

A. I. Nº - 269135.0004/17-2
AUTUADO - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JUNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.10.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178- 04/17

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Está comprovado que o defendanté é uma sociedade empresaria, contribuinte do ICMS, com registro no Cadastro da SEFAZ/BA na condição “normal” com imposto apurado apurado com base na conta corrente fiscal, sendo devido a diferença de alíquota nas operações de aquisição de bens destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento, oriundos de outras unidades da Federação. Razões de defesa não são suficientes para justificar a produção de prova pericial na forma do art. 147, inciso II, alínea "c", do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/03/2017, exige o débito no valor de R\$273.025,99, inerente ao ano 2015, conforme demonstrativos e documentos às fls. 05 a 16, e CD/Mídia à fl. 18 dos autos, em razão da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 06.01.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$273.025,99, 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, no ano de 2015, conforme demonstrativos e documentos às fls. 05 a 16, e CD/Mídia à fl. 18 dos autos, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea "a", do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea "f", da lei 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos que o Contribuinte Autuado deixou de efetuar o recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL) de mercadorias constantes em notas fiscais de entradas não lançadas na Escrituração Fiscal Digital (EFD). Tudo conforme comprovam os respetivos anexos onde constam os números das Chaves das NFEs que não foram escrituradas.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 48/52 dos autos, impugnando o Auto de Infração em epígrafe, cuja ciência diz ter sido efetivada em 7/04/2017, estando à defesa em conformidade com o que dispõe os art. 22 e 123 do Decreto nº 76.629/1999, nas razões que a seguir passo a descrever:

Da síntese dos fatos. Diz que cuida de autuação lavrada em razão da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais quando da aquisição de mercadorias advindas de outros Estados, no período de 01.2015 a 04.2015 e 06.2015 a 12.2015, que destaca.

Aduz que, de acordo com a autuação, teria sido infringido o art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/1996 c/c o art. 305, §4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Em face das suposta infringência aplicou-se a penalidade prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/1996.

Todavia, destaca que a exigência do débito de ICMS constituído por intermédio do auto de infração em questão é ilegítima, como diz que passará a demonstrar.

Do direito. Diz tratar a presente autuação de matéria estritamente fática, relativa à suposta não escrituração de notas fiscais e consequente não recolhimento do diferencial entre as alíquotas internas e interestaduais do ICMS quando da entrada das mercadorias no Estado da Bahia.

Observa que a i. Fiscalização baiana alcançou tal conclusão a partir do cruzamento entre as informações constantes no repositório nacional de notas fiscais eletrônicas (NF-e) e os registros da escrituração fiscal digital da empresa (EFD). Entretanto, diz que a autuação não merece prosperar, tendo em vista que:

- a. parte das notas fiscais autuadas, apesar de não ter sido cancelada junto à Sefaz/BA, foi anulada por meio da emissão de nota fiscal de saída pelos emitentes. Sendo assim, diz que efetivamente inocorreu a entrada da mercadoria no estabelecimento da empresa, razão pela qual tais notas fiscais não chegaram a ser escrituradas e, consequentemente, o ICMS-Difal não chegou a ser recolhido.
- b. parte das notas fiscais, ao contrário do alegado pela i. Fiscalização, foi inserida na escrituração fiscal empresa (doc. nº 03), tendo sido, portanto, recolhido o ICMS-Difal. A título de exemplo, cita a NF-e nº 83187, emitida pela Motorola Mobility Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda., a qual consta na escrituração fiscal da empresa no mês de 02.2015 (doc. nº 03, cit.):

A fim de comprovar o alegado e em atendimento aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, requer a concessão do prazo de 90 (noventa) dias para levantar todos os documentos aptos e necessários à comprovação dos fatos, nos termos do pedido de diligência fiscal a seguir aduzido.

Da perícia (nova verificação fiscal). Diz que as questões discutidas nos autos envolvem matéria eminentemente fática que requerem conhecimentos técnicos e imparciais para seu correto deslinde.

Deste modo, e tendo em mira os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, diz fazer rigorosamente necessária a determinação de baixa dos autos do presente em diligência para a produção de prova pericial técnica (nova verificação fiscal) com o fito de verificar a inexigibilidade do ICMS das operações em apreço.

Diz que a prova pericial (diligência fiscal) deverá ser feita considerando-se os documentos a serem juntados pela Impugnante, em atenção ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo.

Para tanto, indica como assistente técnico Sra. IRENE APOSTOLO PEREIRA SILVA, CPF nº 142.827.648-30 e RG nº 21.895.039-1, com endereço profissional na Av. Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº 1376, 25º andar, CEP 04.571-000, São Paulo/SP, e-mail irene.asilva@telefonica.com, apresentando, desde já, os seguintes quesitos que deseja ver respondido pelo ilustre Fiscal revisor a ser designado nestes autos:

- 1) Da análise dos livros fiscais juntados pela empresa (**doc. nº 03, cit.**) é possível verificar se as notas fiscais autuadas (**doc. nº 02, cit.**) foram escrituradas, ainda que em período posterior à sua entrada?
- 2) Para as notas fiscais escrituradas, a partir da análise dos comprovantes juntados pela empresa, é possível verificar se o ICMS-Difal devido quando da sua entrada foi recolhido?

Dos pedidos. Ao exposto, pede à procedência da presente Impugnação, cancelando-se o auto de infração epigrafado, com a consequente extinção dos créditos tributários nele consubstanciados e o arquivamento do processo fiscal instaurado.

Requer, ainda, sejam os autos baixados em diligência para nova verificação fiscal e, em atenção ao princípio da verdade material, regente do processo administrativo, a concessão de prazo de 90 (noventa) dias para juntada de documentos que corroborarão os fatos ora alegados.

Solicitar, por fim, o cadastramento do nome do advogado ANDRÉ MENDES MOREIRA, OAB/MG nº 87.017, com endereço Alameda Oscar Niemeyer, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP 34.006-056, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade.

Os autuantes ao prestarem a Informação Fiscal, às fls. 111/112 dos autos, assim se posicionam:

Dizem que o Contribuinte Autuado menciona no item 3.a. da defesa, que parte das notas fiscais autuadas, apesar de não terem sido canceladas junto a SEFAZ, foi anulada por meio de emissão de NF de saída pelo emitente (sic).

Destacam que lhes parecem que na verdade a mensagem que o defendant quis passar é que as NFs não foram canceladas, mas houve a devolução das mesmas. Entretanto, diz que se esta foi a explicação do autuado, este deveria ter juntado as NFs de devolução que justificassem sua explicação e para sustentar sua alegação. Isso não ocorreu. Portanto, dizEM que não se pode aceitar tal argumento como justificativa para elidir a ação fiscal.

Em relação ao item 3.b. da defesa, dizem que o autuado menciona que “... *parte das Notas Fiscais, foi inserida na escrituração fiscal da empresa...*” (sic), citando como exemplo a NF-e 83187 que, segundo o Contribuinte Autuado foi escriturada no mês 02/2015, destacando como referência o doc. nº 03 da defesa.

Consultando o referido documento dizem que verificaram que se trata dos arquivos magnéticos da EFD do contribuinte. Em consulta a EFD verificaram que realmente existe uma NF de nº 83187 escriturada no dia 11/02/2015 com valor de R\$2.271,07 e CNPJ do emitente 08.649.664/0002-79, conforme se pode verificar no espelho da referida nota fiscal anexado a esta informação fiscal.

Por sua vez dizem que a NF que consta na Planilha Excel de cobrança do PAF possui o mesmo nº 83187, mas valor de R\$29.664,00 e o CNPJ do emitente é 01.472.720/0001-12 (ver última linha do mês de janeiro/2015, na folha 08 deste PAF). Com isso dizem constatar que se trata de nota fiscal diversa. Aduzem que não houve erro da fiscalização na apuração dos valores devidos, como quer fazer parecer o autuado em sua defesa.

Por tudo quanto aqui exposto, tendo em vista as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário. Dessa forma, visando salvaguardar o interesse público, esperam dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência do presente auto de infração.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Nessa sintonia observa o sujeito passivo que as questões discutidas nos autos envolvem matéria eminentemente fáticas que requerem conhecimentos técnicos e imparciais para seu correto deslinde, e com isso a necessidade de perícia fiscal, em atenção ao princípio da verdade material regente do processo administrativo; onde, a fim de comprovar o alegado, traz aos autos dois

exemplos, com fito a comprovar a inexigibilidade do ICMS das operações em apreço, em que, ao serem analisados, demonstram não servirem para fundamentar a concessão do pedido por este Conselho de Fazenda.

Da análise pontual dos dois questionamentos trazidos aos autos pelo defendant, para respaldar o pedido de perícia fiscal, um, relativo à tentativa de comprovar a não ocorrência da entrada da mercadoria no estabelecimento da empresa, decorrente de anulação da operação pelo emitente da nota fiscal de entrada, objeto da autuação, o defendant não acosta aos autos qualquer documentação que comprove o fato alegado; o outro exemplo, relativo ao argumento de que parte das notas fiscais, ao contrário do alegado pela i. Fiscalização foi inserida na escrituração fiscal da empresa, tendo sido, portanto, recolhido o ICMS-Difal, trazendo aos autos, para comprovar o alegado, a NFe nº 83187, emitida pela *Motorola Mobility Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda.*, é combatido, pelo autuante, em sede de Informação Fiscal, de que tal nota fiscal não faz parte do demonstrativo de débito da autuação, estando comprovado, também, não prestar para fundamentar o pedido de diligência aduzido nos autos.

Em sendo assim, destaco as disposições do art. 147, inciso II, "b", do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, em que orienta o indeferimento do pedido de perícia fiscal, quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos, tem-se, também, as disposições do inciso I, "b" do mesmo diploma legal, que determina o indeferimento de diligência fiscal, quando destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não o fez, exceto quanto aos dois exemplos retro citado, que em nada serviram para justificar a diligência/perícia requerida.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$ 273.025,99, conforme descrito na inicial dos autos, que tem como acusação ter deixado 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, no exercício de 2015, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea "a", do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, que assim dispõe:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.(Grifos acrescidos)

[...]

Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;(Grifos acrescidos)

Sobre a incidência do imposto, nas operações de débito às fls. 05 a 16, e CD/Mídia à fl. 18 dos autos e sua fundamentação legal, objeto do demonstrativo bem assim a apuração da base de cálculo e o imposto calculado, não há discordância entre as partes.

A lide é instalada, por um lado, quando o defendant alega que parte das notas fiscais de entradas, objeto da autuação, apesar de não ter sido cancelada junto à base de dados da Sefaz/BA, foram anuladas as operações pelo emitentes.

Sobre tal argumento, o defendant não acosta aos autos qualquer documentação. E como, destacado na Informação Fiscal, o que não é negado pela defendant, as notas fiscais referentes a este argumento defensivo encontram-se no repositório nacional de nota fiscal eletrônica como se as mercadorias, de fato, ingressam no estabelecimento do Contribuinte Autuado de forma regular, estando neste estágio até o presente momento.

Por outro lado, quando o defendant alega que parte das notas fiscais, ao contrário da acusação, foi inserida na escrituração fiscal da defendant, tendo sido recolhido o ICMS-Difal.

Sobre tal argumento, além da NF-e nº 83187, emitida pela Motorola Mobility Comércio de Produtos Eletrônicos Ltda, trazida aos autos, para provar o alegado, não se relacionar ao objeto da autuação, o defendant não acosta aos autos qualquer outra documentação que possa ratificar tal afirmação.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Portanto, estando comprovado que o defendant é uma sociedade empresária, contribuinte do ICMS, com registro no Cadastro da SEFAZ/BA, na condição de conta corrente fiscal, sob nº 058.378.658, é devido, em conformidade com o art. 4º, inc. XV, da Lei 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea "a", do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, o recolhimento da diferença de alíquota nas operações de aquisição de bens destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento defendant, oriundas de outras unidades da Federação

Em sendo assim, estando o demonstrativo de débito da Infração 1, acostado às fls. 05 a 16, e CD/Mídia à fl. 18 dos autos, elaborado de acordo com o que determina a legislação, vejo como subsistente a Infração 1.

Quanto à pretensão de que as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome do advogado ANDRÉ MENDES MOREIRA, OAB/MG nº 87.017, com endereço Alameda Oscar Niemeyer, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP 34.006-056, 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.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269135.0004/17-2, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$273.025,99**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de Setembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR