

A. I. Nº - 108580.0005/05-2
AUTUADO - ALTA AMÉRICA LATINA TELECOMUNICAÇÕES AVANÇADAS S/A
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO e ROQUELINA DE JESUS
ORIGEM - DAT METRO / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/12/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Os cálculos foram refeitos para excluir o período alcançado pela decadência. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2005, refere-se à exigência de R\$136.692,52 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de julho a dezembro de 2000; janeiro a dezembro de 2001. Valor do débito: R\$81.065,68.

Infração 02 – 06.01.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho a setembro e dezembro de 2000; março de 2001. Valor do débito: R\$55.626,84.

À fl. 415, o presente processo foi encaminhado à GECON para inscrição do débito em Dívida Ativa, e o Autuado apresentou Recurso à Câmara de Julgamento Fiscal, requerendo a decretação de nulidade da decisão “a quo” que concluiu pela intempestividade da Defesa anteriormente apresentada.

Consta à fl. 550, o seguinte “PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS” pela Procuradoria Geral do Estado – PGE: “Considerando o trânsito em julgado da decisão de fls. 63/65, solicito à Secretaria que seja extraída cópia deste pedido de providências, bem como da decisão, para que se forme expediente a ser remetido para a SEFAZ/CONSEF, para conhecimento e cumprimento do referido comando judicial, reabrindo-se o prazo de defesa do AI 108580.0005/05-2”.

Solicita, ainda, e sem prejuízo da medida acima indicada, que idêntica cópia desse expediente seja remetida à SEFAZ, através do endereço eletrônico reservado para as comunicações desta estirpe”.

O PAF foi encaminhado à SAT/DARC/GECON – DÍVIDA ATIVA para as devidas alterações no SIGAT quanto à fase/situação do PAF, no intuito de possibilitar a reabertura do prazo de defesa em consonância com a ordem judicial e com a manifestação da PGE/PROFIS.

Em seguida, o PAF foi encaminhado ao Setor de Intimação do CONSEF para que o contribuinte fosse intimado sobre o novo prazo para apresentação de defesa.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 565 a 584 do PAF. Antes de adentrar nas questões de fato e de direito, alega nulidade verificada nos presentes autos no tocante a sua notificação.

Diz que tomou conhecimento do regular curso destes autos, quando, em 05 de setembro de 2019, compareceu a esta Serventia requerendo vistas dos mesmos, em razão do encerramento da demanda tratada nos autos do Mandado de Segurança nº 0103132-51.2006.805.0001, em trâmite perante a 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca desta Capital.

Em breve resumo, informa que impetrou o referido Mandado de Segurança, em face desta Fazenda Pública do Estado da Bahia, nos idos do ano de 2006, objetivando a declaração da nulidade da notificação, expedida nos autos do Processo Administrativo em epígrafe, da lavratura do auto de infração, em razão de a mesma ter sido encaminhada a um ex-diretor, o Sr. Edison Roberto Moraes, e não ao endereço válido da empresa, violando o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF. Naqueles autos, o Douto Juízo responsável pelo caso, com o brilhantismo que lhe é costumeiro, julgou procedente o *mandamus*, ao reconhecer a nulidade do Processo Administrativo, determinando, em resumo, a reabertura de prazo para que o Autuado exercesse seu direito de defesa (sentença já anexada aos autos).

Registra que mesmo com a apresentação de todos os recursos cabíveis esta nobre Administração não obteve êxito em alterar o julgado de primeira instância, transitando a decisão em julgado em 28 de agosto de 2019. Conforme se depreende do “Pedido de Providências” colacionado às fls. 550, a Procuradoria Geral do Estado solicitou à esta Serventia o *“cumprimento do referido comando judicial, reabrindo-se o prazo de defesa do AI 1085800005052”*.

Alega que ao folhear o processo, verificou que esta SEFAZ havia encaminhado novamente a Notificação de ciência do Auto de Infração *“para efetuar o pagamento do Auto de Infração ou reapresentar a defesa, tendo o prazo de 30 (trinta dias)”*, ao seu ex-diretor, o Sr. Edison Roberto Moraes, que há mais de 20 (vinte) anos não possui qualquer relação com a empresa Defendente.

Ressalta que propôs um processo judicial que perdurou por mais de 13 (treze) anos, por uma inequívoca ilegalidade cometida pela Fazenda Estadual da Bahia – envio de notificação a um ex-diretor –, e agora a mesma ilegalidade se repete. A intimação da pessoa jurídica do Defendente na figura de seu ex-diretor foi declarada nula por todas as esferas do Judiciário. Indaga, como se pode aceitar que o mesmo e grave equívoco ocorra novamente.

Diante do cenário de nítida desorganização desta Secretaria, informa que comparece espontaneamente aos presentes autos, cumprindo a decisão judicial, oferecendo sua Defesa, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Informa é empresa que se dedica à prestação de serviços ligados à manutenção de equipamentos, locação de bens móveis, ao comércio, importação, a exportação, por conta própria ou de terceiros, de equipamentos, partes e peças eletrônicas para as áreas de informática e também de telecomunicações, entre outras atividades, tal como se observa do seu estatuto social.

Diz que em Mar/2006, tomou conhecimento da lavratura do Auto de Infração ora combatido, pelo qual busca a satisfação de créditos de ICMS originados da (i) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento; e (ii) ausência de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias destinadas ao Ativo Permanente, oriundas de outros Estados da Federação, no período compreendido entre Jan/2000 a Dez/2001, no valor histórico de R\$ 136.692,52 (cento e trinta e seis mil, seiscentos e noventa e dois reais e cinquenta e dois centavos), em Dez/2005.

Inicialmente, destaca que o Auto de Infração sob análise está pautado em vício insanável, devendo ser declarada, de plano, sua nulidade.

Consoante disposto no artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional, o prazo para a constituição dos créditos relativos a tributos cujo lançamento se dá por homologação — tal qual assim se afigura o ICMS— é de 05 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador do tributo.

No presente caso, a Infração 01, decorrente da suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, tem como base fatos geradores ocorridos entre Jul/2000 a Dez/2001, e a Infração 02, oriunda da suposta ausência de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias destinadas ao Ativo Permanente, oriundas de outros Estados da Federação, nas seguintes datas de ocorrência: Jun/2000, Jul/2000, Ago/2000, Mar/2001, Jun/2001, Set/2000 e Dez/2000. De outro lado, o lançamento do tributo somente se aperfeiçoou com o comparecimento espontâneo da empresa em Mar/2006, quando da apresentação de sua Defesa Prévia, já que a intimação realizada através de um ex-diretor, foi declarada nula pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Alega que no Auto de Infração ora combatido foram constituídos créditos relativos a fatos geradores ocorridos anteriormente a março de 2001 os quais já estavam albergados pelo instituto da decadência, motivo pelo qual impera seja reconhecida a extinção, dos supostos créditos apurados nesse auto de infração.

Afirma que, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda Pública efetuar a homologação do lançamento extingue-se em 05 (cinco) anos, contados do fato gerador.

Sendo assim, o prazo decadencial segue a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Diploma Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo, a homologação será de 05 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito.

Diz que em relação ao termo final do prazo decadencial, importante trazer à baila recente Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que considera como termo para cessação da contagem da decadência a notificação válida do contribuinte dos termos do auto de infração, conforme Súmula nº 622/STJ.

Ressalta que a Corte Superior firmou o entendimento de que apenas a efetiva notificação do auto de infração cessa a fluidez do prazo decadencial, não bastando a mera lavratura do Auto de Infração.

Afirma que outro ponto que não se pode deixar passar despercebido diz respeito a completa ausência de notificação formal e válida do ora Defendente do teor do Auto de Infração em comento até a presente data. Frisa que a empresa autuada, sempre cumpridora de suas obrigações e deveres, compareceu espontaneamente aos autos nos idos de Mar/2006, apresentando sua defesa, contudo, nunca fora formalmente notificada.

Considerando-se que o fato gerador apurado pela fiscalização se deu nos anos de 2000 e 2001, a notificação válida ter ocorrido em Mar/2006, tem-se que houve a homologação tácita de quase a totalidade dos lançamentos, vez que não questionados no prazo decadencial de 05 (cinco) anos a contar dos seus respectivos fatos geradores, estando os mesmos definitivamente extintos.

Diz ser forçoso reconhecer que o direito de o Estado constituir o crédito tributário dos fatos geradores compreendidos entre Jun/2000 a Mar/2001 foram atingidos pela decadência, motivo pelo qual impera seja reconhecida a extinção do eventual crédito, nos termos do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional.

Conclui que resta comprovado de plano que o presente Auto de Infração está eivado de vício

insanável, devendo ser reconhecida a decadência do pretense crédito tributário apontado na autuação ora impugnada.

Quanto ao mérito, informa que é uma empresa que se dedica à prestação de serviços, ao comércio, importação e exportação, de equipamentos, partes e peças eletrônicas para as áreas de informática, além de ser uma operadora autorizada pela ANATEL para prestação de serviços de telecomunicações a atuar em corporações e edifícios empresariais.

Quando assinado um acordo operacional com um edifício, é cedida pelo edifício ao Defendente a área das Salas de Operação, Energia e Shafts onde são instalados os equipamentos próprios de telefonia, dados e energia. Para dar o atendimento requerido, informa que compra tráfego das operadoras e, por sua vez, disponibiliza aos clientes (normalmente sediados no Edifício) serviços relacionados a telecomunicação, como link de acesso à internet, assim como outros de correlacionados, como locação de espaço e manutenção de equipamentos, esses últimos de competência municipal (ISSQN).

Informa que sua sede em grande parte da sua história foi na cidade do Rio de Janeiro e, visando expandir suas operações, criou uma filial em Salvador/BA, onde estabeleceu sua infraestrutura nos Edifícios André Guimarães Business Center e Edifício Suarez Trade, buscando atender a todos os seus condôminos e locatários, sendo responsável pelos sistemas de telefonia, dados, videoconferência, internet, locação de espaço, equipamentos e estrutura, consertos e manutenção de equipamentos, dentre outros. Houve um pesado investimento nesse Estado.

Diz que o seu faturamento ocorria de acordo com a demanda. As notas fiscais comprobatórias da prestação de serviços de telecomunicações prestados no exercício de 2001 estão nos autos. No ano de 2000, a maior parte da receita da sua filial em Salvador decorria da prestação de serviços de outra natureza das telecomunicações.

Relembra que foi autuado por, supostamente ter se utilizado (i) *“indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, sem ter prestado o serviço de telecomunicação no período de junho de 2000 a dezembro de 2001”*, bem como (ii) *“deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais ... de bens destinados ao Ativo Permanente”*.

Em relação à primeira infração, alega que se percebe um grave erro que, com o devido respeito, se justifica apenas para tentar validar a autuação em combate. Isso porque o crédito apurado não decorre de material para uso e consumo, muito pelo contrário, tratam-se de créditos advindos dos serviços de telecomunicações tomados pela Defendente para que essa possa prestar seus serviços para os seus clientes, ou seja, seu insumo.

Informa que tal prova está nos autos, mais precisamente no “Anexo 1.0” constante da autuação. Basta um passar de olhos para verificar que todos os créditos apropriados têm única relação com “serviços de telecomunicações” prestados pelas empresas EMBRATEL, TELEMAR, MAXITEL e INTELIG, notórias e inquestionáveis empresas de telecomunicações.

Diz que os serviços tomados por tais empresas são utilizados para a consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial do Autuado. Portanto, tais créditos não advêm de materiais para “uso e consumo”, como erroneamente consta na autuação, mas sim de insumos necessários para que o Impugnante preste seus serviços.

Afirma restar provado na própria autuação que o Defendente se creditou da aquisição de bens destinados a “revenda” para terceiros e / ou de insumos a serem aplicados na prestação de serviços de TELECOM.

Diz que não há dúvidas quanto ao seu direito de se creditar do ICMS recolhido na operação anterior, seja em respeito à verdade material e ao Princípio constitucional da não cumulatividade, e até mesmo em observância à Lei Complementar 87/96 e o Regulamento do ICMS desse Estado (RICMS/BA).

Sobre a primeira infração, disse a Fiscalização que é vedado o “*contribuinte se creditar de serviços de telecomunicações no período de junho de 2000 a dezembro de 2001, sem ter prestado serviços de telecomunicação*”.

Alega que a referida afirmação é inaceitável e sem qualquer embasamento legal. Diz que não há qualquer vedação na legislação baiana que impeça a apuração do crédito do ICMS, ou ainda, exija que haja primeiro a prestação do serviço de TELECOM (saída) para, aí sim, o contribuinte poder se valer do seu direito de utilizar o crédito tributário. Muito pelo contrário.

Diz que o enquadramento legal utilizado pela Fiscalização foi o “*Artigo 93, inciso V, alínea “b” e 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97*”, contudo, referidas disposições estão relacionadas como utilização de entradas de bens destinados ao “uso e consumo”, o que não é o caso dos autos, como visto acima e a prova está nessa lide, e do prazo para recolhimento do tributo.

Alega que nenhum dos artigos utilizados vedam ou impossibilitam de creditar-se do imposto somente se prestado o serviço da mesma natureza, o que, do mesmo modo, demonstra que a autuação é falha, ou, no mínimo, apresenta erro material, o que por si só já macula o lançamento guerreado.

A fim de colocar uma “*pá de cal*” em relação à primeira infração, afirma que, ao contrário do explícito na autuação, o RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores, Decreto Estadual nº 6.284/97, era expresso ao autorizar o crédito do ICMS na aquisição de serviços que sejam vinculados com a atividade da empresa, como se observa do § 1º do seu já transcrito artigo 93.

Diz que o próprio RICMS/BA autoriza, no caso em comento, a constituição do crédito de ICMS decorrente de serviços tomados indispensáveis ou necessários para a prestação de serviço, e todos os requisitos legais para a utilização do crédito foram cumpridos. Por oportuno, traz a redação dos artigos 19 e 20 da LC 87/96.

Acrescenta que comprova pelas Notas Fiscais anexas que quando do creditamento do ICMS estava em plena atividade comercial, prestando serviços comuns, tais como consertos, manutenção de aparelhos, locação de bens móveis, dentre outros, atividade tributadas pelo Imposto sobre Serviços – ISS, dando consecução ao seu objeto social. Se não fosse o bastante, houve a efetiva prestação de serviços de telecomunicações – ainda que em períodos posteriores da constituição do crédito, o que não impede que o Impugnante se utilize do mesmo, sob pena de violar o princípio da não cumulatividade e todas as demais legislações infraconstitucionais, como as acima transcritas.

Alega que impedir, restringir, impossibilitar ou vedar a apropriação de créditos de ICMS quando a operação anterior é tributada pelo ICMS, sendo que essa operação é necessária para que o contribuinte possa dar consecução ao seu objeto social que, por sua vez, na saída é tributado pelo ICMS, como se tem no presente caso, configura vício de inconstitucionalidade. O Direito à apropriação de crédito de ICMS está previsto no artigo 155, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal, artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, bem como no RICMS/BA, nos seus artigos 309 e 317.

Conclui que se verifica que a Lei Maior e o próprio RICMS/BA autorizam o direito de apropriação dos créditos devidamente escriturados e lançados, além de prezar pelo respeito ao princípio da não-cumulatividade, esculpido no texto legal.

Diz que a autuação fere a Constituição que, como acima transcrito, não se limita a exigir a não cumulatividade do ICMS, mas fixa também a forma de sua implementação e operacionalidade no sistema do direito positivo vigente, por meio de compensação entre créditos e débitos do imposto estadual que, em termos simples e objetivos, determina que todo encargo tributário, relativo ao ICMS, incidente sobre uma das etapas da cadeia de circulação de mercadorias, seja trasladado para a etapa seguinte, outorgando ao contribuinte o direito de compensar o que for devido em cada operação (a título de ICMS) com o montante do imposto estadual incidente sobre as operações anteriores.

Sobre a não cumulatividade, reproduz ensinamentos do Professor Roque Antônio Carraza, e afirma que o crédito em comento não se trata de benefício fiscal conferido pelo legislador infraconstitucional, mas de autêntico direito constitucional assegurado ao contribuinte do ICMS, que não admite negação infraconstitucional, quiçá sofrer restrições decorrentes de uma mera autuação, que sequer teve origem em um procedimento fiscalizatório.

Afirma que a regra da não-cumulatividade, trazida pela Constituição da República, não consubstancia mera sugestão que o legislador ou a Fazenda Pública poderão, ou não, acatar, mas sim um princípio constitucional de eficácia plena, que deve ser observado indistintamente pelo contribuinte, pelo legislador e pela Fazenda Pública Estadual.

Por fim, conclui que restou demonstrado e comprovado que *(i)* as entradas que originaram os créditos descritos no item “01” da infração não são materiais de uso e consumo; *(ii)* o embasamento legal é equivocado e, em verdade, a legislação correlata autoriza a utilização de créditos no caso em comento; e, como se não bastasse, *(iii)* o Impugnante prestou sim serviços à época da autuação.

Com base no princípio constitucional da não-cumulatividade, acima fundamentado, diz que a Infração 02, tampouco merece prosperar. Isso porque o Defendente possuía crédito acumulado de ICMS e com base quanto autorizado pelos artigos 155 da Constituição Federal e 20 da Lei Complementar 87/96, utilizou-se dos mesmos para a quitação / compensação do suposto crédito advindo da diferença de alíquotas.

Ressalta que resta devidamente comprovada a nulidade da autuação, seja em razão, da incorreta capitulação da infração, já que os valores que deram origem ao creditamento, decorreram da aquisição de insumos, seja em razão da ausência de vedação legal para a utilização do crédito de ICMS, sem a necessária prestação dos serviços de TELECOM, enquanto regularmente ativa a sociedade, e da existência de crédito acumulado de ICMS, possível de se compensar com o saldo advindo da diferença das alíquotas internas e interestaduais.

Diante de todo o exposto, requer seja recebida, processada e julgada a Defesa, declarando *(i)* a nulidade do Auto de Infração lavrado tendo em vista a extinção pelo decurso do prazo decadencial; e *(ii)* a insubsistência do Auto de Infração pelas demais razões de direito acima demonstradas, com o consequente arquivamento do processo administrativo em referência.

Em observância ao pedido da verdade material, o Defendente protesta provar o alegado por todas as provas em direito admitidas.

Requer, finalmente, que todas as notificações e demais intimações nesses autos sejam feitas em nome dos seus advogados, com endereço na Rua da Paz, nº 1601, Edifício Skyline, 7º andar, Conj. 714, Chácara Santo Antônio, São Paulo/SP, sob pena de nulidade.

O autuante, Laudelino Bispo Costa Filho presta informação fiscal à fl. 658 dos autos. Diz que mantém integralmente o Auto de Infração, por não encontrar as respostas na Defesa do Contribuinte para as infrações.

VOTO

O presente Auto de Infração, trata da exigência de ICMS, sendo indicadas duas infrações à legislação tributária, conforme a descrição dos fatos:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de julho a dezembro de 2000; janeiro a dezembro de 2001. Demonstrativo às fls. 08 a 13 do PAF, (Anexo 1.0).

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho a setembro e dezembro de 2000; março de 2001. Demonstrativo às fls. 15/16 do PAF, (Anexo 2.0).

Foram anexadas aos autos pelos Autuantes, cópias de livros e documentos fiscais, e em razão de o Contribuinte encontrar-se com a situação cadastral, “SUSPENSO, PROCESSO DE BAIXA/INAPTO”, foi encaminhada Intimação (fl. 413 do PAF) acompanhada de cópia do Auto de Infração e Demonstrativos ao Sr. Edison Roberto Moraes, cadastrado nesta SEFAZ como SÓCIO ADMINISTRADOR, em “SITUAÇÃO IRREGULAR” (fl. 412 do PAF).

Constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelos autuantes; foram encaminhadas ao defendente cópias dos mencionados demonstrativos; não foi identificado qualquer prejuízo ao Defendente quanto ao entendimento da autuação fiscal, as infrações apuradas foram descritas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

Consta no PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia à fl. 550 do PAF: *“Considerando o trânsito em julgado da decisão de fl. 63/65, solicito à Secretaria que seja extraída cópia deste pedido de providências, bem como da decisão, para que se forme expediente a ser remetido para a SEFAZ/CONSEF, para conhecimento e cumprimento do referido comando judicial, reabrindo-se o prazo de defesa do AI 108580.0005/05-2”*.

Dessa forma, o PAF foi encaminhado ao Setor de Intimação deste CONSEF para que o Contribuinte fosse intimado sobre o novo prazo para apresentação de sua defesa (fl. 554 do PAF). A Intimação foi realizada nos endereços constantes nos cadastros desta SEFAZ, e o Contribuinte apresentou Defesa cadastrada em 05/09/2019 (fl. 561).

O defendente informou que tomou conhecimento do regular curso destes autos, quando, em 05 de setembro de 2019, compareceu a esta SEFAZ requerendo vistas dos mesmos, em razão do encerramento da demanda tratada nos autos do Mandado de Segurança nº 0103132-51.2006.805.0001, em trâmite perante a 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca desta Capital. Disse que esta SEFAZ havia encaminhado novamente a Notificação de ciência do Auto de Infração ao seu ex-diretor, o Sr. Edison Roberto Moraes, que há mais de 20 (vinte) anos não possui qualquer relação com a empresa Defendente.

A intimação da pessoa jurídica do Defendente na figura de seu ex-diretor foi declarada nula por todas as esferas do Judiciário. Entretanto, informa que comparece espontaneamente aos presentes autos, cumprindo a decisão judicial, oferecendo sua Defesa.

Observe que apesar de ter alegado que a Intimação foi efetuada na figura de seu ex-diretor, que não possui relação jurídica com a empresa, o autuado apresentou impugnação demonstrando seu inconformismo com a autuação e interesse em apresentar provas de suas alegações. Assim, em nome da verdade material, da garantia de ampla defesa, e tendo em vista a conveniência na solução do litígio, com base nos princípios da razoabilidade, da eficácia e da economia processual, entendo que deve ser apreciada a defesa apresentada e julgado o mérito da autuação fiscal.

O Defendente alegou que no Auto de Infração ora combatido foram constituídos créditos relativos a fatos geradores ocorridos anteriormente a março de 2001 os quais já estavam albergados pelo instituto da decadência, motivo pelo qual deve ser reconhecida a extinção, dos supostos créditos apurados nesse auto de infração.

Afirmou que compareceu espontaneamente aos autos nos idos de março de 2006, apresentando sua defesa, contudo, nunca fora formalmente notificado, e que, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda Pública efetuar a homologação do lançamento extingue-se em 05 (cinco) anos, contados do fato gerador.

Considerando-se que o fato gerador apurado pela fiscalização se deu nos anos de 2000 e 2001, a

notificação válida ter ocorrido em março de 2006, alegou que houve a homologação tácita de quase a totalidade dos lançamentos, vez que não questionados no prazo decadencial de 05 (cinco) anos a contar dos seus respectivos fatos geradores, estando os mesmos definitivamente extintos.

Diz ser forçoso reconhecer que o direito de o Estado constituir o crédito tributário, dos fatos geradores compreendidos entre junho de 2000 a março de 2001, foi atingido pela decadência, motivo pelo qual impera seja reconhecida a extinção do eventual crédito, nos termos do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional.

Observo que de acordo com o DESPACHO à fl. 465 deste processo, a defesa mencionada pelo Autuado foi considerada intempestiva e se concluiu pelo não provimento da impugnação ao arquivamento da defesa. Entretanto, com a decisão judicial transitada em julgado, conforme registrado à fl. 554, foi concedido novo prazo para apresentação de defesa. Neste caso, entendo que não se deve aplicar a regra da decadência, considerando que até a decisão judicial definitiva, o Contribuinte estava aguardando ordem judicial possibilitando apresentar nova impugnação ao lançamento realizado.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, *“O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”*.

O § 4º estabelece que, *“se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, *“o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.
2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.
3. Débito declarado com efetivação de pagamento parcial: O contribuinte apura o imposto e antecipa o pagamento parcial do montante devido (e declarado), ensejando a aplicação igualmente do § 4º, do art. 150, do CTN.

4. Débito declarado e não pago: Neste caso deve ser aplicada a previsão do § 4º, do art. 150, do CTN. A interpretação é de que a declaração do débito pelo contribuinte representa confissão de dívida apta a constituir o crédito tributário.

5. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Como a infração 01 se refere a imposto lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, e o consequente recolhimento a menos, neste caso, houve débito declarado com efetivação de pagamento parcial, o que enseja aplicação do § 4º, do art. 150, do CTN.

Vale ressaltar, que conforme Súmula nº 12 deste CONSEF, *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”*. No “ACOMPANHAMENTO DA TRAMITAÇÃO DO PROCESSO” à fl. 457 do PAF, consta que houve cadastramento da defesa mencionada pelo Impugnante em 24/03/2006.

No presente processo constam os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2000 e 2001; o Auto de Infração foi lavrado em 15/12/2005. A intimação não foi considerada válida pelo Judiciário, e a defesa foi cadastrada em 24/03/2006. O Defendente alegou que o fato gerador apurado pela fiscalização se deu nos anos de 2000 e 2001 e a notificação válida ocorreu em Mar/2006. Afirmou ser forçoso reconhecer que o direito de o Estado constituir o crédito tributário, dos fatos geradores compreendidos entre Jun/2000 a Mar/2001, foi atingido pela decadência. Entendo que neste caso, os fatos geradores ocorridos até fevereiro de 2001 foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários lançados nestes meses ficam extintos, consoante a regra do art. 156, inciso V do CTN.

Por outro lado, no levantamento fiscal correspondente à infração 02 foi apurado imposto não declarado e não pago, o que implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN. Portanto, não houve decadência quanto aos valores exigidos neste item do presente lançamento

A Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de julho a dezembro de 2000; janeiro a dezembro de 2001. Demonstrativo às fls. 08 a 13 do PAF.

O Defendente informou que é uma empresa que se dedica à prestação de serviços, ao comércio, importação e exportação, de equipamentos, partes e peças eletrônicas para as áreas de informática, além de ser uma operadora autorizada pela ANATEL para prestação de serviços de telecomunicações a atuar em corporações e edifícios empresariais.

Também informou que compra tráfego das operadoras e, por sua vez, disponibiliza aos clientes (normalmente sediados no Edifício) serviços relacionados a telecomunicação, como link de acesso à internet, assim como outros correlacionados, como locação de espaço e manutenção de equipamentos, esses últimos de competência municipal (ISSQN).

Disse que o crédito apurado não decorre de material para uso e consumo, muito pelo contrário, tratam-se de créditos advindos dos serviços de telecomunicações tomados para que possa prestar seus serviços para os seus clientes, ou seja, seu insumo.

Disse que tal prova está nos autos, mais precisamente no “Anexo 1.0” constante da autuação. Basta um passar de olhos para verificar que todos os créditos apropriados têm única relação com “serviços de telecomunicações” prestados pelas empresas EMBRATEL, TELEMAR, MAXITEL e INTELIG, notórias e inquestionáveis empresas de telecomunicações. Os serviços tomados por tais empresas são utilizados para a consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial do Autuado. Conclui que tais créditos não advêm de materiais para “uso e consumo”, como erroneamente consta na autuação, mas sim de insumos necessários para que o

Impugnante preste seus serviços.

Quanto à utilização de crédito fiscal relativo às aquisições de insumos, matérias primas, produtos intermediários e embalagem, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 (vigente à época dos fatos) estabelece no § 1º do art. 93:

“§ 1º. Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;

b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou

c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito”.

No RICMS-BA/97, o legislador, deixando de lado a importância em se definir o que sejam “insumos” ou o que sejam “produtos intermediários”, preferiu especificar o que e em que casos dá direito ao crédito. Isso é feito no § 1º do art. 93 do RICMS/97, acima reproduzido.

Vale salientar que devem ser consideradas para uso ou consumo do próprio estabelecimento, as mercadorias que não forem destinadas à comercialização, industrialização, produção, geração, extração, por não serem consumidas nem integrem um produto final ou o serviço, na condição de elemento indispensável ou necessário, fato que deveria ser comprovado nos autos, o que não se constatou no presente PAF, considerando que a avaliação do que seja material de consumo ou insumo não pode ser feita exclusivamente a partir de conceitos abstratos, é preciso comprovar de que forma o material é empregado pelo estabelecimento.

Dessa forma, com base na descrição feita pela defesa e no levantamento fiscal, concluo que os bens objeto da glosa do crédito não se enquadram nos conceitos de produtos intermediários, nem de materiais secundários, tampouco no de matéria-prima. A exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração está lastreada nos dispositivos legais citados neste voto, sendo procedente em parte a Infração 01, no valor total de R\$67.920,13 (quadro abaixo), em decorrência da exclusão dos valores alcançados pela decadência.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR HISTÓRICO
31/03/2001	09/04/2001	3.103,33
30/04/2001	09/05/2001	2.113,01
31/05/2001	09/06/2001	301,42
30/06/2001	09/07/2001	1.327,45
31/07/2001	09/08/2001	17.275,72
31/08/2001	09/09/2001	9.651,58
30/09/2001	09/10/2001	11.035,21
31/10/2001	09/11/2001	6.179,68

30/11/2001	09/12/2001	8.838,65
31/12/2001	09/01/2002	8.094,08
TOTAL	-	67.920,13

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho a setembro e dezembro de 2000; março de 2001. Demonstrativo às fls. 15/16 do PAF.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O Defendente mencionou o princípio constitucional da não-cumulatividade, e alegou que esta Infração não merece prosperar. Afirmou possuía crédito acumulado de ICMS e com base quanto autorizado pelos artigos 155 da Constituição Federal e 20 da Lei Complementar 87/96, utilizou-se dos mesmos para a quitação / compensação do suposto crédito advindo da diferença de alíquotas.

Em relação aos contribuintes que apurem o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal, esses contribuintes podem apurar, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado.

Vale salientar que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, e no caso da existência de créditos fiscais acumulados, não ficou comprovado nos autos.

Como foram apurados valores não recolhidos nas épocas próprias, é correto exigir-se o imposto apurado com a lavratura do Auto de Infração, e em relação à existência de créditos fiscais, alegados pelo Defendente, tais créditos podem ser objeto de compensação quando da quitação do débito, mediante requerimento próprio. Mantida a exigência fiscal.

O Autuado requereu que todas as notificações e demais intimações nesses autos fossem feitas em nome dos seus advogados, com endereço na Rua da Paz, nº 1601, Edifício Skyline, 7º andar, Conj. 714, Chácara Santo Antônio, São Paulo/SP, sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	67.920,13
02	PROCEDENTE	55.626,84
TOTAL	-	123.546,97

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108580.0005/05-2, lavrado

contra **ALTA AMÉRICA LATINA TELECOMUNICAÇÕES AVANÇADAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$123.546,97**, 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.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA