

PROCESSO - A. I. N° 269135.0003/21-4
RECORRENTE - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5^a JJF n° 0163-05/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/10/2022

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0243-12/22-VD

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento. Afastada a nulidade suscitada pela Autuada, e desnecessária se faz a realização de diligência, considerando que os elementos fático-probatórios já se encontram presentes nos autos. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 5^a JJF sob n° 0163-05/21-VD que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2020, para exigir da Autuada ICMS no valor histórico de **R\$ 373.155,06**, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Período de auditoria janeiro a dezembro de 2020. Infração demonstrada à folha 05 e documentos gravados no CD (fl. 12) anexado ao PAF.

Enquadramento Legal: Art. 4º, inciso XV da Lei de n° 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, alínea “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto de n° 13.780/2012. **Multa** prevista no art. 42, II, “f” da Lei n° 7.014/96.

Os Autuantes acrescentaram que:

“O contribuinte deixou de registrar diversas Notas Fiscais de entrada da EFD não efetuando o recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL) das mercadorias constantes nestas Notas Fiscais de entrada que não foram identificadas na EFD. A Empresa tomou ciência da intimação de n° 05/2020 em 12/04/2021. Solicitou mais prazo para o atendimento em 20/04/2021, o qual foi concedido pela fiscalização. Em 03/05/2021 respondeu a intimação informando que não foi possível localizar os documentos ou apresentar explicação para o não lançamento das Notas Fiscais, sendo, portanto, objeto de cobrança do DIFAL das Notas Fiscais recebidas de outras unidades da Federação. “

A Autuada apresentou sua impugnação, conforme peça de defesa anexa aos autos (fls. 23 a 31) e documentação comprobatória às folhas 32 a 105.

Os Autuantes prestam Informação Fiscal às folhas 108 a 109. Ressalta o autuantes que não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória, mas sim falta de recolhimento do imposto. Pugnam pela PROCEDÊNCIA do presente auto de infração.

A 5^a JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transrito, julgando, por unanimidade, Procedente o presente Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$ 373.155,06, acusando o cometimento de uma única infração: ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da

Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, englobado no período de janeiro a dezembro de 2020.

De início, antes de ingressar no mérito propriamente dito da autuação, a Autuada apresentou em sua contradita, argumento relacionado à preliminar de nulidade do Auto de Infração, onde trouxe, em apertada síntese, a questão da “**Ausência de descrição clara e precisa dos fatos que embasam a autuação**”, em que o Autuante **deixou de indicar de forma clara e precisa as circunstâncias que ensejaram a exigência fiscal**, tampouco apontou as provas que embasaram a conclusão de que a Autuada teria cometido as ilegalidades ali apontadas. Sendo o auto a peça inaugural de um processo de acusação fiscal, deve apresentar todos os elementos necessários para que a Autuada tenha meios de identificar a infração cometida e apresentar a defesa cabível, deixando o Autuante de esclarecer a razão que teria motivado a autuação, limitando-se a **indicar genericamente que a Autuada não teria observado as disposições legais aplicáveis e que teria deixado de escriturar notas fiscais na EFD**, deixando de comprovar o recolhimento de DIFAL no período autuado que justificaria a lavratura do presente Auto de Infração, não havendo no restante do Auto de Infração qualquer indicação/demonstração dos motivos que teriam sido apurados pelo Autuante, para infirmar o descumprimento das obrigações que culminaram na autuação, muito menos apresentação clara dos montantes supostamente devidos pela empresa.

No entanto, não é isto que vejo ao compulsar os documentos processuais que compõem este auto. Atesto, tal qual os Autuantes, em sede de informação fiscal, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários e indispensáveis à legitimização do lançamento do crédito tributário, tais como: a infração o infrator, natureza da infração e o montante do débito tributário. Faz-se acompanhar do meio magnético CD (fl. 12), o qual contém a planilha elaborada no formato do programa Excel, sob o título “01-DIFAL-Entradas-não-registradas-2020”, a qual contém as Notas Fiscais emitidas, tendo-se como destinatária a Autuada (TELFÔNICA BRASIL S/A), constante no repositório nacional de Notas Fiscais Eletrônicas, minuciosamente detalhada, contendo todos os cálculos que embasaram o presente Auto de Infração.

Além disto, o presente Auto se fez acompanhado dos Termo de Intimação de nº 05/2020, de 08/04/2021, (fls. 08), em que se atribuiu, à Autuada, o prazo de 10 dias para esclarecimentos, tendo sido prorrogado a pedido desta, em 20/04/2021, por mais 15 dias, e na data de 03/05/2021 a Autuada informa que ainda continua a busca da documentação, estendendo-se, deste modo, o prazo até a data da lavratura em 28/06/2021, períodos concedidos a mais à Autuada, a fim de que pudesse exercer plenamente seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Percebe-se, infelizmente, que a Autuada preferiu encaminhar o seu norte defensivo em cima das **informações adicionais acrescidas** pelos Autuantes, que assim o fizeram, ao trazer à peça acusatória maiores esclarecimentos pelos quais a Autuada estava **sendo demandada na infração**, a fim de fornecer-lhe maior clareza quanto ao imputado, no entanto, distorceu-se a **infração**, que claramente se refere a “**deixar de recolher imposto**” para as questões acessórias de ter-se deixado de escriturar notas fiscais na EFD.

Assim, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi verificada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade.

Afasto, portanto, a nulidade suscitada pela Autuada, e desnecessária se faz a realização da diligência suscitada, considerando que os elementos fático-probatórios já se encontram presentes nos autos.

No Mérito, suscintamente, a Autuada alega a **Impossibilidade de cobrança de débito por mero descumprimento de obrigação acessória** pois a alegação de ausência de escrituração das notas fiscais na EFD, correspondentes à aquisição de bens do ativo fixo não pode ser razão para a cobrança de débitos, decorrente da suposta ausência de pagamento do DIFAL. Deveria o Autuante ter lavrado Auto de Infração para a **cobrança de multa formal pelo suposto descumprimento de obrigação acessória**.

Salientou que **eventuais irregularidades formais** não têm o condão de incorrer em necessidade de pagamento de valores, além de multa e juros, que sequer foram demonstrados pelo Fisco baiano. Frisa-se, é **patente a presunção de que a ausência da escrituração das notas necessariamente levou ao não recolhimento do DIFAL**. Porém, é evidente que se faz imprescindível apurar a verdadeira natureza da operação praticada, e se sobre a mesma incidiu o imposto.

Os Autuantes informam que a infração que está sendo imputada ao contribuinte é de que “**Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação**”. Explicaram que apenas se mencionou que as entradas deixaram de ser escrituradas na EFD, para melhor entendimento da infração. Portanto, verifica-se que não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória, mas sim falta de recolhimento do imposto.

Verifica-se que tal qual a sustentação estabelecida pela Autuada na preliminar de nulidade, no mérito também se repete o fio condutor da contestação, não tendo enfrentado a Autuada o quesito da falta de recolhimento do ICMS DIFAL, referente às Notas Fiscais apresentadas pelos Autuantes. A Autuada não trouxe aos autos

documentação que elidiria a infração a ela imputada, ou seja, aquela referente ao pagamento da obrigação tributária principal, indicando a extinção desta (artigo 113 § 1º do CTN), voltando-se novamente ao discurso de que se trata de obrigação acessória de escrituração das operações de circulação de mercadorias.

O Enquadramento legal atribuído à infração, **refere-se à obrigação tributária principal**, que surge com a ocorrência do fato gerador estabelecido para o Diferencial de Alíquotas no art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 305 § 4º alínea “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto de nº 13.780/2012, onde se estabelece que constitui-se débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher, aquele referente ao valor correspondente à diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente.

No tocante ao pedido de redução da multa, pelo fato de se revestir em descumprimento de obrigação principal, falece competência a este órgão julgador de 1ª Instância, sua redução ou não aplicação.

Em referência ao endereço para correspondências processuais, deve ser feita tendo em vista as prescrições do art. 272 § 5º do CPC (Código de Processo Civil):

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Ademais, deverá o órgão de preparo, quando da ciência do acórdão, intimar os defensores constituídos nos autos, no endereço de representação (fl. 31).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

A recorrente, com fundamento nos artigos 169, inciso I, alínea “b” e 171 do Decreto Estadual nº 7.629/99 (regulamento do processo administrativo fiscal – “RPAF”), apresenta seu Recurso Voluntário a este conselho de fazenda estadual (consef) do estado da bahia, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Requer a nulidade em razão da Fiscalização Estadual deixar de indicar, de forma clara e precisa, as circunstâncias que ensejaram a exigência fiscal, tampouco apontou as provas que embasaram a conclusão de que a Recorrente teria cometido as ilegalidades ali apontadas.

Afirma que a descrição do referido Auto de Infração deve, obrigatoriamente, ser clara e precisa, descrevendo os fatos que justifiquem a aplicação da penalidade, a fim de que o autuado possa se defender adequadamente. Justamente por esse motivo, a Recorrente frisou a necessidade de conversão em diligência, para que, com base em solicitação e apresentação de documentos, pudesse ter clareza e, mais do que isso, certeza do que efetivamente está sendo cobrado.

No mérito aduz que a ausência de escrituração das notas fiscais na EFD, correspondentes à aquisição de bens do ativo fixo não pode ser razão para a cobrança de débitos decorrente da suposta ausência de pagamento do DIFAL. Contesta para presunção de que a ausência da escrituração das notas necessariamente levou ao não recolhimento do DIFAL.

Ressalta que se faz necessário apurar a verdadeira natureza da operação praticada e se sobre a mesma incidiu o imposto. Salienta que a descrição da infração sustenta que “o contribuinte deixou de registrar diversas Notas Fiscais de entrada na EFD não efetuando o recolhimento do diferencial de alíquota” e, por essa razão, a Recorrente sustenta que não pode ser cobrado supostos débitos de DIFAL decorrentes da aquisição de bens do ativo fixo, ainda mais quando a contabilidade da empresa contém todos os elementos necessários para a apuração desses valores. O descumprimento de obrigação acessória não pode acarretar, automaticamente, na exigência da obrigação principal, sob pena da forma prevalecer sobre o conteúdo.

Afirma restar evidente a necessidade de conversão em diligência do presente feito, para justamente (i) se determinar a natureza das operações e, por conseguinte, se seria devido o DIFAL, como alegam as Autoridades Fiscais e (ii) a Recorrente possa demonstrar, por meio de seus registros e livros, o recolhimento do referido imposto ainda que exista eventuais irregularidades em sua escrituração.

Na remota hipótese de se entender possível a manutenção da exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração em questão, requer a recorrente a redução da multa aplicada, diante de seu caráter abusivo, arrecadatório e confiscatório. Invoca o artigo 3º do CTN.

Diz que a presente penalidade desobedece ao artigo 150, inciso IV da CF/88, revestindo-se de

finalidade arrecadadora, na forma de confisco. Aponta que a multa aplicada é totalmente desproporcional à suposta infração cometida e ultrapassa os limites da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que não houve fraude ou sonegação, acompanhadas de dolo ou má-fé que justificasse a imposição de tão elevada penalidade.

Sinaliza que E. STF negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) no Recurso Extraordinário nº 523.471/MG, reconhecendo (i) que o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas, e não apenas aos tributos, e (ii) a abusividade de multa de 60%.

Pleiteia, seja o julgamento convertido em diligência para que sejam efetivamente analisados os documentos comprobatórios apresentados, até mesmo para fins de aplicação do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em respeito ao princípio da verdade material, a Recorrente pleiteia lhe seja assegurado o direito à produção de qualquer meio de prova em Direito admitido, em especial pela posterior juntada de novos documentos, e prova pericial contábil, caso tida como necessária por esse órgão julgador, nos termos do artigo 145, parágrafo único do RPAF.

Por fim, a Recorrente protesta pela oportuna intimação pessoal de seus advogados, signatários da presente, para que possam sustentar oralmente as razões do presente Recurso Voluntário perante esse E. CONSEF, no endereço Rua Hungria, 1.100, Jardim Europa, São Paulo/SP, CEP 01455-906 e nos endereços eletrônicos: rmartone@pn.com.br e hvalente@pn.com.br, conforme lhe faculta o artigo 163 do RPAF.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário trata de infração única imputada a ora recorrente, apontando para falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Restringe-se, portanto, o presente Recurso Voluntário a reprisar as mesmas teses trazidas em sede de defesa, quais sejam: **i**) a nulidade em razão da Fiscalização Estadual deixar de indicar, de forma clara e precisa, as circunstâncias que ensejaram a exigência fiscal; **ii**) no mérito alega que a ausência de escrituração das notas fiscais na EFD, correspondentes à aquisição de bens do ativo fixo não pode ser razão para a cobrança de débitos decorrente da suposta ausência de pagamento do DIFAL; **iii**) requer a conversão do feito em diligência e subsidiariamente a redução da multa aplicada.

Da análise das preliminares suscitadas pela recorrente, percebo que a empresa autuada tomou o devido conhecimento da autuação, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, na medida em que foram entregues ao recorrente os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso, tendo a recorrente se posicionado em relação aos pontos da autuação.

O Auto de Infração atende, pois, aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

O autuante acostou à fl. 12, mídia contendo planilha em formato do programa Excel, sob o título “01-DIFAL-Entradas-não-registradas-2020”, indicando as Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores, sendo a destinatária a empresa Autuada, assim como os cálculos realizados para a exigência em comento.

Em referência às colocações adicionais do autuante, por certo, não ajudaram na melhor compreensão da infração ali imputada, todavia, não se pode concluir que referidas informações tenham prejudicado o exercício do contraditório. O descriptivo original evidencia com precisão a infração cometida pelo descumprimento de uma obrigação principal e não acessória, como quis

crer a recorrente.

Portanto, verifica-se que não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória, mas sim falta de recolhimento do imposto.

Pelo exposto, não colho as razões preliminares suscitadas.

No mérito, alega a recorrente restar evidente a necessidade de conversão do PAF em diligência para que seja determinada a natureza das operações, de forma a demonstrar, por meio de seus registros e livros, o recolhimento do referido imposto ainda que exista eventuais irregularidades em sua escrituração.

Ocorre que, apesar da insurgência acima, é de se concluir que a recorrente não se desincumbiu do encargo probatório nessa fase recursal, senão vejamos:

- a)** Não acostou qualquer documento probatório da quitação do ICMS-DIFERENÇA DE ALÍQUOTA para os fatos geradores do período lançado;
- b)** Não há qualquer sinalização para o desconhecimento das operações objeto do presente Auto de Infração;

Ou seja, desde a fase impugnatória até a presente fase recursal a recorrente sequer trouxe qualquer elemento de prova que motivasse a realização da diligência perquirida. Registre-se ainda que o contribuinte recorrente sequer se insurgiu quanto as planilhas elaboradas pelo fiscal autuante, assim, como não apontou ou sinalizou para qualquer erro nos demonstrativos elaborados.

Referida conduta processual da recorrente denota sua contumácia no tocante ao seu ônus da prova, revelando, pois, a pertinência da conclusão proferida pelo juízo de primeiro grau. A recorrente não foi proativa na reunião dos documentos exigidos para comprovar a tributação das aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Quanto às multas aplicadas, foge da competência desse Colegiado a apreciação de redução de multa por obrigação principal, a teor dos artigos 158/159 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269135.0003/21-4, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 373.155,06**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, II, “f” da Lei de nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS