

A. I. Nº - 269135.0003/18-4
AUTUADO - TELEFÔNICA BRASIL S/A.
AUTUANTE - GILSON DE ALMEIDA ROSA JUNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/08/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0088-01/19

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO DIREITO DE LANÇAR O IMPOSTO. DECADÊNCIA. Quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas. Acolhida a prejudicial de decadência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado no dia 17/12/2018 para exigir ICMS no montante de R\$2.822.664,32, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, transferido de forma irregular de sociedades incorporadas: ATELECOM e TELEFONICADATA (ocorrência - 31/07/2013).

Consta que as referidas pessoas jurídicas, prestadoras do idêntico ramo da atividade econômica da autuada, adquiriam serviços de comunicação para o fim de levar a efeito as suas próprias prestações, de mesma natureza, tendo realizado:

“saídas em montante inferior às entradas, originando crédito acumulado que deveria ter sido estornado, pois não há previsão na legislação tributária estadual de acumulação de créditos para estas operações, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses de acumulação de crédito constantes do art. 26, § 4º da Lei 7.014/96”.

Trata-se da renovação da ação fiscal determinada no Acórdão CJF 0219-12/15, que não deu provimento ao Recurso de Ofício relativo ao Acórdão JJF 0040-01/15.

O autuado ingressa com defesa às fls. 86 a 97, na qual inicia transcrevendo os dispositivos indicados no enquadramento da infração - art. 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/1996 c/c art. 310, II do RICMS-BA/2012.

Suscita a invalidade do lançamento de ofício por cerceamento de defesa, sob as alegações de que não compreendeu do que foi acusado e de que não identificou o motivo da exigência. Diz que não se sabe, ao certo, pela leitura do AI (Auto de Infração) renovado, se os créditos seriam ilegítimos na origem por se tratar de entradas com saídas posteriores sem tributação, como sugere o art. 29, § 4º II da Lei nº 7.014/1996, ou por acúmulo em desconformidade com o art. 26, § 4º da mesma Lei.

Com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), pugna pelo reconhecimento da fruição do prazo de caducidade.

No mérito, defende a possibilidade de cumulação de créditos decorrentes de serviços de comunicação para a prestação de serviços da mesma natureza.

As incorporadas não dispunham de infraestrutura física para conectar os seus clientes no Brasil e na Bahia, motivo pelo qual utilizaram as redes de outras prestadoras para honrar os seus compromissos, por meio de cessões onerosas de redes de telecomunicação, o que acabou por gerar os créditos acumulados.

Referidas sociedades, localizadas no Estado de São Paulo, contrataram a cessão de diversos meios de rede de sociedades do Estado da Bahia para ultimar os serviços contratados. Por sua vez, os serviços prestados pelas incorporadas – de comunicação multimídia –, possuíam regras de tributação específicas (art. 11, § 6º da Lei Complementar nº 87/1996; Convênio ICMS 53/2005), as quais previam a repartição das receitas tributárias entre as unidades federativas envolvidas.

Fornece endereço para correspondências processuais e conclui pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

O auditor presta informação às fls. 211/212.

Assinala que os créditos têm origem na aquisição de serviços de telecomunicação para a prestação de mesma natureza, e que a cumulação não tem amparo no o art. 26, § 4º da Lei nº 7.014/1996.

Refuta a tese de fruição do prazo decadencial, com supedâneo no art. 107-A do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia), e conclui requerendo a procedência da autuação.

VOTO

O defeito no lançamento anterior diz respeito a requisitos fundamentais, pois é referente a vício substancial ou essencial, que macula o ato administrativo de forma mais gravosa, pois impede a concretização da formalização do vínculo jurídico entre o sujeito ativo e o sujeito passivo.

Os requisitos fundamentais são aqueles intrínsecos e dizem respeito à própria conceituação insculpida no artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), qual seja, a valoração jurídica dos fatos tributários pela autoridade competente, mediante a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do gravame e a identificação do sujeito passivo.

Trata-se de equívoco não apenas de forma, mas de estrutura e da essência do ato praticado, o que foi decidido em situação semelhante, por exemplo, no processo 10580.721374/2016-16, Ac. 1301002.975, Rec. de Ofício, CAREF, 1ª S, 3ª C, 1ª TO, j. 11/04/2018.

Vício formal é aquele verificado de plano no próprio instrumento de documentação do crédito, que não está relacionado com a realidade declarada por meio do lançamento. Espécie de erro que não diz respeito aos elementos constitutivos da obrigação tributária, ou seja, ao fato gerador, à base de cálculo, ao sujeito passivo etc.

A indicação defeituosa ou insuficiente dos fundamentos de fato e de direito da infração, da data em que ocorreu, do montante correspondente à base impositiva e dos documentos caracterizadores da materialidade não configura vício formal.

O caráter formal a que se refere o artigo 173, II do CTN abrange, por exemplo, a ausência de indicação de local, data e hora da lavratura do lançamento, a falta de assinatura do autuante, a ausência de visto da autoridade superior ou a falta da indicação do seu cargo ou função, ou ainda do seu número de matrícula. Configuram elementos incidentais, inconfundíveis com a essência e o conteúdo da relação jurídica tributária.

A espécie de vício que ensejou a declaração da invalidade do Auto de Infração anterior, portanto, tem cunho material, e não formal.

Com base no que prescreve o art. 155, parágrafo único do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), ultrapassarei o julgamento da preliminar de nulidade, ingressando diretamente na prejudicial de mérito, por vislumbrar a procedência da arguição de decadência.

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, que não foram comprovados (as).

Portanto, como a notificação ocorreu no dia 17/12/2018, tenho como extinto o direito de a Fazenda Pública lançar valores anteriores a 17/12/2013, a exemplo do que está em lide, datado de 31/07/2013.

Acolhida a prejudicial de decadência.

Quanto ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim seja feito, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

§ 5º Constando dos autos pedido expreso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/-BA/1999.

Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0003/18-4**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR