

**A. I. Nº** - 279692.0006/11-6  
**AUTUADO** - TIM NORDESTE S/A  
**AUTUANTES** - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS, RICARDO RODEIRO M. DE AGUIAR e  
GILSON DE ALMEIDA ROSA JUNIOR  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**INTERNET** - 07.12.2011

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0315-04/11

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Uma vez que o ICMS foi expressamente destacado no corpo da nota, é legítima a pretensão de que seja consignado na escrita fiscal do sujeito passivo. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DESTINADO AO ATIVO IMOBILIZADO. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) REMESSA DE BENS PARA CONserto SEM O RETORNO. b) REMESSA DE BENS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO SEM O RETORNO. O contribuinte afirmou que as notas fiscais dos retornos foram emitidas antes da intimação, e quando da lavratura do lançamento de ofício as mercadorias já estavam no estabelecimento. Todavia, nada trouxe para comprovar as suas alegações, situação que reclama a aplicação do art. 143 do RPAF/99. Infrações 02, 03 e 04 caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 24/03/2011 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 106.403,44, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do imposto decorrente de operação não escriturada nos livros próprios. Saída de mercadoria, com destaque de ICMS na nota fiscal, sem o respectivo registro no Livro de Saídas (fls. 07 a 09). Valor lançado de R\$ 5.900,81. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, relativo a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do próprio estabelecimento. O autuado remeteu bens do ativo imobilizado para conserto e industrialização. Uma vez intimado para comprovar o retorno, não o fez (fls. 10/11). Valor lançado de R\$ 95.716,80. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Falta de recolhimento, em virtude de remessa de bens para conserto sem o devido retorno. O sujeito passivo remeteu bens do ativo imobilizado para conserto. Uma vez intimado para comprovar o retorno, não o fez (fls. 12/13). Valor lançado de R\$ 4.341,48. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Falta de recolhimento, em função de remessa de bens para industrialização sem o competente retorno. O contribuinte remeteu bens do ativo imobilizado para industrialização. Uma vez intimado para comprovar o retorno, não o fez (fls. 14/15). Valor lançado de R\$ 444,35. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Através de advogada regularmente constituída (fl. 55), a TIM CELULAR S/A, sucessora por incorporação da TIM NORDESTE S/A, apresenta impugnação às fls. 36 a 45.

Após destacar a tempestividade da peça, sustenta, em preliminar, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, a decadência do direito do fisco de lançar o tributo relativo ao período compreendido entre janeiro e março de 2006.

Transcrevendo doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, assevera que o Auto de Infração foi lavrado em afronta ao art. 39 do RPAF/99 c/c art. 5º, LV e 93, IX da CF/88, visto que não contém elementos suficientes para se determinar com segurança o crédito tributário, com sua respectiva alíquota e base de cálculo. Os valores das mesmas, mencionados no corpo da peça inicial, divergem daqueles constantes dos demonstrativos, fato que atinge os princípios do devido processo legal, da garantia à ampla defesa e ao contraditório.

No mérito, diz ser pessoa jurídica regularmente constituída, cuja atividade principal é a prestação de serviços de telecomunicações, conforme estatuto social anexado.

A operação concernente à primeira infração foi registrada na nota fiscal 014.111, e trata de devolução de equipamentos para a sociedade empresária HP – HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA., relacionados nas notas de números 336.604, 036.605 e 036.606. Para a realização dessa operação, o defendente diz ter observado os arts. 651/652 do RICMS/97, transcritos às fls. 42/43, com o registro nos Livros de Entradas e de Saídas (fls. 71 e 74).

No tópico V, de fls. 43 a 45, que envolve a impugnação das outras três infrações, pontuando que o prazo de 180 dias pode ser prorrogado por dois períodos idênticos, ressalta que, ao contrário do que afirmam os autuantes, comprovou o efetivo retorno, de acordo com o que lhe foi solicitado. Sublinha que as notas fiscais desses retornos foram emitidas antes da intimação, e quando da lavratura do lançamento de ofício as mercadorias já estavam no estabelecimento.

Entende que, nesse caso, deveria ser aplicada penalidade por descumprimento de obrigação acessória (art. 915, XVIII, RICMS/97 c/c art. 158, RPAF/99), e requer a conversão.

Pleiteia dilação de prazo, para apresentar relatório contendo conciliação entre as notas fiscais de remessa e as de retorno, e conclui pedindo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 78 a 81, os autuantes descrevem as infrações, a defesa e, em seguida, mencionam decisão deste Conselho e transcrevem o art. 965 do RICMS/97, para sustentar a afirmação de que a preliminar de decadência não deve ser acolhida. Quanto à alíquota e à base de cálculo (preliminar de nulidade), aduzem que o SEAI (Sistema de Emissão do Auto de Infração) as padronizam “*apenas para facilitar*”, sendo que o valor devido é exatamente o mesmo.

Com relação à infração 01, entendem que as alegações defensivas não merecem prosperar, uma vez que o art. 651 do RICMS/97 não desonera da obrigação de lançar nos livros do imposto destacado no corpo da nota. O art. 652 estatui tão somente que o contribuinte pode fazer uso do crédito do ICMS registrado no documento fiscal de devolução, quando a mercadoria ingressar no estabelecimento sem utilização deste direito (crédito).

Não acatam as alegações referentes às outras três infrações, pois as notas fiscais de retorno referentes às 32 operações de saída relacionadas nas planilhas fiscais, apesar de requeridas quando dos trabalhos de auditoria, não foram entregues. À época, o contribuinte foi intimado para comprovar a regularidade – ou seja, o retorno - de 67 remessas, sendo que só logrou sucesso relativamente a 35.

Perguntam, nos seus dizeres: “*a autuada alega que as notas fiscais de retorno foram emitidas antes da intimação se isso de fato ocorreu, porque a autuada não as entregou a fiscalização quando da intimação*”? O Regulamento do ICMS prevê que a não comprovação de retorno de bens do ativo imobilizado importa em estorno de crédito e lançamento do tributo sobre o valor da saída, com redução de 95% da base de cálculo.

Finalizam mantendo os termos iniciais do lançamento de ofício.

## VOTO

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Em que pese o fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores do que o do art. 150, § 4º do CTN, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que nesse Estado foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o embasamento jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na defesa.

Consoante o que foi destacado na informação fiscal, os números constantes das colunas “Aliq %” e “Base de Cálculo”, insertas no corpo da peça vestibular, existem apenas para o mero fim ilustrativo, sendo que o imposto lançado na coluna “Valor em Real” foi pertinentemente calculado, de forma compreensível e até mesmo didática, nos levantamentos de fls. 07 a 15.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante.

Quanto às multas cominadas, de acordo com os arts. 158/159 do RPAF/99, por serem resultantes de descumprimento de obrigações principais, esta primeira instância de julgamento administrativo não possui atribuição legal para apreciar pedido de redução ou de cancelamento, o que pode ser feito junto à Câmara Superior do CONSEF, ao apelo da equidade.

No mérito, a infração 01 decorre da falta de escrituração – no Livro Registro de Saídas – do ICMS destacado na nota fiscal 014.111 (fl. 09), na cifra de R\$ 5.900,81, o que restou comprovado na cópia de fl. 71, onde o número do documento está registrado, mas sem tributação.

O impugnante sustentou que a operação registrada na nota fiscal 014.111 foi de devolução de equipamentos para a sociedade empresária HP – HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA., relacionados nas notas de números 336.604, 036.605 e 036.606. Nesses termos, aduziu ter observado os arts. 651/652 do RICMS/97, transcritos às fls. 42/43.

Com efeito, o código fiscal de operação referenciado na nota é o de número 6949 (outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado). Classificam-se neste código as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores do Anexo do assim denominado Convênio CFOP.

Entretanto, observo que não foram trazidas aos autos as notas fiscais 336.604, 036.605 e 036.606 (fl. 74), que o contribuinte alegou serem relativas às entradas dos itens devolvidos. Uma vez que o ICMS foi expressamente destacado no corpo da nota, é legítima a pretensão de que seja consignado na escrita. Conforme acusação, o contribuinte não lançou a nota no Livro Registro de Saídas.

Os arts. 651 e 652 do RICMS da Bahia em nada socorrem o autuado. O primeiro dispõe que o imposto deve ser registrado no corpo do documento fiscal, como efetivamente foi, enquanto o segundo permite o creditamento, na hipótese de devolução cuja entrada tenha ocorrido sem o exercício desse direito (de crédito).

Infração 01 caracterizada.

Verifico, no que diz respeito às outras infrações, que a defesa estribou-se em uma série de simples afirmações, destituídas de elementos probatórios. Lembrando que o prazo de 180 dias pode ser prorrogado por dois períodos idênticos, o que não aconteceu, ressaltou o defendente que, ao contrário do que afirmaram os auditores, comprovou o efetivo retorno, de acordo com o que lhe foi solicitado. Afirmou que as notas fiscais dos retornos foram emitidas antes da intimação, e quando da lavratura do lançamento de ofício as mercadorias já estavam no estabelecimento. Todavia, nada trouxe para comprovar as alegações, situação que reclama a aplicação do art. 143 do RPAF/99.

Quanto ao pleito de postergação de prazo, devem ser observadas as normas do § 5º do art. 123 do RPAF/99.

Infrações 02, 03 e 04 caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0006/11-6**, lavrado contra **TIM NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 106.403,44**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 5.900,81 e de 60% sobre R\$ 100.502,63, previstas no art. 42, III, II, “a” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR