

A. I. N° - 206859.0016/03-2
AUTUADO - TMB TELECOMUNICAÇÕES MÓVEIS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - VLADIMIR MÁXIMO MOREIRA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 26.02.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0036-02/04

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. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTAS. Comprovadas as infrações. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** LANÇAMENTOS COM DIVERGÊNCIAS ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LIVROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Acusações subsistentes. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** DIFERENÇA DECORRENTE DA DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. **b)** DIFERENÇA DECORRENTE DA DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Comprovadas as Infrações. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, exige o valor de R\$233.914,71, relativo aos exercícios de 2000 e 2001, conforme documentação às fls. 20 a 1.114 dos autos, em razão:

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;
5. da multa, no valor de R\$3.361,67, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

6. da multa, no valor de R\$175,53, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias não sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;
7. da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$10.007,08, referente as operações não escrituradas no livros fiscais;
8. da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$140.234,61, em função da divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios;
9. da falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$4.988,42, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, inerentes aos meses de abril, maio e julho de 2000;
10. do recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$2.575,64, inerente ao mês de junho de 2000, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, e
11. do recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no Livro Registro de Saídas e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

O autuado, através de seus advogados devidamente habilitados, apresenta defesa, às fls. 1.118 a 1.131 do PAF, onde tece as seguintes razões:

1. Preliminarmente, ressalta que com a simples leitura do Auto de Infração depreende-se que não é permitido ao autuado conhecer da motivação que levou a realizar o ato da lavratura, pois o autuante não cuidou de relacioná-la devidamente com os fatos considerados ensejadores da autuação, não demonstrando qualquer correlação lógica entre as infrações supostamente cometidas e os respectivos fundamentos legais. Cita doutrina neste sentido. A título de exemplo, reporta-se à infração 02 – 01.02.41, cujo enquadramento legal consta art. 93, §5º, inciso I; art. 97, inciso VIII e art. 124, XI do RICMS. Assim, destaca que à época da ocorrência do fato gerador, não existia o inciso XI do art. 124 do RICMS, o que fere o princípio da legalidade, o que já é fato suficiente para anular o Auto de Infração.
2. No tocante às infrações relativas a utilização indevida de créditos fiscais, defende que o autuante antes deveria ter anulado os créditos considerados indevidos, para, e somente assim, exigir o ICMS recolhido a menor, pois como se sustentaria a cobrança da diferença do montante a ser pago a título do imposto. Entende ser mais uma razão para o Auto de Infração ser anulado.
3. Quanto a glosa dos créditos fiscais decorrente de notas fiscais não apresentadas ao fisco, relacionadas no “Demonstrativo Anexo 1”, anexa, às fls. 1159 a 1162, 2ª via dos documentos fiscais de n.º: 3163, com ICMS de R\$1.606,50; 3115, ICMS de R\$12.002,31; 3139, ICMS de R\$16.004,26 e 3178, ICMS de R\$19.473,89, do que entende comprovar a legalidade da operação e o incontestável direito ao crédito. Assim, assevera que tais notas existem e tiveram à disposição da fiscalização. Invoca o princípio da não-cumulatividade do imposto e cita doutrina.
4. Por fim, entendendo comprovada a ausência de motivação da autuação, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou caso contrário, a anulação especificamente no que se refere ao item “C” da primeira infração apontada na “Descrição dos Fatos”, face à insubsistência da fundamentação, tendo em vista que restou comprovado o direito da impugnante ao crédito do imposto escriturado, representado nas notas fiscais anexadas à presente impugnação.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 1.164 a 1.165, aduz que a motivação para a lavratura do Auto de Infração está bastante evidenciada e com clareza nos demonstrativos apresentados ao contribuinte e anexados ao processo (fls. 20 a 95), bem como na descrição dos fatos (fls. 2 a 3) com seus respectivos enquadramentos legais.

Admite que não existe o inciso XI do art. 124, porém, essa inserção não modifica em nada a irregularidade apurada e reconhecida pelo contribuinte, uma vez que, o mesmo não discute o fato apurado. Destaca que o enquadramento aplicado a infração está de acordo com a legislação fiscal e a

inclusão do referido inciso XI em vez do inciso I em nada prejudicou o entendimento do autuado de que deixou de recolher no prazo legal o ICMS devido.

Quanto as quatro primeiras infrações agrupadas pelo autuado, relativas ao uso indevido de crédito fiscal, sob a alegação de que deveria o autuante anular/estornar os créditos indevidos, para só aí cobrar o ICMS devido, entende que o ato de estorno ou anulação de crédito fiscal é privativo do contribuinte na forma do art. 100 do RICMS, cabendo ao autuante aplicar, como o fez, os dispositivos elencados no Auto de Infração.

No tocante ainda à quarta infração, invoca as duas intimações para apresentação dos documentos fiscais, como prova de que os mesmos não foram apresentados quando da ação fiscal. Ressalta que ainda assim, o contribuinte anexa aos autos apenas parte das notas fiscais não comprovadas, o que reduziria o valor da infração em R\$4.604,35. Contudo, alerta da necessidade de averiguar a idoneidade de tais documentos fiscais, haja vista que os mesmos foram emitidos via sistema informatizado e, como tal, não cabe a existência de erros como a seguir: nota fiscal. 03163, emitida em 07/04/00 e nota fiscal 03115, emitida em 29/04/00, ou seja, fora de seqüência numérica, como também por se tratarem de valores elevados, uma vez que a média de valores das notas fiscais de transferências em outros meses e exercícios é em torno de R\$20.000,00.

Por fim, diante dos fatos apresentados e pela inexistência de fundamentos legais na peça defensiva, com exceção da infração 04, o autuante concorda com a redução do valor equivalente a R\$49.086,96, provenientes dos créditos das notas fiscais anexadas ao processo e, conseqüentemente, pela procedência das demais infrações.

Intimado sobre os novos documentos anexados ao PAF, o autuado apresenta nova manifestação, onde reitera suas alegações no que diz respeito à motivação do Auto de Infração e o princípio da legalidade, confirmando seu pedido de nulidade do Auto de Infração. Também, mantém seu entendimento de que somente em razão da lavratura do Auto de Infração os créditos passaram a ser considerados indevidos e, como tal, caberia somente ao auditor fiscal determinar o estorno ou anulação dos referidos créditos para, então, exigir o imposto recolhido a menor. Assim, vislumbra ser totalmente inconcebível o próprio impugnante estornar os créditos do imposto se o caso em tela não se encaixa nas hipóteses previstas no art. 100 do RICMS/BA. Conclui também pela anulação do Auto de Infração neste ponto. Mantém as demais alegações.

O autuante, à fl. 1.179 dos autos, aduz que nada de novo foi dito pelo autuado. Assim, mantém sua contestação inicial.

Em 20/01/2004, o sujeito passivo, através do processo n.º 010193/2004-5, requer a juntada aos autos da cópia da nota fiscal n.º 013599, como prova do direito ao crédito do ICMS nela destacado, no valor de R\$762,45, desconsiderado pelo autuante, decorrente da “Infração 04 – 01.02.42”.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração 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 impugnadas.

Preliminarmente, rejeito os pedidos de nulidade argüidos pelo autuado, uma vez 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, pois o processo encontra-se devidamente instruído de suas provas documentais, cujo entendimento das acusações foram demonstradas pelo autuado quando das suas manifestações.

Deve-se ressaltar 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 Dec. 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, verifico 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:

Nota Fiscal nº	Emissão	Emitente	Nat. Operação	Vlr Total	Crédito ICMS
3163	07/04/2000	TMB Telecom. Móveis Br. Ltda	Transferência	22.950,00	1.606,50
3115	29/04/2000	TMB Telecom. Móveis Br. Ltda	Transferência	171.461,54	12.002,31
3139	31/05/2000	TMB Telecom. Móveis Br. Ltda	Transferência	228.632,34	16.004,26
3178	31/07/2000	TMB Telecom. 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, observo que na sua maioria refere-se a operação de transferência e, inexplicavelmente, 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, 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, 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.

Portanto, mantém-se, na íntegra, a exigência fiscal quanto a esta quarta infração.

Assim, por tudo quanto foi exposto, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Como o contribuinte não adentrou o mérito da autuação, quanto as demais infrações, entendo que está correto o valor exigido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **206859.0016/03-2**, lavrado contra **TMB TELECOMUNICAÇÕES MÓVEIS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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**, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XI, da Lei n.º 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR