

PROCESSO - A. I. Nº 206859.0016/03-2
RECORRENTE - TMB TELECOMUNICAÇÕES MÓVEIS DO BRASIL LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0036-02/04
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI
INETERNET - 01.06.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0086-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. **b)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. **c)** MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **d)** FALTA DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Infrações caracterizadas. Não acatada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

Trata-se de Recurso Voluntário, a teor do art. 169, Inciso I, “b”, do RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e alterações posteriores, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela Eg. 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0036-02/04 que, por Decisão unânime, julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o valor de R\$233.914,71, inerente aos exercícios de 2000 e 2001, em razão de onze infrações, das quais o contribuinte apenas se atém às quatro primeiras exigências, estando, portanto a lide, restringida às infrações a impugnadas, a seguir descritas:

1. da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$45,34, decorrente de lançamento em duplicidade do documento fiscal no mês de fevereiro de 2000;
2. da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$4.051,95, decorrente de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais;
3. da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.194,75, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária (ICMS tributado somente pelo prestador de telecomunicação de acordo com o Convênio ICMS 126/98);
4. da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$53.691,31, inerente aos meses de abril, maio e julho de 2000 e abril, agosto e novembro de 2001, por não ter apresentado o competente documento comprobatório do direito ao referido crédito;

Preliminarmente, o D. Julgador de Eg. Junta de Julgamento Fiscal, rejeita os pedidos de nulidade argüidos pelo autuado, por entender que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, sob o argumento de que processo encontra-se devidamente instruído de suas provas documentais, cujo entendimento das acusações foram demonstradas pelo autuado quando das suas manifestações.

Ressalta que o fato do enquadramento da segunda infração (inciso XI - inexistente - do art. 124 do

RICMS) ter sido equivocado, não acarreta a nulidade do Auto de Infração, conforme §1º do art. 18 do RAPF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que foi posteriormente corrigido, quando da informação fiscal procedida, da qual teve ciência o autuado.

Quanto ao mérito, verifica que o sujeito passivo limita-se apenas a apresentar provas e alegações relativas à quarta infração, no que diz respeito a glosa dos créditos fiscais em razão da não apresentação dos documentos comprobatórios do direito aos respectivos créditos fiscais. Neste sentido o autuado anexa às fls. 1.159 a 1.162 e 1.185 dos autos, cópias das 2ª vias das seguintes notas fiscais:

N. Fiscal nº	Emissão	Emitente	Nat. Operação	Vlr Total	Crédito ICMS
3163	07/04/2000	TMB Telec. Móveis Br. Ltda	Transferência	22.950,00	1.606,50
3115	29/04/2000	TMB Telec. Móveis Br. Ltda	Transferência	171.461,54	12.002,31
3139	31/05/2000	TMB Telec. Móveis Br. Ltda	Transferência	228.632,34	16.004,26
3178	31/07/2000	TMB Telec. Móveis Br. Ltda	Transferência	278.198,49	19.473,89
13599	21/08/2001	Telebahia Celular AS	Venda	4.485,00	762,45

Da análise dos documentos fiscais acima, o D. Julgador observa que, na sua maioria, referem-se a operações de transferência e, inexplicavelmente, diz, “os referidos documentos foram apresentados na sua 2ª via, o que não se justifica uma vez que se trata de uma mesma empresa.”

Neste sentido, observa que o inciso IX do art. 97 do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, veda ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou pagamento do imposto em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão de crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte, o que não ocorre no caso concreto, pois segundo o próprio autuado assevera que os documentos existem e que foram entregues ao autuante quando da ação fiscal.

Assim, afirma que: “tais documentos não devem ser aceitos, pois não são os legais para a comprovação do direito ao crédito fiscal, objeto de glosa no Auto de Infração”, motivo pelo qual, mantém, na íntegra, a exigência fiscal quanto a esta quarta infração.

Ante as razões expostas, rejeita as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Como o contribuinte não adentrou o mérito da autuação, quanto às demais infrações, entendeu que está correto o valor exigido e votou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em ralação às razões de recurso estas limitam-se às preliminares de nulidade do auto de infração, o mesmo que já foi objeto de irresignação em sua primeira defesa, ou seja, os vícios relativos à motivação da ação fiscal.

Ouvida a PGE/PROFIS esta em Parecer diz que os argumentos do recurso são os mesmos da defesa, os quais já foram rebatidos no julgamento realizado em 1ª Instância, que i. Procuradoria, neste Parecer, ratifica. Diante destas observações, opina pela manutenção da autuação nos seus termos iniciais, pois, esclarece: “em que pese o fato de o recurso voluntário devolver a matéria, em sua totalidade à apreciação deste Conselho, as razões oferecidas pela recorrente são inócuas, inaptas para

proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entende que não deve ser provido o recurso.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o valor de R\$233.914,71, inerente aos exercícios de 2000 e 2001, em razão de onze infrações, das quais o contribuinte apenas se atém às quatro primeiras exigências, que se referem à glosa de créditos, estando, portanto a lide, restringida às infrações impugnadas.

Em ralação às razões do Recurso Voluntário, estas limitam-se às preliminares de nulidade do Auto de Infração, o mesmo que já foi objeto de irresignação em sua primeira defesa, ou seja, *os vícios relativos à motivação da ação fiscal*, isto refere-se ao equívoco cometido na autuação, o que foi corrigido pelo autuante na informação fiscal e bem ressaltado no voto do ilustre relator, com fundamento na legislação, posto que da descrição dos fatos, “*se conclui corretamente a infração cometida e não implica em cerceamento de defesa como alegado, pois se defende de fatos não de indicação de dispositivo legal.*”

No mérito, ante a análise dos documentos acostados aos autos, embora o recorrente tenha alegado não ter cometido as infrações referentes à glosa dos créditos relacionadas no Auto de Infração, prevaleceu o argumento de que as notas fiscais juntadas em 2^a vias, “*não se justifica uma vez que se trata de uma mesma empresa.*”

É que o inciso IX do art. 97 do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, veda ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou pagamento do imposto em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão de crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte, o que não ocorre no caso concreto, pois segundo o próprio autuado assevera que os documentos existem e que foram entregues ao autuante quando da ação fiscal.

Com base em tal prescrição legal, tais documentos não devem ser aceitos, pois não são os legais para a comprovação do direito ao crédito fiscal, objeto de glosa no Auto de Infração, motivo pelo qual, mantém-se, também, na íntegra, a exigência fiscal quanto à quarta infração.

Ante as razões expostas, também, rejeitamos as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Como o contribuinte não adentrou o mérito da autuação, quanto às demais infrações, entendemos, de igual forma, que está correto o valor exigido motivo pelo qual o Recurso Voluntário é **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206859.0016/03-2, lavrado contra **TMB TELECOMUNICAÇÕES MÓVEIS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$230.377,51**, sendo R\$150.813,50, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$4.988,42; 60% sobre R\$136.163,59 e 70% sobre R\$9.661,49, previstas,

respectivamente, no art. 42, I, “a”; II “a” e “b” e VII, “a”, e III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$79.564,01 acrescido das multas de 60% sobre R\$79.218,42 e 70% sobre R\$345,59, previstas no art. 42, II, “a” e VII, “a”, e III, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$3.060,92** e **R\$52,10**, atualizadas monetariamente, e **R\$300,75** e **R\$123,43**, com os respectivos acréscimos legais, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XI, da Lei n.º 7.014/96.

Sala das sessões do CONSEF, 12 de maio de 2004.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS