

A. I. Nº - 281394.0001/17-2
AUTUADO - SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/06/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-01/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração caracterizada, pois o autuado é contribuinte do ICMS e as aquisições foram destinadas ao ativo fixo ou para uso ou consumo no estabelecimento, no qual realiza prestações de serviço de comunicação multimídia. Infração 01 subsistente. 2. MULTA. FALTA DE ENTREGA DA EFD. Autuado entregou a EFD sem as informações exigidas pela legislação. A entrega posterior em decorrência de intimação do fisco, não exime o autuado da imputação de penalidade pela falta de cumprimento da referida obrigação acessória. Retirada a exigência dos meses de novembro e dezembro de 2015, em razão de alteração da legislação, excluindo a imputação da penalidade no caso em lide para esses períodos. Infração 02 subsistente em parte. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 31/03/2017, formaliza a exigência de ICMS e multa no valor total de R\$92.605,51, em razão das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 01 (06.05.01) - 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, ocorrido nos meses de janeiro a novembro de 2014 e de janeiro a setembro e em novembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$59.485,51, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 02 (16.14.04) – deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) ou entregou sem as informações exigidas nas formas e nos prazos previstos na legislação tributária, ocorrido nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, sendo exigida multa de R\$33.120,00, prevista na alínea “I” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 69 a 87. Disse que a imputação da infração 01 fere o princípio da legalidade porque nos exercícios de 2014 e 2015 não havia previsão legal para incidência do ICMS nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação na prestação de serviço de qualquer natureza (art. 3º, § 1º da Lei nº 7.014/96).

Acrescentou que o princípio da legalidade estabelece que nenhum tributo pode ser instituído ou majorado, sem que haja uma lei formal que autorize, assim a Constituição Federal assegura que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sem que uma lei autorize.

Em relação à infração 02, alegou que fere o princípio da verdade material e deixa de observar o devido processo legal, uma vez que o ilustre autuante, por equívoco, deixou de verificar a retificação da Escrita Fiscal Digital – EFD, para atendimento da intimação efetuada por ele e retificada no prazo legal, conforme art. 248 do RICMS.

Explicou que as EFDs foram apresentadas dentro do prazo da intimação, para sanar incorreções, razão porque o autuante concedeu o prazo de 30 dias para retificação. Como seu perfil não estava

adequado, foi feita solicitação ao Departamento de Automação comercial da SEFAZ, através do “Fale Conosco” de adequação do perfil de “B” para “A”, conforme se constata na mensagem em anexo (fls. 103 a 105).

Discorreu que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Ressaltou que a imputação de infração 02 deixou de observar o devido processo legal, uma vez que o ilustre autuante, por equívoco, deixou de observar a retificação da Escrita Fiscal Digital – EFD para atendimento da intimação efetuada por ele e retificada no prazo legal pelo Contribuinte intimado, como se verifica na transmissão alteração de perfil de “B” para “A” em anexo (fls. 100 e 101).

Destacou que, por não ter sido observado o quanto disposto no art. 28, IV do RPAF/99, o presente auto de infração deve ser declarado nulo, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do mesmo Regulamento Processual.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 214 e 215. Citou o inciso VII do art. 2º da Lei 7.014/1996 que determina a incidência do ICMS sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Destacou que, de acordo com o inciso XV do art. 4º da Lei nº 7.014/1996, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento 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 subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.

Lembrou que o autuado presta Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, através de Rede Própria, conforme folhas 207 a 213, que é tributado pelo ICMS.

Em relação à infração 02, disse que o fato do contribuinte estar obrigado a enviar a EFD conforme o perfil A e estar cadastrado como perfil B não interfere no envio ou na recepção destas. Tanto que foram recepcionadas, conforme folhas 111 a 206. Reiterou que a infração deve-se ao fato de os arquivos não conterem os dados exigidos. Concluiu afirmando que as EFD’s enviadas não continham dados exigidos nem para o perfil A nem para o perfil B.

O autuado apresentou manifestação das fls. 220 a 223. Reiterou que, de acordo com o § 1º do art. 3º da Lei nº 7.014/96, nos exercícios de 2014 e 2015 não havia incidência do imposto sobre essas circunstâncias, tendo sido posteriormente revogada pela Emenda Constitucional nº 87, de 16/04/15, com efeitos a partir de 01/01/16.

Em relação à infração 02, ressaltou que ficou demonstrado na peça defensiva e nos documentos anexos que a acompanham que procedeu à retificação da Escrita Fiscal Digital – EFD, efetuada para atendimento da intimação fiscal e realizada no prazo legal, como se verifica nos recibos de transmissão que solicita alteração de perfil de “B” para “A” anexados à exordial. Acrescentou que foram feitas todas as retificações devidas, inclusive a que diz respeito à troca do perfil, sanando, desta forma, as incorreções identificadas.

À fl. 227, o autuado informou o novo endereço dos advogados que o representa e para o qual requereu que fossem dirigidas todas as intimações referentes a este Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo

diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Rejeito o pedido de nulidade, em razão da falta de emissão do Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, previsto no inciso IV, do art. 28 do RPAF. Não haviam motivos para emissão de qualquer desses termos. Não houve apreensão no procedimento fiscal que culminou com o presente lançamento tributário.

O presente Auto de Infração, trata da exigência do pagamento da diferença de alíquotas na aquisição de bens do ativo e material de uso ou consumo, oriundos de outras Unidades da Federação e de multa pela não apresentação da EFD, ou entrega sem as informações exigidas, no prazo regulamentar.

Em relação à infração 01, não procede à alegação do autuado de que estaria amparado por regra que a desoneraria do pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

O texto citado pelo autuado (inciso I, do § 1º, do art. 3º da Lei nº 7.014/96) está inserido em artigo que trata de hipóteses em que não há incidência do ICMS. Complementarmente, o § 1º acrescenta regra que, por óbvio, refere-se a disposição contida no inciso XIV do caput do artigo, que determinava a não incidência do ICMS na seguinte hipótese:

“saídas ou fornecimentos decorrentes de operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída ou do fornecimento, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses de incidência do ICMS previstas em lei complementar;”.

Os parágrafos de um artigo têm a função de acrescentar informações ou fazer exclusões às regras contidas em seu caput. De acordo com o Manual de Redação da Presidência da República, os parágrafos são disposição secundária de um artigo em que se explica ou modifica a disposição principal.

No caso em discussão, o inciso I, do § 1º, do art. 3º da Lei nº 7.014/96, acrescentou à regra contida no inciso XIV do caput do referido artigo, disposição esclarecendo que a não incidência alcançaria também o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias ou materiais, efetuadas por prestador de serviço, para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza sujeita ao ISS.

O referido dispositivo, estabelece uma desoneração como forma de ratificar o que, por óbvio, já não seria hipótese de incidência do ICMS, as aquisições de mercadorias ou materiais para emprego ou aplicação nas prestações de serviços não sujeitas ao ICMS. Essas aquisições não poderiam estar sujeitas ao pagamento do imposto, pois estão vinculadas a prestações de serviço sujeitas ao ISS.

A revogação tácita do referido dispositivo, em decorrência da Emenda Constitucional nº 87, de 16/04/15, ajustou a legislação à nova regra de repartição das receitas nas operações interestaduais destinadas a não contribuinte do imposto. Antes da Emenda Constitucional, a afirmação de que não era devido o pagamento da diferença de alíquotas ia ao encontro de outra regra que estipulava a aplicação da alíquota interna nas saídas interestaduais destinadas a não contribuinte do ICMS.

Como nas remessas para não contribuintes do ICMS, a alíquota a ser aplicada era a interna do Estado remetente, ainda que viesse tributada indevidamente pela alíquota interestadual, não seria devido ao Estado de destino o pagamento da diferença de alíquotas, pois se tratavam de bens e mercadorias destinados ao emprego em atividade não sujeita ao ICMS.

Com a emenda constitucional, as saídas interestaduais destinadas a não contribuintes passaram a ser tributadas pela alíquota interestadual e o imposto apurado pela diferença entre a alíquota interna do Estado de destino, e a alíquota interestadual aplicada na operação passou a ser do Estado de destino, sob a responsabilidade do remetente. Daí porque a necessidade da sua revogação. Passou a vigor a regra em que o pagamento da diferença de alíquotas nas remessas interestaduais a não contribuintes do ICMS passou a ser devido ao Estado de destino.

Por outro lado, o inciso XV, do art. 4º da Lei nº 7.014/1996, estabelece como fato gerador do ICMS a entrada efetuada por contribuinte do ICMS, em decorrência de operação interestadual, de mercadorias destinadas ao seu uso, consumo ou ativo permanente. Assim, por ser o autuado contribuinte do ICMS, pois realiza prestações de serviço de comunicação multimídia, está sujeito ao pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de ativo imobilizado ou materiais de uso e consumo do estabelecimento. Infração 01 subsistente.

Em relação à infração 02, o autuado conduz a sua defesa no fato de que a EFD do período objeto da autuação, foi efetivamente entregue após a intimação recebida da SEFAZ, para que substituisse a anterior sem os dados exigidos na legislação ou que deixaram de ser entregues.

Entretanto, o fato do autuado cumprir uma intimação para retificação de uma obrigação acessória não realizada, não retira a infração anteriormente cometida que foi a capitulada nesta infração. O autuado não entregou a EFD no prazo regulamentar ou entregou sem as informações exigidas. De acordo com o § 2º, do art. 250 do RICMS, os contribuintes deverão transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Por óbvio, que o atendimento da intimação prevista no § 4º, do art. 247 do RICMS, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar, não tem o condão de eximir o contribuinte da penalidade imposta na alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Aliás, caso o contribuinte não cumprisse a intimação, estaria sujeito à multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, de forma cumulativa à penalidade aplicada por meio deste auto de infração, conforme estabelecido também no mesmo dispositivo que trata da presente multa aplicada.

Entretanto, entendo que a multa não deve ser aplicada em relação ao mês de dezembro de 2015, pois a entrega da EFD sem as informações exigidas na legislação deixou de ser motivo para imputação da penalidade indicada nos autos em razão da alteração na alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos a partir de 11/12/2015. Assim, a infração 02 permanece subsistente em parte, alcançando o período de janeiro de 2014 a outubro de 2015, com a retirada da exigência referente aos meses de novembro e dezembro de 2015, pois a entrega desses arquivos somente deveriam ocorrer a partir do dia 25 de dezembro de 2015.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$89.845,51.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.0001/17-2**, lavrado contra **SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.485,51**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$30.360,00**, prevista na alínea “I”, do inciso XIII-A do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR