

A. I. Nº - 279266.0101/15-4
AUTUADO - TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A TELEBRAS
AUTUANTE - WALMIR SALDANHA FEIJÓ
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.10.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0163-05/17

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS E MATERIAIS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Demonstrado nos autos, no procedimento de diligência determinada pelo órgão julgador, que a exigência fiscal, relacionada ao ICMS-DIFAL teve por base probatória diversas notas fiscais, em sua maioria, documentos emitidos pelos fornecedores para fins de simples faturamento. Na revisão fiscal foram feitas as vinculações entre os documentos emitidos para fins de simples faturamento e as notas fiscais que acobertaram as circulações físicas dos produtos. Comprovado que a maior parte dos valores lançados no Auto de Infração já se encontravam recolhidos aos cofres públicos a partir das notas fiscais de remessa física, em conformidade com as disposições da legislação de regência do ICMS. Mantida na autuação tão somente o imposto que deixou de recolhido a partir das notas fiscais de aquisição que acobertaram as remessas físicas das mercadorias incorporadas ao ativo fixo ou utilizadas para fins de consumo do estabelecimento. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO DO FISCO. MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A inércia empresarial, em relação à sua escrituração, vem de longa data, desde o exercício de 2011, sem as devidas correções no tempo. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/03/2015, para exigência de ICMS e multa, contendo 02 (duas) imputações, conforme detalhamento abaixo:

Infração 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento. Apurado com base nas Notas Fiscais Eletrônicas recebidas pelo contribuinte, constantes da base de dados da NF-e da Secretaria da Receita Federal, com divergências no ICMS devido à alíquota de 17%, abatidos os valores de ICMS destacados nas NF-e pelos emitentes, conforme discriminativo por chave de acesso de cada NF-e, no Anexo A, parte integrante deste PAF. Valor exigido: R\$955.265,25. Acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 02 – *Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Não atendeu à intimação fiscal de 04/03/2015, reapresentada em 17/03/2015 e 24/03/2015. Penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Valor total exigido: R\$2.760,00.*

O contribuinte foi notificado do lançamento em 30/04/2015, pela via postal (A.R. – Aviso de Recebimento) e ingressou com defesa administrativa protocolada em 25/06/15.

O lançamento do DIFAL – DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS (Inf. 01), foi efetuado com base nos dados da Receita Federal a partir das Notas Fiscais Eletrônicas de faturamento.

Afirma a defesa que a empresa autuada não está em mora, pois recolheu o imposto devido a título de DIFAL no momento certo, com base nas notas fiscais de remessa física dos materiais/produtos, cujo valor é idêntico às notas fiscais de simples faturamento. Apresentou planilha juntada à peça defensiva (Anexo II-A), contendo as informações (campos) das NFs de Simples Faturamento e NFs de Remessa Física e uma relação com cópias dos documentos fiscais (Anexo III), fazendo a vinculação entre as notas de simples faturamento e aquelas vinculadas às remessas físicas.

Disse a defesa que o autuante presumiu a ocorrência do fato gerador do ICMS-DIFAL em momento distinto daquele em que houve a sua consumação, que seria na efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento empresarial.

Apresentou alguns exemplos de recolhimento do DIFAL listados às págs. 46 a 52. Indicou a existência de operações com isenção do ICMS na unidade federada de origem às págs. 53 a 57, situação em que não caberia a incidência do DIFAL.

Em relação à infração 02 afirmou a defesa ter solicitado prorrogação do prazo para a entrega da documentação requerida pela fiscalização (doc. fl. 19), alegando dificuldades que decorreram da implantação do seu novo sistema informatizado.

Ao concluir a peça de impugnação o contribuinte formulou os pedidos que estão reproduzidos às fls. 61/62 do PAF.

Na fase de informação fiscal (doc. fls. 642/643), o autuante fez referência à listagem de Notas Fiscais do Anexo II-A (fls. 114 a 125 do PAF), declarando que a mesma não tem relação com os fatos da autuação.

Distribuído o PAF para esta 5ª JJF foi observado, na fase instrutória, a partir do Demonstrativo de Débito do A.I. (infração 01 – fls. 5 a 16), com o Anexo II-A (fls. 114 a 125) e cópias dos espelhos dos DANFES – Anexo III (fls. 127 a 512 e fls. 562 a 571), que o contribuinte fez vinculações entre as notas fiscais de simples faturamento e as NFs de remessa física, juntado ainda, no Anexo V (fls. 620 a 634), cópias de documentos de arrecadação estadual do ICMS (DAE's), para fins de comprovação de pagamentos de diversas operações objeto do presente lançamento de ofício.

Foi observado ainda que o autuante não mencionou ou fez qualquer análise em relação a esses documentos anexados na peça defensiva, limitando-se a declarar que os mesmos não tinham qualquer relação com os fatos que desencadearam a cobrança lançada no presente PAF.

Por conta dessa omissão o PAF foi convertido em diligência para o autuante, considerando que a informação fiscal deveria ter sido prestada com clareza e precisão com o enfrentamento dos pontos abordados pela defesa, com fundamentação, em atendimento ao disposto no art. 127, § 6º, do RPAF/99, especialmente no que se refere às provas produzidas pelo autuado. O PAF retornou ao autuante para que este prestasse nova informação fiscal, de forma itemizada, ponto a ponto, abordando todos os argumentos e documentos anexados na peça defensiva.

Foi destacado que o autuante deveria revisar a cobrança do ICMS – DIFAL sobre as notas fiscais de aquisição de software com origem no estado do Rio Grande do Sul listadas às fls. 643 e 53 do PAF, para considerar na apuração do imposto tão somente a diferença entre as alíquotas de 17% (no destino) e 7% (origem), perfazendo a diferença de 10%.

Foi ressaltado ainda que a revisão das operações autuadas, listadas no Anexo II-A, deveriam levar em conta, para definição do fato gerador do DIFAL, a data da efetiva entrada física das mercadorias no estabelecimento da empresa e não as notas de simples faturamento. Daí se alertou a necessidade de serem feitas as vinculações entre as notas de simples faturamento e os subsequentes documentos fiscais emitidos para acobertar as saídas físicas dos bens ou mercadorias.

O autuante, ao cumprir a diligência, apresentou nova manifestação nos autos, acostada às fls. 652 a 653 acatando as razões esposadas na peça de defesa quanto aos recolhimentos tempestivos do ICMS para todas as notas fiscais listadas às fls. 114 a 125, à exceção das NFs 7633, 10462, 10734, 23952, 23951, 23949, 1864 e 11235, cuja cobrança do ICMS-DIFAL foi também reconhecida pelo contribuinte na peça de defesa, com o requerimento de afastamento ou redução da multa aplicada.

Foram também aceitos pelo autuante os cálculos do DIFAL seguindo a orientação da 5ª JF, em relação às aquisições originárias do Estado do Rio Grande do Sul para as operações acobertadas pelas Notas Fiscais nº 65829, 65828, 65827, 65824, 65823, 65938, 70398, 70958, 71417 e 71418.

Apresentou novo Demonstrativo de Débito para a infração 01, anexado à fl. 653 dos autos, totalizando a cifra de R\$54.403,98, relacionadas ao ICMS-DIFAL das operações acobertadas pelas NFs nº 65829, 65828, 65827, 65824, 65823, 65938, 70398, 70958, 71417 e 71418.

No tocante à infração 02 disse que o contribuinte não atendeu à intimação fiscal datada de 04/03/2015, renovada em 17/03/2015 e em 24/03/2015. Que não foram apresentados fatos e argumentos que dessem amparo legal para que seja eximida a penalidade aplicada no Auto de Infração. O autuante não promoveu qualquer alteração no Demonstrativo dessa última ocorrência.

O contribuinte em nova Manifestação acostada às fls. 661 a 666, firmada em 23 de junho de 2017, por seus advogados, faz considerações em torno da última intervenção do autuante neste PAF, no cumprimento da diligência determinada por esta 5ª JF. Após as exclusões processadas na infração 01, reconheceu ser devido o ICMS-DIFAL em relação às operações de aquisição acobertadas pelas notas fiscais nº 65829, 65828, 65827, 65824, 65823, 65938, 70398, 70958, 71417 e 71418. Pediu tão somente que a multa do valor remanescente da infração seja cancelada ou reduzida.

Quanto à segunda infração reafirmou os motivos expostos na inicial. Pede novamente o cancelamento da multa que lhe foi imputada.

VOTO

O Auto de Infração lide é composto de duas ocorrências conforme foi detalhadamente exposto no Relatório parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na infração 01 a exigência recaiu sobre a falta de recolhimento do ICMS devido a título de diferença de alíquotas (DIFAL) nas aquisições interestaduais de bens e materiais destinados ao ativo fixo e para uso e consumo do estabelecimento.

Restou demonstrado, na fase instrutória do processo, especialmente na diligência determinada por este órgão colegiado do CONSEF, que foi encaminhada para a autoridade fiscal autuante (fls. 646 a 648), que a exigência fiscal relacionada ao ICMS-DIFAL teve por base documental diversas notas fiscais, em sua maioria, documentos emitidos pelos fornecedores para fins de simples faturamento. Esses documentos fiscais não expressam o momento em que se deu o efetivo ingresso dos bens e dos materiais no estabelecimento empresarial, para fins de determinação do mês em que deveria ser efetuado o pagamento dos valores devidos a título de ICMS-DIFAL.

Destaco que a defesa, no Anexo II-A da peça impugnatória (doc. fls. 114 a 125) e nas cópias reprográficas dos DANFES – Anexo III (doc. fls. 127 a 512 e fls. 562 a 571), procedeu às vinculações entre as notas fiscais de simples faturamento e as NFs de remessa física dos bens de materiais. Por sua vez, no Anexo V da peça defensiva (doc. fls. 620 a 634), foram apresentadas as cópias de documentos de arrecadação estadual do ICMS (DAEs), para fins de comprovação dos pagamentos do ICMS-DIFAL a partir das notas fiscais que representavam a efetiva entrada das mercadorias e bens no estabelecimento da empresa autuada.

A exigência fiscal formalizada pela autuante, portanto, incidiu em equívoco ao vincular a cobrança do ICMS-DIFAL às notas fiscais de simples faturamento. A operação de simples faturamento sequer representa ou configura fato passível de exigência de ICMS. Nesse sentido

dispõe o art. 411 do RICMS/97, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, com determinação equivalente nos arts. 337 e 338 do RICMS/12 (Dec. nº 13.780/12), conforme se demonstra nas transcrições abaixo:

(RICMS/97):

Art. 411. *Nas vendas à ordem ou para entrega futura, poderá ser emitida Nota Fiscal, com indicação de que se destina a **simples faturamento**, vedado o destaque do ICMS (Conv. SINIEF s/nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87).*

Parágrafo único. *Nas hipóteses deste artigo, o IPI será lançado antecipadamente pelo vendedor, por ocasião da venda ou faturamento, porém o ICMS só será lançado por ocasião da efetiva saída da mercadoria.*

(RICMS/12):

Art. 337. *Nas vendas para entrega futura poderá ser emitida nota fiscal com indicação de que se destina a simples faturamento, vedado o destaque do ICMS (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87).*

Art. 338. *Na saída global ou parcelada da mercadoria, o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, na qual, além dos demais requisitos, constarão:*

I - *como valor da operação, aquele efetivamente praticado no ato da realização do negócio, conforme conste na nota fiscal relativa ao faturamento, sendo que a base de cálculo será a prevista na legislação para este tipo de operação;*

II - *o destaque do ICMS, quando devido;*

III - *como natureza da operação, a expressão “Remessa - entrega futura”;*

IV - *o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal relativa ao simples faturamento.*

A exigência do ICMS-DIFAL, no caso em exame, deveria ter levado em conta, para definição do fato gerador do imposto, a data da efetiva entrada física das mercadorias no estabelecimento da empresa e não as notas de simples faturamento. Daí a necessidade, destacada na diligência encaminhada para o autuante, para que fosse feita a revisão das vinculações entre as notas de simples faturamento e os subsequentes documentos fiscais emitidos para acobertar as saídas físicas dos bens, materiais ou mercadorias.

O autuante, ao cumprir a diligência determinada por esta Junta de Julgamento, apresentou nova manifestação nos autos, acostada às fls. 652 a 653, acatando as razões apresentadas na peça de defesa quanto aos recolhimentos tempestivos do ICMS para todas as notas fiscais de remessa física, listadas às fls. 114 a 125, à exceção das NFs 7633, 10462, 10734, 23952, 23951, 23949, 1864 e 11235, cujo ICMS-DIFAL não foi efetivamente recolhido, fato confirmado pelo próprio contribuinte na impugnação.

Foram também revistos pelo autuante os cálculos do DIFAL, seguindo a determinação desta 5ª JF, em relação às aquisições originárias do Estado do Rio Grande do Sul, de “software”, em relação às operações acobertadas pelas Notas Fiscais nº 65829, 65828, 65827, 65824, 65823, 65938, 70398, 70958, 71417 e 71418. Nessas operações foi definido, com base em disposições de Resoluções do Senado Federal (Resolução nº 22/1989) e da Lei nº 7.014/96 (art. 15, inc. I), que a alíquota na unidade federada de origem (operação interestadual) era de 7% e a alíquota no destino (operação interna) era de 17%, sendo devido a DIFAL, pela diferença aritmética das alíquotas (17% - 7% = 10%).

Em decorrência, foi apresentado novo Demonstrativo de Débito para a infração 01, anexado à fl. 653 dos autos, totalizando a cifra de R\$54.403,98, relacionada ao ICMS-DIFAL das operações acobertadas pelas NFs nº 65829, 65828, 65827, 65824, 65823, 65938, 70398, 70958, 71417 e 71418, cujas operações a empresa autuada reconheceu, expressamente, na peça defensiva, não ter efetuado o pagamento do ICMS-DIFAL.

Assim, o novo DEMONSTRATIVO DE DÉBITO da Infração 01 passa a ter a seguinte configuração:

Ocorrência	Vencimento	Multa (%)	Base de Cálculo - R\$	Valor devido - R\$
31/07/2011	09/08/2011	60	190.893,18	32.451,84
31/10/2011	09/11/2011	60	64.302,12	10.931,36
31/07/2012	09/08/2012	60	216,47	36,80
31/08/2012	09/09/2012	60	63.376,24	10.773,96
30/09/2012	09/10/2012	60	1.235,41	210,02
TOTAL			320.023,41	54.403,98

Comprovado, portanto, na fase instrutória do processo, que a maior parte dos valores lançados no presente Auto de Infração já se encontravam recolhidos aos cofres públicos a partir das notas fiscais de remessa física, em conformidade com as disposições da legislação de regência do ICMS.

Concluo pela manutenção parcial da exigência fiscal da infração 01, que fica reduzida de R\$955.265,25 para R\$54.403,98.

No tocante à infração 02, houve a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. XX, da Lei nº 7.014/96, em razão do contribuinte ter deixado de apresentar documentação fiscal após ter sido regularmente intimado.

Foi comprovado nos autos que o contribuinte não atendeu sucessivas intimações fiscais. A primeira, datada de 04/03/2015, renovada duas vezes, em 17/03/2015 e em 24/03/2015. Por sua vez não foram apresentados pela defesa fatos e argumentos relevantes que dessem amparo legal para que o contribuinte fosse eximido de responsabilidade pelo cometimento da citada infração. Limitou-se o sujeito passivo a afirmar que se deparou com dificuldades operacionais, relacionadas ao seu novo sistema de processamento de dados que se encontrava em fase de implantação. Em decorrência, pediu à autoridade fiscal, prorrogação de prazo para entrega da documentação fiscal, por 60 (sessenta) dias, através da Carta anexada à fl. 19 e novamente reproduzida à fl. 636 deste PAF. Essa missiva foi firmada em 20 de março de 2015.

Todavia, a documentação solicitada durante a fiscalização se reporta a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2011 e 2012. Já a ação fiscal foi desenvolvida em 2015, e deflagrada com a intimação para apresentação de livros e documentos, encaminhada à sede da empresa em Brasília - DF, via e-mail, já que o contribuinte não contava com representantes legais habilitados a atender às demandas do fisco em Salvador. Portanto a não entrega da documentação fiscal está relacionada a fatos ocorridos antes do início do procedimento fiscal, configurando atraso de escrituração de 4 anos, para o exercício de 2011, e de 3 anos, em relação ao exercício de 2013.

Mantenho a penalidade lançada no Auto de Infração, no importe de R\$2.760,00, correspondente à soma dos valores de R\$460,00, R\$920,00 e R\$1.380,00, pelo não atendimento das 3 (três) intimações formalizadas na ação fiscal, via e-mail, dirigidas à sede da empresa em Brasília, visto que o contribuinte, conforme foi mencionado acima, não possuía representantes legais em Salvador (vide docs. anexados às fls. 20 a 27).

A inércia empresarial, em relação à sua escrituração, vem de longa data, desde o exercício de 2011, sem as devidas correções no tempo. Ressalto que deixaram de ser entregues à fiscalização os arquivos magnéticos exigidos pelo Conv. ICMS 115/2003, que dispõe sobre a uniformização e disciplina de emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações dos documentos fiscais emitidos em via única por sistema eletrônico de processamento de dados pelos contribuintes prestadores de serviços de comunicação e fornecedores de energia elétrica. Sem esses arquivos a aplicação dos roteiros normais de auditoria fiscal foram sensivelmente prejudicados.

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279266.0101/15-4**, lavrado contra **TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A - TELEBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.403,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "f" e da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$2.760,00**, prevista no art. 42, inc. XX, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, "a", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO– RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA