sendo que, desta feita, as cópias apresentadas estão legíveis o que permitiu a fiscalização proceder a necessária análise dos dados constantes nas mesmas para conclusão final acerca da cobrança ou não do DIFAL sobre estas.

Argumentam que após a devida análise pôde-se constatar que das 50(cinqüenta) NFs juntadas pela autuada, apenas 05(cinco) delas realmente são relativas a produtos que não foram destinados ao ativo fixo ou consumo da empresa e devem ser retiradas do cálculo do DIFAL.

Sustentam que procederam a retirada das NFs que consideram indevido a cobrança do ICMS DIFAL relacionando-as no Anexo 01 (folhas 197/ 205), apenas para efeito de demonstração ao autuado. Dizem ter gerado novo Demonstrativo de Débito com os novos valores a serem cobrados após retiradas das NFs, que encontra-se no Anexo 02 (fl. 206).

Além disso, dizem terem juntado ao Anexo 03 (fls. 208/258) a impressão de todas as outras NFs apresentadas pelo contribuinte no CD constante a folha 188-A, de maneira que o julgador possa verificar e constatar que os produtos constantes nestas NFs, referem-se SIM, a bens destinados ao Ativo Fixo da empresa.

Afirmam que com os documentos apresentados estão esclarecidos definitivamente os valores cobrados no novo Demonstrativo de Débito, mantendo a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário, esperando dos membros deste Colégio um julgamento exemplar pela procedência total do presente auto de infração.

Elaboram demonstrativo fl.197 onde retiram notas fiscais da cobrança do DIFAL anexando as referidas notas fls.198/205. Apresenta um novo demonstrativo de débito fl.206 onde os valores cobrados são ajustados para R\$54.628,04 e anexam cópia dos documentos fiscais fls. 208/258.

Ao tomar ciência dos novos demonstrativos, o autuado volta a se manifestar fls.263/264. Informa que para as notas fiscais nº 15.167 e 15.258 (fls.266/267), o imposto não foi recolhido pela requerente, uma vez que as operações estão sujeitas ao regime de substituição tributária e já foram tributadas pelo Fornecedor na saída do bem para a Requerente, e consequentemente, as referidas notas fiscais também devem ser excluídas da autuação.

Requer ainda, que o presente processo seja baixado em diligência para que a Autoridade Autuante possa fazer a verificação de que os bens constantes das demais notas fiscais autuadas não foram destinados ao ativo fixo ou consumo da requerente.

Em nova informação fiscal, fls. 271/272 os autuantes dizem que atendendo solicitação da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal constante a página 193, e considerando petição do contribuinte juntada a página 263, onde o mesmo apresentou novas NFs que anteriormente ainda não haviam sido apresentadas à fiscalização, nem juntadas a este processo, acatam a solicitação de retirada da planilha de cobrança destas NFs e procedem a elaboração de novas planilhas de cobrança resultando em novo demonstrativo de débito que deve ser considerado como demonstrativo final em substituição ao demonstrativo juntado anteriormente na página 206.

Salientam que o comportamento do contribuinte de apresentar NFs em momentos diversos do processo, tem prejudicado substancialmente o bom andamento do julgamento impedindo que o mesmo ocorra de forma célere e definitiva.

Acreditam que com os documentos ora apresentados estão esclarecidos definitivamente os valores cobrados no novo Demonstrativo de Débito fl. 274, mantendo a ação fiscal que resultou

na reclamação do crédito tributário, esperando dos membros deste Colégio um julgamento exemplar pela procedência total do presente auto de infração.

O autuado tomou ciência do teor da diligencia realizada fls.276/277 e manteve-se silente.

## 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 defensor 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 pela autuada, 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 verifico 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 argüição 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.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269135.0002/13-7**, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.767,46**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “f” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR