

PROCESSO - A. I. Nº 298636.3005/16-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDOS - SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0142-02/17
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/08/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0168-11/18

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DO ATIVO PERMANENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Após expurgos dos pagamentos já efetuados, remanesce parte da exigência. Rejeitada a nulidade suscitada. Razões recursais comprovam que as operações remanescentes não foram efetivadas pela recorrente. Provas trazidas aos autos capazes de elidir a acusação fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0142-02/17, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que, inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS de R\$523.794,91, acrescido da multa de 60%, inerente aos meses de: janeiro, fevereiro, maio, julho e outubro a dezembro/2015, sob acusação de “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.”.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$412.530,38, diante das seguintes razões:

[...]

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$ 523.794,91, por ter deixado de recolher o ICMS 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, 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, tendo o sujeito passivo impugnado parcialmente a autuação.

Em sede de defesa o sujeito passivo reconhece que de fato deixou de registrar algumas das notas fiscais abrangidas pelo Auto de Infração, objeto em análise, e procedeu ao recolhimento das exigências correspondentes, conforme se vê através do demonstrativo "Detalhes de Pagamento PAF" extraído do Sistema da SEFAZ, de fls. 156/157 dos autos.

Entretanto, observa que as exigências relativas às notas fiscais 174, 177, 345, 375, 8290, 8349 e 42779 não merecem prosperar, sob a alegação de que essas notas fiscais foram recusadas ou de fato foram registradas e lançadas na Escrituração Fiscal Digital (EFD), de modo que não se pode cogitar em falta de recolhimento de diferencial de alíquotas de ICMS, por não haver obrigação de recolhimento, ou em virtude de o recolhimento já ter sido realizado nos termos da legislação aplicável.

Após análise individuais das justificativas destacadas na defesa de cada uma das notas fiscais argüidas, o d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, à fl. 132 dos autos, acolhe os argumentos relacionados a todas as notas fiscais, exceto em relação o da nota fiscal de nº 42779 (fl. 116), em que o sujeito passivo diz não ter

recebido os bens adquiridos por recusa do recebimento do produto, em razão de a operação amparada por essa nota fiscal estar em desacordo com o pedido, apresentando, como elemento probante da ocorrência do fato, o registro no corpo da nota fiscal o carimbo da transportadora DHL SOPPLY CHAIN com indicativo da palavra "RECUSADO" e data " 21 OUT 2015"

[...]

No caso específico a atitude correta do defendente, ao verificar que a operação amparada pela nota fiscal 42779 estava em desacordo com o seu pedido, e por isso a sua recusa no recebimento do produto, deveria acessar o sistema de nota fiscal eletrônica e aplicar a rotina "manifesto de operação não realizada", o que não o fez.

[...]

Então, apresentar como elemento probante, o registro de um carimbo da transportadora "DHL SUPPLY CHAIN" com o dizer de "RECUSADO", não me apresenta suficiente para evidenciar que a operação amparada pela nota fiscal 42779, de 06/07/2015, emitida pelo fornecedor paulista ARJ COMPANY ASS COM IM EXP LTDA, foi recusada pela defendente, e por isso a mercadoria não teria entrado no seu estabelecimento, não ensejando, assim, a cobrança do imposto, relativo a diferença de alíquota, nos termos da autuação.

Poderia o defendente ter buscando junto ao fornecedor/vendedor (ARJ COMPANY ASS COM IM EXP LTDA) e acostado aos autos cópia ou número de chave da nota fiscal de entrada eletrônica decorrente do retorno de mercadorias não entregue, o que não o fez; apenas se limitou a apresentar como elemento probante da não ocorrência da operação, o registro de um carimbo da transportadora "DHL SUPPLY CHAIN" com o dizer de "RECUSADO".

Em sendo assim, a nota fiscal 42779, de 06/07/2015, emitida pelo fornecedor paulista ARJ COMPANY ASS COM IM EXP LTDA, deve ser mantida na autuação, não na forma do motivo apresentado pelo autuante na Informação Fiscal, mas pelo motivo retro discorrido. Relativamente a nota fiscal 375 de emissão em 14/12/2015, que chegou ao estabelecimento do autuado em 15/01/2016, coaduno com o entendimento do d. agente Fiscal, ou seja, deve ser excluída do demonstrativo de débito da autuação, vez que, como declarado pelo autuante na Informação Fiscal, o imposto devido foi pago e recolhido aos Cofres do Estado.

Isto posto, excluído as exigências fiscais relativas às notas fiscais 174, 177, 345, 375, 8290 e 8349, mantendo o débito relacionado a nota fiscal 42779 o Auto de Infração em tela resta devido no valor total de R\$412.530,38 na forma do novo demonstrativo de débito às fls. 134/135 acostado aos autos pelo d. agente Fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Por fim, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 179 a 187 dos autos, o recorrente, inicialmente, reconhece que de fato deixou de registrar algumas das notas fiscais abrangidas pelo Auto de Infração e que procedeu ao recolhimento das exigências correspondentes, fazendo jus, portanto, à redução da multa de ofício lançada, nos termos do art. 45 da Lei nº 7.014/96, conforme DAE (fls. 188/189).

Porém, o recorrente aduz que as exigências relativas às Notas Fiscais nºs 174, 177, 345, 375, 8290, 8349 e 42779 não merecem prosperar, uma vez que essas notas fiscais foram recusadas ou de fato foram registradas e lançadas na EFD, de modo que não se pode cogitar em falta de recolhimento de diferencial de alíquotas de ICMS (por simplesmente não haver obrigação de recolhimento, ou em virtude de o recolhimento já ter sido realizado nos termos da legislação aplicável).

Contudo, não obstante a clareza do recorrente, sobreveio decisão de primeira instância acolhendo apenas parcialmente os argumentos na impugnação, cancelando as exigências relativas às Notas Fiscais nºs: 174, 177, 345, 375, 8290 e 8349, mantendo integralmente a exigência relativa à Nota Fiscal nº 42779 e nada dizendo acerca do pagamento parcial efetuado.

Assim, defende merecer reparo a Decisão recorrida, pois além de se omitir acerca da regularidade do pagamento parcial realizado, o que por si só já seria suficiente para determinar o retorno do processo à primeira instância, a decisão indica suposto valor de débito remanescente completamente descabido, mesmo que se admitisse devida a exigência referente à Nota Fiscal nº 42779. E caso a segunda instância entenda retificar todos esses equívocos de ofício, o apelante aduz que, em relação ao mérito é evidente que a exigência atrelada à Nota Fiscal nº 42779 é indevida, uma vez que os equipamentos por ele referenciado nunca foram recebidos, tendo sido retornados pela DHL ao fornecedor em São Paulo.

Em seguida, o recorrente passa a reiterar a arguição da nulidade da Decisão recorrida, para que a

retifique, de modo a ficar evidente o reconhecimento do pagamento parcial realizado e a extinção do crédito tributário relativo às Notas Fiscais nºs: 781, 848, 886, 107, 108, 95, 96, 93, 94, 92, 91, 1376, 1348, 1347, 1346, 1344, 1345, 1349, 1350, 65, 64 e 315, nos termos do art. 156 do CTN.

Também requer a nulidade da Decisão por manifesta inconsistência entre a parte dispositiva e o suposto saldo remanescente do débito autuado, visto que, de acordo com a fundamentação exposta na Decisão recorrida, as exigências relativas às Notas Fiscais nºs 174, 177, 345, 375, 8290 e 8349 foram canceladas, tendo sido mantido tão somente o crédito tributário decorrente da suposta falta de recolhimento do diferencial de alíquota de ICMS referente à Nota Fiscal nº 42779.

Contudo, considerando o valor da operação indicado na Nota Fiscal nº 42779, de R\$477.360,00, o diferencial de alíquotas correspondente é de R\$47.736,00, do qual deve ser somado a multa de 60% e os juros de mora, o que resulta R\$87.834,24, mas nunca o valor de R\$412.530,38, como indicado na Decisão recorrida, pois dissocia da verdade dos fatos ao incluir como ainda passíveis de exigência os valores dos diferenciais de alíquota relativos às notas fiscais já pagas, do que tece considerações sobre o princípio da verdade material.

Diz que, conforme Decisão recorrida, a suposta exigência relativa à Nota Fiscal nº 42779 deveria ser mantida porque o contribuinte, a despeito de não ter recebido as mercadorias referenciadas em tal nota fiscal, não teria adotado os procedimentos que lhe competiam, consistentes em acessar o Portal da Nota Fiscal Eletrônica e aplicar a rotina “manifesto de operação não realizada”, bem como procurar o fornecedor e obter a chave eletrônica da Nota Fiscal de Entrada emitida para documentar o retorno das mercadorias. Porém, a despeito do suposto descumprimento do procedimento aplicável, o recorrente sustenta que a verdade dos fatos evidencia que a referida operação nunca foi realizada, já que o recebimento dos equipamentos correspondentes foi recusado, conforme certificado pela empresa de logística contratada (DHL Supply Chain) e anotação no verso do documento fiscal, em razão dos equipamentos estarem em desacordo com o pedido (fls. 116/118), assim como declaração formal da DHL atestando o não recebimento dos equipamentos (fls. 190/191), cuja falta de obtenção de comprovação junto ao fornecedor decorreu da interrupção do relacionamento comercial, mas de forma alguma altera os fatos que envolvem o processo.

Por fim, o recorrente sustenta que, a verdade dos fatos comprova, de forma inequívoca, que a operação relativa à Nota Fiscal nº 42779 não foi registrada na EFD e, por consequência, não determinou o recolhimento do diferencial de alíquotas correspondente, pelo simples fato de que essa operação nunca foi completada, de modo que igualmente nunca representou o ingresso de quaisquer equipamentos no ativo (físico ou contábil) do contribuinte, razão de considerar flagrante e imprópria a exigência fiscal a ela relativa.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido no lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, relativo ao crédito tributário no qual se exige o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições de ativo imobilizado do estabelecimento, consoante demonstrativo às fls. 5 e 6 dos autos e inerentes aos documentos fiscais nele arrolados, restou comprovado que os valores exigidos no levantamento original foram revisados e reformados pelo próprio autuante, quando da informação fiscal, às fls. 132 a 135, em razão de acolher as alegações de defesa, de:

- i) que os bens relativos às Notas Fiscais nºs: 174, 177, 345, 8290 e 8349 foram recusados e devolvidos, conforme notas de entradas emitidas pelos remetentes, nas quais constam referência à nota fiscal de venda;

- ii) o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas relativo à Nota Fiscal nº 375, emitida em 14/12/2015, porém entregue ao destinatário em 15/01/2016, foi devidamente recolhido no mês de janeiro/16;

Diante de tais considerações, a JJF fundamentou o seu veredito, acolhendo o resultado apurado pelo autuante em sua informação fiscal, do que concordo, para considerar o Recurso de Ofício Não Provido.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, deixo de acatar a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, sob as alegações de: omissão acerca da regularidade do pagamento parcial realizado e de indicação do valor de débito remanescente completamente descabido, pois, ao contrário do que sustenta o recorrente, a Decisão recorrida está perfeita quanto a estas peculiaridades, visto que:

- i) nela foi consignado que *“Em sede de defesa o sujeito passivo reconhece que de fato deixou de registrar algumas das notas fiscais abrangidas pelo Auto de Infração, objeto em análise, e procedeu ao recolhimento das exigências correspondentes, conforme se vê através do demonstrativo “Detalhes de Pagamento PAF” extraído do Sistema da SEFAZ, de fls. 156/157 dos autos”*. Também consta da “Resolução” que devem ser homologados os valores recolhidos. Logo, em consequência, restou comprovada a impertinência da alegação, pois, de fato, na Decisão recorrida não houve omissão acerca do pagamento parcial da infração;
- ii) inerente à alegação acerca do valor do débito remanescente, no montante de R\$412.530,38, melhor sorte não teve o recorrente, pois tal quantia se refere ao valor histórico do valor remanescente após exclusão das Notas Fiscais nºs: 174, 177, 345, 8290, 8349 e 375, como apurado pelo autuante e confirmado pela JJF, por ter sido provado documentalmente que tais operações foram objeto de recusa pelo destinatário ou tempestivamente recolhido o imposto. Nestas condições, por se tratar de valores indevidamente lançados no Auto de Infração, corretamente foram excluídos. Contudo, quanto ao valor reconhecido e recolhido pelo sujeito passivo, se mantém no débito remanescente, para posterior homologação pela repartição fiscal, quando do ajuste final.

No mérito, a alegação recursal é relativa apenas à Nota Fiscal nº 42779, pois, a despeito do suposto descumprimento do procedimento aplicável, deve prevalecer a verdade dos fatos de que a referida operação nunca foi realizada, já que o recebimento dos equipamentos correspondentes foi recusado, conforme certificado pela empresa de logística contratada (DHL Supply Chain) e anotação no verso do documento fiscal, em razão dos equipamentos estarem em desacordo com o pedido (fls. 116/118), assim como declaração formal da DHL atestando o não recebimento dos equipamentos (fls. 190/191), cuja falta de obtenção de comprovação junto ao fornecedor decorreu da interrupção do relacionamento comercial, mas de forma alguma altera os fatos que envolvem o processo.

Há de se ressaltar que a alegação de que não se completou a operação, em que pese o esforço probatório do recorrente não restou comprovado, pois os documentos fiscais envolvidos na operação, a exemplo:

- i) da Nota Fiscal Eletrônica de nº 42779, emitida pela ARJ COMPANY ASS. COM. IMP. EXP. LTDA, em 06/10/15, relativo à venda para o recorrente de 520.000 peças de “CONECTOR DE COMPRESSÃO RG06 PLAS”, consta no Portal da Nota Fiscal Eletrônica como “Autorizada”, conforme Protocolo de Autorização de Uso nº 135150622902244, assim como CT-e Autorizado (Protocolo nº 891150708069255), sendo nela consignado dados da operação e do transportador, inclusive a forma de pagamento “A prazo”, inexistindo qualquer relato de evento no quadro “Informações Complementares” que viesse a confirmar a recusa alegada pelo recorrente, cujas provas documentais se sobrepõe perante ao registrado no verso do DANFE (fl. 118) e até mesmo à declaração de operação não realizada feita pela empresa de logística contratada pelo recorrente, pois tratam-se de prova produzidas pelo próprio recorrente sem o mesmo valor probatório dos documentos fiscais emitidos pelo Sistema Público de Escrituração Fiscal

(SPED) da Receita Federal, salvo comprovada o desfazimento da operação através de emissão de outra Nota Fiscal Eletrônica, pelo fornecedor, sob natureza de operação de entrada, no próprio sistema e com referência à Nota Fiscal nº 42779, o que não ocorreu, segundo o recorrente, em razão da interrupção do relacionamento comercial com o fornecedor, o que não se torna crível dentro do âmbito comercial entre grandes empresas, como no caso concreto;

- ii) do Conhecimento de Transporte Eletrônico de nº 12929, emitido pela AEROTRAFIC Transportes e Logística Ltda., chave de acesso 3515.1006.2070.5900.0131.5700.1000.0129.2916.5870.7274, sob cláusula CIF, com situação atual “AUTORIZADO”, no qual, igualmente, não consta qualquer evento sobre a recusa.

Assim, diante de tais considerações, corroboro com a Decisão recorrida de que:

No caso específico a atitude correta do defendente, ao verificar que a operação amparada pela nota fiscal 42779 estava em desacordo com o seu pedido, e por isso a sua recusa no recebimento do produto, deveria acessar o sistema de nota fiscal eletrônica e aplicar a rotina "manifesto de operação não realizada", o que não o fez.

[...]

Poderia o defendente ter buscando junto ao fornecedor/vendedor (ARJ COMPANY ASS COM IM EXP LTDA) e acostado aos autos cópia ou número de chave da nota fiscal de entrada eletrônica decorrente do retorno de mercadorias não entregue, o que não o fez; apenas se limitou a apresentar como elemento probante da não ocorrência da operação, o registro de um carimbo da transportadora "DHL SUPPLY CHAIN" com o dizer de "RECUSADO".

Há de ressaltar que o art. 4º, § 7º, da Lei nº 7.014/97, à época do fato gerador, previa, para o caso concreto, a **presunção da entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário, caso este não se manifestasse, na forma e no prazo regulamentar, informando que a mercadoria descrita no documento fiscal eletrônico não foi por ele solicitada ou recebida que o adquirente tomasse as seguintes ações**, (grifo nosso):

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

[...]

§ 7º Tratando-se de operação declarada ao Fisco pelo remetente através de documento fiscal eletrônico, presume-se a entrada da mercadoria no estabelecimento do destinatário caso este não se manifeste, na forma e no prazo regulamentar, informando que a mercadoria descrita no documento fiscal eletrônico não foi por ele solicitada ou recebida.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário)

Com a devida vênia, discordo do posicionamento do i. Relator quanto a não aceitação dos elementos probantes apresentados pelo recorrente, os quais visam comprovar que as operações constantes na Nota Fiscal nº 42779, emitida pela ARJ COMPANY ASS. COM. IMP. EXP. LTDA., em 06/10/15, referente à venda para o recorrente de 520.000 peças de “CONECTOR DE COMPRESSÃO RG06 PLAS” não ocorreram.

Em que pese conste no Portal da NF-e como “autorizada”, conforme Protocolo de Autorização de Uso nº 135150622902244, assim como CT-e Autorizado (Protocolo nº 891150708069255), o fato do recorrente não ter seguido a procedimentalidade cabível para negar o recebimento das mercadorias (*acessar o Portal da Nota Fiscal Eletrônica e aplicar a rotina “manifesto de operação não realizada”, bem como procurar o fornecedor e obter a chave eletrônica da Nota Fiscal de Entrada emitida para documentar o retorno das mercadorias*), não anulam ou invalidam as provas por ele apresentadas que, a meu ver, possuem o condão de comprovar a não realização das operações autuadas.

Vejamos:

1. A transportadora apresentou Declaração assinada por funcionário da empresa, devidamente reconhecida em cartório, de que não tinha recebido as mercadorias, em razão dos equipamentos estarem em desacordo com o pedido (fls. 190/191), bem como cópia da Nota Fiscal nº 42779 com anotação de cancelada no verso (fls. 116/118);
2. As operações da Nota Fiscal nº 42779 não foram registradas na EFD do recorrente, o que corrobora com a não realização da referida relação comercial, eis que não houve ingresso de equipamentos no ativo (físico ou contábil) do contribuinte.

Nesta senda, buscando a verdade material no caso em apreço, verifico que o contribuinte carrou ao processo documentos que pudessem comprovar que a operação não foi efetivada.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298636.3005/16-7**, lavrado contra **SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$359.043,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Paulo Danilo Reis Lopes, José Rosivaldo Evangelista Rios, Valnei Sousa Freire e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário) – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR/ VOTO VENCIDO
(Recurso Voluntário)

LAÍS DE CARVALHO SILVA - VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS