

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0003/18-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TELEFÔNICA BRASIL S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0088-01/19
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.11.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0223-11/20-VD

EMENTA: ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. TRANSFERÊNCIA IRREGULAR PARA INCORPORADAS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, com base nos termos no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0088-01/19, que por unanimidade, julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 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), conforme infração abaixo transcrita.

Infração 01: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de comunicação não vinculado a mercadoria(s) com saída(s) subsequente(s) tributada(s).

Utilizou crédito indevidamente crédito originado das empresas ATELECOM e TELEFONICADATA que foram incorporadas pela autuada. As empresas incorporadas eram prestadoras de serviço de comunicações, e acumularam crédito em função de adquirirem serviços para prestação de serviços da mesma natureza tendo realizado saídas em montante inferior as entradas originando crédito acumulado que deveria ter sido estornado, pois não há previsão na legislação tributária estadual de acumulação de crédito para estas operações, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses de acumulação de crédito constantes no Art. 26, § 4º, da Lei 7014/96. Tudo conforme valores lançados nas DMA da empresa A. TELECOM no período de 05/2007 a 06/2011, e nas DMA da empresa TELEFONICA DATA no período de 03/2012 a 06/2013.”

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 87 a 97) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 211 e 212), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JJF que optou pela Improcedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

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,

CARF, 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 expresso 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.

A 1ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 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.

Diante da necessidade de elucidar o questionamento por parte desta Câmara de Julgamento Fiscal, no que concerne se tratar de aspecto formal ou material, a fim de se determinar qual o embasamento legal a ser aplicado, os autos foram remetidos em diligência à PGE (fl. 234) para emissão de parecer normativo.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99, em razão da decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão nº 0088-01/19, que por unanimidade, julgou Improcedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/2018, para exigir ICMS no montante de R\$2.822.664,32, acrescido da multa de 60%, 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).

É importante ressaltar, que o Auto foi lavrado pela renovação do AI/PAF nº 269135001/14-8, cobrança fiscal de ICMS que foi julgado NULO pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal em 15.07.2015, conforme consta na descrição da Infração 01.

Em sua defesa, às fls. 86 a 97, o autuado 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, na qual 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.

Preliminarmente, roga pela Nulidade por não saber ao certo, pela leitura do 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.

Ainda nas preliminares, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), pede pelo reconhecimento da decadência parcial do crédito, por destacar que todo o crédito em exigência, lançado na escrituração fiscal da empresa, anterior a 06.10.2009, se encontra inexoravelmente atingido pela decadência. Isto porque a constituição definitiva dos créditos consubstanciados no auto original, ocorreu em 06.10.2014, data na qual a empresa autuada foi cientificada do Auto de Infração nº 2691350010148, ou seja, mais de 05 anos da ocorrência dos supostos fatos geradores.

Em sua informação fiscal, às fls. 211/212, o ilustre autuante mantém a autuação sob a alegação de que a infração está claramente caracterizada já na fl. 01 do Auto de Infração, quando lançada a descrição dos fatos, descrevendo que se trata de cobrança de utilização de crédito indevido oriundo de empresas incorporadas pela autuada. Como foi dito, estes créditos têm origem na aquisição, pelas empresas incorporadas, de serviços de telecomunicação para prestação de serviços da mesma natureza. Ainda ficou devidamente registrado que o contribuinte não poderia ter acumulado estes créditos pois não há na legislação nenhuma hipótese de acumulação destes créditos, conforme consta no Art. 26, § 4º da Lei nº 7014/96.

A JJF entendeu que a espécie de vício que ensejou a declaração de invalidade do Auto de Infração anterior, tinha cunho material e não formal. E que, com base no Art. 155, parágrafo único do RPAF/BA, 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.

Destacou o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, cujo 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:

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Citou ainda que o prazo decadencial, começa a contar 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, nas seguintes hipóteses:

- 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).

Suscitado o questionamento por parte desta Câmara de Julgamento fiscal, a fim de elucidar se o caso em questão se tratava de aspecto formal ou material, a fim de se determinar qual o embasamento legal a ser aplicado, os autos foram remetidos em diligência à PGE (fl. 234), para emissão de parecer normativo.

O Parecer PROFIS-NCA – Processo PGE nº 2020033191-0, de autoria do Procurador José Augusto Martins Junior (fl. 238), corrobora o entendimento de que deve ser aplicado o disposto no Art. 150, § 4º do CTN, nos seguintes termos:

De fato, compulsando os autos, verificam-se claramente presentes os elementos para declaração de decadência do direito potestativo do Estado de lançar, com suporte no Art. 150, § 4º do CTN, uma vez que os fatos geradores se referem ao 31/07/2013 e a ciência do lançamento só se deu em 17/12/2018, tendo ocorrido o pagamento a menor do imposto no período autuado.

Em face do exposto, entendo caduco o direito potestativo do Estado no que concerne ao presente lançamento, na esteira do incidente de Uniformização Processo nº PGE 2016194710-0.

Portanto, como a notificação ocorreu no dia 17/12/2018, considera 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.

Em razão do exposto, acompanho o acolhimento da prejudicial de decadência, e diante destes fatos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0003/18-4**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2020.

RUBEN BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES - RELATORA

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