

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0011/11-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CLARO S. A.
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0138-04/12
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0365-12/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. b) PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO VINCULADA A OPERAÇÃO SEGUINTE TRIBUTÁVEL PELO IMPOSTO. c) FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROVANTES DO DIREITO. c.1) “ROAMING”. c.2) “TRANSPOSIÇÃO DE ESTOQUE”. c.3) “COMODATO”. Ilícitos tributários não impugnados. Infrações 1 a 5 mantidas. c.4) “ANTECIPAÇÃO PARCIAL / SIMCARD”. O contribuinte trouxe ao processo comprovantes de arrecadação do ICMS por antecipação parcial. Infração 06 descaracterizada. c.5) CRÉDITOS ESCRITURADOS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Infração 07 parcialmente elidida após juntada de documentos pelo sujeito passivo. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Restou comprovado que os itens objeto da autuação foram adquiridos para o ativo imobilizado. Infração 8 descaracterizada. Mantida a Decisão recorrida. **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal em relação à Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 30 de agosto de 2010, com exigência de crédito tributário no total de R\$1.047.304,54, sendo objeto deste recurso as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 6. Utilização indevida de crédito, sem a apresentação do correlato documento comprovante do direito. Na descrição dos fatos, consta que o estabelecimento, apesar de ter sido intimado duas vezes, não apresentou documentos que dessem suporte ao uso do crédito denominado “ANTECIPAÇÃO PARCIAL SIMCARD”. Os valores estão escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS) como “OUTROS CRÉDITOS” com ICMS de R\$ 39.304,85 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 7. Utilização indevida de crédito, sem a apresentação do competente documento comprovante do direito. Consta que o sujeito passivo, apesar de ter sido intimado duas vezes, não apresentou documentos que dessem suporte ao uso de crédito escriturado no Livro Registro de Entradas. ICMS de R\$ 436.218,59 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 8 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. ICMS de R\$ 13.669,98 e multa de 60%;

A Decisão de piso foi no seguinte sentido:

“As infrações 01 a 05 foram expressamente reconhecidas pelo impugnante. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/1999, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No tocante ao percentual da multa de 60%, encontra-se devidamente previsto no art. 42 da Lei nº 7.014/1996, cujos incisos e alíneas correspondentes foram individualizados no Relatório supra. De acordo com o art. 167, I

do RPAF/1999, não está incluída na competência deste órgão a declaração de inconstitucionalidade.

Esta Junta não possui atribuição legal para apreciar o pedido de redução ou cancelamento (art. 158, RPAF/1999). Entretanto, uma vez constatadas as hipóteses previstas no art. 159 do mesmo Regulamento, poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por descumprimento de obrigação principal ao apelo da equidade.

A infração 06 acusa utilização indevida de crédito (“ANTECIPAÇÃO PARCIAL SIMCARD”), sem a apresentação dos respectivos documentos comprovantes do direito. As cópias dos documentos de arrecadação estadual de fls. 135 a 138, trazidos junto com a impugnação, comprovam que os valores foram recolhidos antes do início da ação fiscal (fl. 95), com o que concordaram os autuantes.

Infração 06 descaracterizada.

Com respeito à infração 07 (utilização indevida de crédito do LRE sem a apresentação dos documentos ensejadores do direito), os auditores deduziram o tributo estadual relativo às operações designadas nas notas fiscais de fls. 139 a 160, reduzindo o ICMS lançado de R\$ 436.218,59 para R\$ 22.755,34, nos termos da planilha de fl. 191.

Acato o demonstrativo de fl. 191, elaborado pelo fisco, de modo que o imposto exigido na infração 07 seja modificado de R\$ 436.218,59 para R\$ 22.755,34.

Infração parcialmente elidida.

A oitava e última infração descreve falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento.

Ocorre que as cópias de fls. 161 a 185 demonstram que a exigência recaiu sobre compras de gaveta (fl. 161), unidade de processamento digital (fl. 162), quadro de sinalização eletrônica (fl. 163), balcão, divisória, mesa (fl. 171) etc. Apesar de o impugnante ter destacado que grande parte dos itens objeto da autuação destinam-se ao ativo imobilizado, o que observo ao compulsar os autos é que não é grande parte, mas todos.

Não é o caso de aventar a incidência da diferença de alíquotas sobre tais operações neste lançamento de ofício, pois tal ato administrativo deve observar os princípios da tipicidade cerrada (descrição precisa dos atos infracionais imputados) e do devido processo legal.

A tipicidade cerrada refere-se tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei. Ao formulá-la, o primeiro deve definir de modo taxativo e completo os tipos tributáveis, cujas ocorrências implicarão na configuração dos fatos geradores, bem como os critérios de quantificação. Para o segundo, ficam vedadas a interpretação extensiva e a analogia.

Infração 08 descaracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 580.866,46, com a homologação dos valores já recolhidos”.

Diante da desoneração ocorrida, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

VOTO

O presente Recurso de Ofício restringe-se a três das oito infrações lançadas originalmente, vez que as demais foram reconhecidas pelo sujeito passivo.

Na infração 6, que se reporta a utilização indevida de crédito, sem a apresentação do correlato documento comprovante do direito, constando na descrição dos fatos a observação de que o estabelecimento, apesar de ter sido intimado duas vezes, não apresentou documentos que dessem suporte ao uso do crédito denominado “ANTECIPAÇÃO PARCIAL SIMCARD”. Todavia, por ocasião da impugnação, a empresa trouxe os elementos de prova que entendia elidirem o lançamento, qual sejam os DAES constantes às fls. 135 a 138 os quais comprovam que os valores cobrados no lançamento foram recolhidos antes do início da ação fiscal iniciada em 03 de outubro de 2011 conforme documento de fl. 95, com o que concordaram os autuantes. Dessa forma, sendo matéria de prova material, não há que fazer qualquer reparo à Decisão Recorrida.

Por outro lado na infração 7, a saber, *utilização* indevida de crédito do livro Registro de Entradas de Mercadorias (LRE) sem a apresentação dos documentos que propiciariam tal direito, diante das notas fiscais trazidas às fls. 139 a 160, quando da informação fiscal os auditores analisaram tais documentos e reduziram o ICMS lançado de R\$ 436.218,59 para R\$ 22.755,34, de acordo com planilha de fl. 191. Dessa forma, de igual modo, a desoneração deu-se em função de elemento de prova trazido ao feito.

Já a infração 08, reporta-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Na suas alegações defensivas, a Recorrida alega que a maioria dos bens listados na autuação era de produtos do ativo imobilizado. Neste caso, a infração foi descaracterizada.

Observe-se que a acusação fiscal se refere a diferencial de alíquota em aquisição interestadual de bens de uso e consumo. A princípio, a sistemática de recolhimento é a mesma, e não haveria diferença, diante da acusação fiscal.

Todavia, o tratamento tributário para tais operações difere daquele dado para as operações de aquisição de bens para o ativo imobilizado. No primeiro caso, em operações interestaduais, a legislação exige o recolhimento do diferencial de alíquota, entre a alíquota interna e a interestadual, não podendo a empresa adquirente apropriar-se do crédito fiscal neste momento, apenas a partir de 01 de janeiro de 2020, repetindo o comando contido na Lei Complementar nº. 138/2010. Dessa forma, a legislação obrigava à época dos fatos geradores o adquirente a recolher a diferença de alíquota quando de suas aquisições interestaduais (artigo 5º, inciso I do RICMS/97) e definia como material de uso ou consumo do próprio estabelecimento, aquelas mercadorias adquiridas, contudo, não destinadas à *“comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, nem, tampouco, consumidas nem integrantes do produto final ou do serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação”*.

Na segunda hipótese, de igual forma exige-se o imposto a título de diferencial, todavia, o crédito fiscal pode ser apropriado na proporção de 1/48 na atendendo a regra regulamentar.

Tendo o julgador de primeiro grau, na esteira dos próprios autuantes constatado que as aquisições realizadas pela Recorrida não se referiam a material de uso ou consumo, mas sim, de bens destinados ao ativo imobilizado, que na forma da Lei nº 6.404/76, artigo 179, item “IV”, eram conceituados como *“os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens”*.

Com a edição da Lei nº. 11638/2007, tal definição do imobilizado foi modificada, passando a excluir dele os bens não corpóreos (marcas, patentes, concessões etc.) e incluindo bens que embora não pertençam à empresa, mas, além de serem *“exercidos com essa finalidade”* (de manutenção das atividades da companhia) como havia antes, incorpora os bens decorrentes de operações que transfiram à entidade os benefícios, os riscos e o controle desses bens. Em resumo, são o conjunto de bens e direitos necessários à manutenção das atividades da empresa, natureza diversa, pois, dos bens destinados a uso e consumo.

A apreciação da matéria, pois, se circunscreve ao confronto entre a acusação fiscal, e os elementos contidos no processo. Neste caso, diante da constatação de que as aquisições objeto do lançamento se referem a bens destinados ao ativo imobilizado, fato, inclusive, confirmado pelos próprios autuantes na informação fiscal de fls. 189 a 192, a infração torna-se improcedente, como bem determinou a Junta de Julgamento Fiscal.

Assim, diante de tais argumentos, voto no sentido de que o Recurso de Ofício NÃO SEJA PROVIDO, mantendo-se a Decisão de primeiro grau, e tornando-a definitiva.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281081.0011/11-4**, lavrado contra **CLARO S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$580.866,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais, e homologados os valores já pagos.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS