

N. F. Nº - 333006.0002/18-0
NOTIFICADO - ALGAR TELECOM S/A.
NOTIFICANTE - ROSALVO RAMOS VIEIRA FILHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2022

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-04/22NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. O lançamento tributário apresenta vício jurídico intransponível, na medida em que foi efetuada de forma que contraria a legislação tributária que prevê o estorno estornos de créditos referentes às aquisições se serviços que posteriormente, foram objeto de saídas isentas ou sem tributação do ICMS. Justificativas apresentadas pelo notificante para efeito de consubstanciar o lançamento não encontram amparo na legislação tributária vigente. Auto de Infração NULO. Recomendação do refazimento do procedimento fiscal. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 27/06/2021, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 10.027,12 multa de 60% no valor de R\$ 6.016,27 e acréscimo moratório de R\$ 428,94, perfazendo um total de R\$ 16.472,33, pelo cometimento da seguinte infração.

Infração 01 – 03.09.01- *Deixou de recolher ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação.*

A Notificada ingressa através de advogado legalmente habilitado, com impugnação fls. 70 a 71, e após falar sobre a tempestividade de sua apresentação, faz um resumo da acusação e em seguida informa que a recorrente presta serviço de comunicação, com atividade econômica enquadrada no CNAE 61.10-8-01 (SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA COMUTADA), que é o serviço de telecomunicações que, por meio da transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia.

Diz que para prestar o serviço a seus clientes subcontrata a rede de serviços de comunicação de outras operadoras, no caso a TIM, e de acordo com as faturas que informa estar anexando o serviço da Tim é denominado Private Live, sendo um canal aberto a qualquer tráfego digital, que unifica todas as necessidades de interconexão da contratante, desde dados até transmissões de televisão em tempo real.

Entende que pela descrição do serviço contratado e pela utilidade como serviço meio na prestação de serviço da recorrente, verifica-se que o ICMS destacado da fatura emitida pela TIM enseja o direito à crédito, conforme art. 20, caput, c/c art.33, inv. IV, alínea “a”, da LC nº 87/96, cujo teor transcreveu.

Informa que a empresa apura o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal, caso em que apura 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, conforme disposto nos arts. 304 e 305 do Decreto nº 13.780/12.

O § 1º do art. 305 do RICMS/BA dispõe que para efeitos de liquidação das obrigações por compensação, as obrigações consideram-se liquidadas até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso, e se o

montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado na legislação, ou se o montante dos créditos superar o dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte. No entanto, o i. auditor fiscal obstou a utilização pela recorrente do saldo credor de ICMS que foi transportado do período anterior, nos meses de 2017 que não teve crédito de ICMS apurado, sem respaldo constitucional ou legal.

No caso, o ICMS das competências exigidas pela presente Notificação Fiscal, corresponde ao ICMS exato indicado na DMA como sendo o devido pela prestação de serviço de comunicação da recorrente, desconsiderando que haviam saldo credor de ICMS de períodos anteriores. Sendo que, os únicos meses de 2017 não exigidos são os que tiveram ICMS da entrada para compensação com o débito, e que o crédito superava o débito de ICMS das saídas.

Ocorre que, não há previsão legal que vede a transferência do saldo credor de ICMS, em relação aos créditos de ICMS decorrentes dos serviços meios para a recorrente prestar o serviço de comunicação, e nem a determinação do estorno, até mesmo porque violaria o Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade, consubstanciado no §2º, inc. I, do art. 155.

Afirma que o art. 309, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, tem a mesma redação do disposto da LC nº 87/96, em relação a utilização de crédito do recebimento de serviço de comunicação que tenha sido prestado para execução de serviços da mesma natureza.

Destaca que a vedação a utilização do saldo credor do ICMS originado nos termos acima, criada pelo auditor fiscal, não tem amparo no RICMS/BA, conforme disposto no art. 310 do RICMS/BA, cuja redação copiou. Ressalta que o saldo credor do ICMS que o auditor fiscal desconsiderou, também não é caso de estorno, conforme art. 312, do RICMS/BA, que também copiou, e lembra que as disposições do RICMS/BA citadas, possuem previsão também na Lei nº 7.014/96.

Ante disso, verifica-se que não há vedação constitucional, na LC nº 87/96 ou na legislação estadual, da utilização do saldo credor do ICMS decorrente do recebimento de serviço de comunicação prestado pela TIM, para execução de serviços da mesma natureza pela recorrente aos seus clientes, nem mesmo a determinação do seu estorno. Motivo pelo qual, em janeiro de 2017 a recorrente possuía saldo credor de ICMS no importe de R\$ 29.994,43, que foram transportados de 2016, e durante o ano de 2017, acumulou crédito de R\$ 18.880,02, conforme faturas anexas, totalizando o crédito de R\$ 48.874,45, sendo o débito de ICMS de R\$ 19.642,05, conforme DMAs anexas, que resulta ainda em saldo credor em dezembro de 2017 de R\$ 29.232,40, que foi transportado para 2018.

Afirma que o entendimento do auditor fiscal de que na prestação de serviço de comunicação não se acumula crédito não tem amparo legal, tanto que o enquadramento legal consubstanciado na Notificação Fiscal não tem qualquer vinculação a creditamento de ICMS.

Assim, a Notificação Fiscal deve ser estruturada com base no princípio da legalidade, conforme arts. 37, caput, e 150, inc. I, ambos da CF, e considerando *in casu*, que a recorrente tem o direito ao crédito de ICMS acumulado pelos períodos anteriores de acordo com toda a fundamentação exposta, requer desde já, o cancelamento da autuação.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- a) O recebimento da presente Justificação que se encontra tempestiva.
- b) A procedência da presente Justificação, para determinar o cancelamento/anulação da Notificação Fiscal, com fundamento de inexistência de débito de ICMS, considerando o saldo credor.
- c) Requer ainda, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com fulcro no inc. III, do art. 151, do CTN.

Acrescenta que a recorrente pretende provar o alegado por meio dos documentos acostados a presente Justificação, sem prejuízo de outros meios de prova cabíveis, requerendo perícia, caso os documentos não sejam suficientes ao convencimento da procedência.

A informação fiscal foi prestada às fls. 130 a 131 onde o notificante após transcrever o teor da acusação diz que a autuada argui em sua defesa, folhas 70 à 73, que adota como forma de apuração do imposto a conta corrente fiscal, sendo-lhe assegurado o direito de acumular créditos consubstanciado no artigo 312 do RICMS. Ocorre que a empresa tem por atividade a prestação de serviços de telefonia comutada – STFC, portanto presta serviços de telecomunicações e nessa condição deve observar os ditames estabelecidos nos artigos 310, II e 312, I do RICMS/BA, cujo teor transcreveu:

Observa que a Impugnante adquire serviços de comunicação tributado e dá saídas de parte dos serviços prestados como sendo isentos e não tributados.

Considerando-se que a Impugnante é prestadora de serviço de comunicação e que adquire esse serviço de outras operadoras para prestação do próprio serviço de comunicação, o que lhe permite o direito ao crédito. Pode-se afirmar que o serviço de comunicação adquirido não pode ser estocado para ser utilizado posteriormente, dessa forma não é possível acumular crédito de ICMS cujo produto já foi utilizado.

Ressalta que o crédito ora reclamado, se refere às saídas tributadas que foram compensadas indevidamente pela Impugnante, uma vez que o crédito existente foi acumulado de forma irregular, contrariando a legislação do ICMS.

Informa que o crédito acumulado irregularmente, resultante de saída ou prestação de serviço não tributada e/ou isenta será objeto de nova ação fiscal, conforme regra dos artigos 310, II e 312, I do RICMS, e ratifica a presente Notificação Fiscal.

VOTO

De acordo com o constante da inicial, o presente lançamento tributário foi efetivado para exigência de crédito tributário no montante de R\$ 10.027,12, mais multa no percentual de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: “*Deixou de recolher ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação*”.

O notificado suscitou a nulidade do lançamento visto que na apuração do débito não foi considerado pela fiscalização, o saldo credor existente em sua escrita fiscal, contrariando o disposto no art. 20 c/c art. 33, inc. IV, alínea a, da LC 87/96 e §1º do art. 305 do RICMS/BA, consequentemente violando o princípio Constitucional da Não- Cumulatividade.

Afirma que apura o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal e que possuía saldo credor anterior ao exercício de 2017, e tal fato não foi considerado na auditoria, sendo que o imposto das competências exigidas na presente Notificação Fiscal corresponde exatamente ao ICMS indicado nas suas DMAs, sendo que os únicos meses de 2017 em que não foram objeto da presente exigência são os que tiveram ICMS da entrada para compensação com o débito, e que o crédito superava o débito de ICMS das saídas.

Por sua vez o notificante ao se pronunciar informa que a empresa é prestadora de serviço de comunicação e que adquire esse serviço de outras operadoras para prestação do próprio serviço de comunicação, o que lhe permite o direito ao crédito. Entretanto, dá saída de parte dos serviços como sendo isentos e não tributados, e no seu entendimento, o serviço de comunicação adquirido não pode ser estocado para ser utilizado posteriormente, ou seja, não é possível acumular crédito de ICMS cujo produto já foi utilizado.

Ao analisar os argumentos acima vejo não assistir razão ao autuante. Isto porque, como esclarecido pelo notificante a empresa adquire serviços de outras operadoras, e posteriormente, parte desses serviços foi objeto de saída isenta ou não tributada, sendo esta circunstância imprevisível no momento da entrada. Neste caso, o procedimento a ser adotado seria o previsto no art. 312, inciso I e § 1º, do RICMS/BA que dispõe sobre a obrigatoriedade de estorno do crédito fiscal tomado nas aquisições de serviços, objeto de saída posterior isenta e não tributada, que

assim determina:

“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

§ 1º Quando a operação ou prestação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, o valor do estorno será proporcional à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, o estorno será em relação ao percentual destacado na nota fiscal que exceder ao da carga tributária definida na legislação para a operação subsequente com a mercadoria ou com o produto dela resultante;”

Além do mais, da análise do demonstrativo que deu respaldo a presente exigência, inserido na mídia de fl. 08, denominado EFD - Apuração ICMS Normal, observo que foi elaborado um demonstrativo da conta corrente fiscal do contribuinte, exercício de 2017, desconsiderando o saldo credor existente em dezembro de 2016 no valor de R\$ 29.994,43, sem qualquer justificativa. Mesmo assim, no mês de julho de 2017, a própria fiscalização apontou um saldo credor de R\$ 13.495,51, que não foi transportado para o mês subsequente, tanto que neste mês de agosto/2017, foi exigido o imposto de R\$ 1.330,72, resultante da aplicação da alíquota de 28% sobre o total das saídas tributadas no montante de R\$ 4.752,63.

Este procedimento foi uniforme em todos os meses autuados, ou seja, não foram considerados os saldos credores, sejam eles apurados pelo sujeito passivo, ou pela própria fiscalização, pois a auditoria se limitou a exigir o imposto em todos os meses em que inexistia entradas de serviços a ser compensado com o débito apurado no próprio mês, contrariando a legislação posta. Nesta situação não há como se prosseguir com a lide ante a flagrante nulidade do lançamento.

Assim, os equívocos constatados na exigência fiscal importam na insegurança do débito exigido, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Assim, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA, a Notificação Fiscal nº 333006.0002/18-0, lavrada contra **ALGAR TELECOM S/A**. Recomenda-se, à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR