

A. I. N° - 274068.0004/08-9
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA e EDISON LEMOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 09.07.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0215-04/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhados de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco, e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação, nos termos do art. 91 do RICMS/BA. Infração parcialmente elidida em função de parte do crédito já ter sido exigida em outro Auto de Infração. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Em obediência ao art. 93, V, “b” do RICMS/BA, é vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo no período fiscalizado. Infração caracterizada. **c)** UTILIZAÇÃO EM VALORES SUPERIORES AOS CONSIGNADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Conforme o § 2º do art. 93 do RICMS/BA, o crédito deve ser escriturado pelo seu valor nominal. Infração caracterizada. **d)** RECEBIMENTO DE MERCADORIAS A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, para integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria ou do produto resultante ou quando a prestação subsequente do serviço não for tributada ou for isenta do imposto, sendo essa circunstância previamente conhecida (art. 97, I “a” do RICMS/BA). Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de decadência e nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2008, refere-se à exigência de R\$ 1.185.709,71 de ICMS, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, tendo em vista terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação de documento comprobatório do direito ao mesmo. Não apresentação do documento fiscal referente ao crédito após intimação. Demonstrativo à fl. 09. Valor exigido de R\$ 154.098,83;
- 2- utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (entrada de combustível). Demonstrativos e documentos às fls. 10 a 534. Valor exigido de R\$ 1.021.767,41;
- 3- utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Demonstrativos e documentos às fls. 536 a 538. Valor exigido de R\$ 1.120,14;
- 4- utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo ao recebimento de mercadorias a título de empréstimo. Demonstrativos e documentos às fls. 540 a 543. Valor exigido de R\$ 8.723,33.

O contribuinte, através de advogados regularmente constituídos (instrumentos de mandato às fls. 593 a 597), apresenta impugnação ao Auto de Infração (fls. 581 a 592). Inicialmente, tece uma narrativa dos fatos, após o que informa que reconhece parcialmente a procedência do lançamento e que realizará o pagamento de parte do débito referente às infrações 01, 02 e 04 não atingida pela decadência e da totalidade do valor relativo à infração 03. Diz que os valores que remanescem em discussão são pertinentes à parte das quantias consignadas nas infrações 01, 02 e 04 não atingidas pela decadência.

Defende a nulidade do Auto de Infração em função de diversos aspectos, a saber:

- 1- cobrança em duplicidade do crédito tributário. Aduz que parte da infração referente à suposta utilização indevida de créditos de ICMS (documento número 03, fls. 609 a 627) já houvera sido objeto de outro lançamento, o de número 300199.0001/04-5 (documento número 04, fls. 629 a 637), que se refere a créditos indevidos na aquisição de energia elétrica em 2002 e 2003. Diz que nos preditos documentos podem ser verificados valores autuados com CFOP 1255. Ponderando que tal fato incorre em “bis in idem”, requer “sejam cancelados” os valores exigidos no Auto de Infração ora impugnado que já foram objeto do outro, de número 300199.0001/04-5, com a exclusão parcial do crédito exigido, “eis que manifestamente improcedente”;
- 2- decadência de grande parte dos créditos tributários em exigência. Tomando por fundamento o art. 150, parágrafo 4º do CTN, pondera que o “dies a quo” do prazo para a formalização do crédito tributário pela Fazenda Pública nos tributos lançados por homologação é de 5 anos, a contar da ocorrência do fato gerador, configurando-se, após este período, a homologação tácita. Citando jurisprudência do STJ, aduz ser este o caso dos créditos relativos ao intervalo temporal compreendido entre 1º de janeiro e 30 de dezembro de 2003, já que houve pagamento, ainda que parcial. Entende que somente nas hipóteses em que o contribuinte deixa de recolher antecipadamente todo o tributo apurado é que opera a regra contida no art. 173, I do CTN, segundo a qual o termo inicial do quinquênio é adiado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Ademais, a inexistência de dolo, fraude ou simulação levaria à aplicabilidade do art. 150, § 4º do CTN. Aduz também que o período anterior a 01/10/2003 foi atingido pela decadência, de vez que só foi intimado no dia 01/10/2008.

Por fim, requer a procedência da impugnação, “de maneira a cancelar-se o auto de infração objurgado, extinguir-se o crédito fiscal nele consubstanciado e arquivar-se o processo fiscal instaurado, em razão da decadência dos créditos ora exigidos”. Informa que a parte não decaída será objeto de pagamento.

Às fls. 650 a 655 os autuantes apresentam informação fiscal. Após tecerem considerações acerca da autuação e do reconhecimento parcial do crédito por parte do autuado, expõem as suas razões. Dizem que da análise dos documentos de fls. 628, 637, 648 e 642 constataram que alguns valores foram equivocadamente incluídos na infração 01, pois já faziam parte do Auto de Infração

de nº 300199.0001/04-5. Acatam as alegações do autuado no tocante a este item e apresentam demonstrativo dos valores indevidamente cobrados no lançamento (fl. 652). Apresentam também, à fl. 656, demonstrativo do crédito total exigido, cujo valor de imposto devido na infração 01 foi reduzido em R\$ 98.966,19. Quanto à alegada decadência do direito de exigir imposto concernente aos valores relativos ao período anterior a 01/10/2003, ponderam que o art. 150, parágrafo 4º do CTN confere à lei competência para fixar prazo de homologação, o que foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB), que no seu § 1º determina que a contagem se dá a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte. Idêntico é o dispositivo do art. 90 do RICMS/BA, transcrito à fl. 654. Informam que os trabalhos de fiscalização foram iniciados em 05 de julho de 2007, com a entrega da primeira intimação, e concluídos em 30 de setembro de 2008, conforme documentos de fls. 545 a 575. Portanto, dentro do prazo previsto no COTEB e no RICMS/BA.

Concluem mantendo a reclamação dos créditos tributários, requerendo a procedência parcial do Auto de Infração, tendo em vista a mudança do valor exigido na infração 01, nos termos do demonstrativo de fl. 656.

À fl. 659, o autuado requer juntada de comprovante de pagamento parcial do Auto de Infração, conforme documentos apensados, fls. 660/661.

Em manifestação sobre a informação fiscal, às fls. 675 a 679, citando a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, jurisprudência e sublinhando que houve pagamento de imposto, sem dolo, fraude ou simulação, o autuado reitera o pedido e as razões de impugnação relativos à decadência do direito de exigir tributo concernente ao período compreendido entre janeiro e dezembro de 2003.

À fl. 694, esta 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência aos autuantes, para que esclarecessem o motivo pelo qual foram mantidos no lançamento valores com CFOP 2551 (fl. 09), uma vez que na informação fiscal aduziram que tomaram por engano operações com este número (relativas ao ativo imobilizado).

Em resposta, os auditores fiscais informaram, à fl. 698, que os mencionados valores foram mantidos pelo fato de o sujeito passivo ter se creditado sem apresentar a documentação respectiva, sendo que aqueles não se encontravam inclusos no Auto de Infração de número 300199.0001/04-5. Ponderam que os únicos itens que tiveram erro de digitação do CFOP foram os designados na fl. 652, totalizando R\$ 98.966,19. Os créditos reclamados remanescentes não dizem respeito ao mencionado Auto de Infração nem tiveram erro de digitação de CFOP.

VOTO

Ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico eventuais argumentos relativos a pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descrevem as infrações, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicam o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputados. A questão dos valores equivocadamente incluídos na infração 01, por já fazerem parte do Auto de Infração número 300199.0001/04-5, não caracteriza nulidade, mas improcedência dos mesmos, o que será objeto de julgamento.

No tocante à alegada decadência do direito do Fisco de lançar ICMS cujos fatos geradores tenham datas anteriores a 01/10/2003, entendo o seguinte: é passível de decadência o lançamento de ofício, o qual cabe à autoridade efetuar quando constate omissão ou inexactidão do sujeito passivo no

cumprimento do dever de antecipar o pagamento do tributo, mas o fez em valor inferior ao devido, pois vislumbro que o prazo que flui é para a autoridade manifestar-se sobre se concorda ou não com o montante pago; se não concordar, deve lançar de ofício, desde que o faça antes do término do período de tempo cujo transcurso implica homologação tácita, tendo em vista o conhecimento da data do fato gerador por parte do Fisco, o qual enseja o início da contagem da decadência para que seja exigida a diferença recolhida a menor.

Portanto, o prazo após o qual se considera realizado tacitamente o lançamento por homologação tem natureza decadencial (segundo o conceito dado pelo CTN), pois ele implica na perda do direito de a autoridade administrativa efetuar o lançamento de ofício relativo à diferença de imposto recolhida a menos, o que é passível de decadência, já que o Fisco teve conhecimento do fato gerador e não providenciou o lançamento do crédito tributário concernente à diferença recolhida a menos no prazo de 5 (cinco) anos contados do respectivo fato.

Diante do relatado, não se tem muito que tergiversar acerca da matéria concernente ao prazo decadencial no tocante ao ICMS, tendo em vista ter ficado hialinamente delineado que este possui início no primeiro dia do exercício seguinte em que o imposto deveria ter sido lançado, quando não se tem como vislumbrar a data da ocorrência do fato gerador (art. 173, inciso I do CTN) e da data do respectivo fato quando se puder determiná-la (art. 150, § 4º do CTN). Porém, é de bom alvitre ressaltar que o art. 150, parágrafo 4º do CTN confere à lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), que no seu § 1º determina que a contagem se dá a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente no art. 90 do RICMS/BA. Por conseguinte, uma vez que os trabalhos de fiscalização foram iniciados em 05 de julho de 2007 (fl. 547), com a entrega da primeira intimação, fica rejeitada a preliminar de decadência suscitada.

Não há lide no tocante à infração 03, sendo que o autuado reconheceu o ilícito, motivo pelo qual a mesma não será objeto de apreciação neste julgamento.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS tendo em vista a utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação de documento comprobatório do direito ao mesmo; a utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (entrada de combustível); a utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais e a utilização indevida de crédito fiscal relativo ao recebimento de mercadorias a título de empréstimo.

O contribuinte aponta cobrança em duplicidade do crédito tributário. Aduz que parte da infração referente à suposta utilização indevida de créditos de ICMS já houvera sido objeto de cobrança no Auto de Infração de número 300199.0001/04-5.

Os autuantes constataram que alguns valores foram equivocadamente incluídos na infração 01, pois já faziam parte do Auto de Infração de número 300199.0001/04-5. Acatam as alegações defensivas do autuado no tocante apenas a este item do lançamento e apresentam demonstrativo à fl. 652 das quantias indevidamente cobradas. Apresentam também, à fl. 656, demonstrativo do crédito total exigido, cujo valor inicialmente cobrado nesta infração (R\$ 154.098,83) foi reduzido em R\$ 98.966,19, restando uma quantia devida de R\$ 55.132,64.

Relativamente aos fatos e às normas legais concernentes às infrações consignadas no presente lançamento de ofício, registrando que não foi acatada a preliminar de decadência suscitada, concluo que:

- 1- infração 01 - o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, é condicionado a que as mercadorias recebidas pelo contribuinte ou os serviços por ele tomados tenham sido acompanhados de documento fiscal idôneo, no qual

conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação, nos termos do art. 91 do RICMS/BA. Desta forma, acato a planilha de fl. 656, elaborada pelos autuantes, sendo que a quantia exigida nesta infração deve ser reduzida de R\$ 154.098,83 para R\$ 55.132,64. Infração parcialmente elidida.

- 2- infração 02 - em obediência ao art. 93, V, “b” do RICMS/BA, é vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo no período fiscalizado. Infração caracterizada.
- 3- infração 03 - conforme o parágrafo 2º do art. 93 do RICMS/BA, o crédito deve ser escriturado pelo seu valor nominal. Infração não impugnada e mantida.
- 4- infração 04 - é vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, para integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria ou do produto resultante ou quando a prestação subsequente do serviço não for tributada ou for isenta do imposto, sendo essa circunstância previamente conhecida (art. 97, I “a” do RICMS/BA). Infração caracterizada.

Da análise dos elementos constantes do processo, constato que efetivamente houve cobrança de valores já levantados no Auto de Infração de número 300199.0001/04-5, todos relativos a março de 2003 e designados nas notas fiscais de números 029.991, 029.992, 029.993, 029.994 e 029.995 através do CFOP 1255. Como dito, após a devida correção (fl. 656), o valor de ICMS exigido relativo à infração 01 deve ser reduzido de R\$ 154.098,83 para R\$ 55.132,64.

De forma idêntica, acato os argumentos trazidos pelos autuantes na resposta ao pedido de diligência de fl. 698, uma vez que constato assistir razão aos mesmos quando ponderam que os mencionados valores foram mantidos pelo fato de o sujeito passivo ter se creditado sem apresentar a documentação respectiva, sendo que aqueles não se encontravam inclusos no Auto de Infração de número 300199.0001/04-5, quando informam que os únicos valores que tiveram erro de digitação do CFOP foram os designados na fl. 652, totalizando R\$ 98.966,19 e que os créditos reclamados remanescentes não dizem respeito ao mencionado Auto de Infração nem tiveram erro de digitação de CFOP.

Ante o exposto, acolho a revisão fiscal elaborada à fl. 656 e voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 1.086.743,52, sendo que as quantias já pagas, através dos DAES de fls. 660/661 devem ser homologadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0004/08-9**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.086.743,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o *quantum* já recolhido.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR