



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: *TELMEX DO BRASIL S/A*

ENDEREÇO:

PAT Nº: *20232700100102*

DATA DA AUTUAÇÃO: *09/08/2023*

CAD/CNPJ:

CAD/ICMS:

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/253/TATE/SEFIN

1) Prestação de serviços de telecomunicações. Saídas com valores inferiores aos de entrada. Falta de estorno de crédito do ICMS referente à diferença. 2) Defesa tempestiva. 3) Infração parcialmente ilidida. Necessidade de estorno de crédito prevista expressamente na legislação tributária, sem contrariedade, inclusive, às decisões judiciais da Corte Suprema. Exclusão da parte do crédito tributário do ICMS e multa aplicados referente ao efeito da atualização monetária e juros inseridos no lançamento do auto de infração. 4) Auto de infração parcial procedente.

1. RELATÓRIO

O auto de infração é decorrente de procedimento fiscal vinculado à DFE emitida pela Gerência de Fiscalização da Coordenadoria da Receita Estadual, com escopo de auditoria conta gráfica contra o sujeito passivo.

A ação fiscal que culminou na lavratura do auto de infração em análise, foi precedida de notificação feita via DET que visava a autorregularização da ocorrência tida como infração e se iniciou em 25/04/2023, data da ciência da fiscalização do sujeito passivo, concomitantemente à notificação feita pela ação fiscal. Houve uma prorrogação de prazo (mais 60 dias), sendo o auto lavrado em 09/08/2023.

Conforme extraído do processo, o sujeito passivo adquiriu serviços de telecomunicações e os forneceu por valor inferior ao do recebimento, fato que determina que se faça o estorno do crédito

decorrente da diferença a menor do imposto vinculado ao débito das saídas (Lei 688 – artigo 38, inciso IV). Ressalta-se que, conforme detalhado pela ação fiscal e pelas respostas de notificações feitas no decorrer da auditoria, o estabelecimento do sujeito passivo adquire serviços de outras operadoras de telecomunicação valorados pelo efetivo uso mensal de cada linha dedicada comercializada pela TELMEX a seus clientes finais.

Foram capituladas a infração e a penalidade de multa com base no artigo 77, inciso V, alínea "a-1" da Lei 688/96 (cujo texto se refere à infração cometida pelo sujeito passivo e o *quantum* à penalidade). Também foram citados como dispositivos infringidos, no texto do auto de infração, o artigo 38, inciso IV Lei 688/1996 e artigo 47, inciso VI do RIMS. O crédito tributário lançado pelo auto de infração foi de:

ICMS: R\$ 452.848,53.

Multa: R\$ 407.563,67.

Juros: R\$ 0,00.

At. Monetária: R\$ 0,00.

Total: R\$ 860.412,20.

2. ARGUIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A defesa indica não discordar da constatação relatada pela acusação fiscal acerca do fato de que os serviços de telecomunicações adquiridos pelo sujeito passivo tiveram saída posterior em valor inferior ao das entradas, fato que motivou a lavratura do auto de infração, já que ambas as operações (entrada e saída) foram feitas internamente e sob a mesma alíquota de tributação do ICMS.

Isso posto, a defesa contrapõe a ação fiscal ao seu entendimento de que os fatos impeditivos de creditamento de imposto somente ocorrem quando houver isenção ou não incidência do tributo em etapa anterior ou posterior da circulação da mercadoria ou serviço, citando a Lei Complementar 87/1996 (artigo 20) e a Constituição Federal (artigo 155, § 2º). Dito pela defesa:

“Não é porque o débito gerado em uma determinada operação foi integralmente quitado por compensação com os créditos da entrada de outras operações que a cumulatividade estará afastada. Ao contrário, o foco para se evitar a ocorrência da cumulatividade não reside na extinção dos débitos de uma única operação, mas, sim, na utilização efetiva de todos os créditos escriturados pelo contribuinte.”

Apesar disso, reclama que o serviço adquirido pelo sujeito passivo, cuja saída se deu em valor inferior ao da entrada, poderia ser objeto de fornecimento (novas saídas) em períodos subsequentes, argumentando:

“Ademais, tratando-se de prestação de serviços complexos, compostos por várias estruturas necessárias à sua execução, é possível que os serviços adquiridos pela IMPUGNANTE num determinado mês sejam utilizados para a prestação de serviços em meses subsequentes, não havendo a relação temporal imediata presumida neste lançamento.”

Noutra abordagem, questiona a multa aplicada pelo auto de infração (90% sobre o valor do crédito apropriado indevidamente), considerada pela defesa como confiscatória e desproporcional.

Requer a insubsistência do auto de infração e seu cancelamento. Alternativamente, que seja afastada a penalidade de multa pelos motivos expostos pela defesa.

3. FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Não há divergência entre a defesa e a acusação fiscal sobre o fato de o sujeito passivo adquirir serviços de telecomunicações de terceiros por um determinado preço e que posteriormente são comercializados a clientes usuários finais de seus serviços por um valor inferior.

Como as prestações de entrada e saída são todas internas no estado de Rondônia, sujeitas à mesma alíquota de ICMS, o fato acima narrado implica em valores de créditos superiores aos débitos do imposto, fato que, segundo a legislação tributária (Lei 688/1996 – artigo 38, inciso IV), resulta na obrigatoriedade de anulação dessa diferença de crédito a maior:

Art. 38. Acarretará a anulação do crédito:

IV - o imposto cobrado na operação anterior, quando superior ao devido na posterior, hipótese em que a anulação corresponderá à diferença;

Referente ao fato, o argumento da defesa se apega aos dizeres da Lei Complementar 87/1996 (artigo 20) e da Constituição Federal (artigo 155, § 2º), nos seguintes artigos:

LC 87/1996

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

CF

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Da leitura dos textos citados pela defesa há que se compreender que o cerne da concessão do direito ao crédito é justamente para que se faça a compensação pelos débitos de suas saídas, a fim de assegurar a não cumulatividade do imposto. Ou seja, existe o direito ao crédito para se abater o débito das saídas, de forma que, se não houver débito para ser abatido em relação ao mesmo serviço ou mercadoria de entrada, via de regra, não há respaldo para se apropriar de crédito por operações anteriores. Portanto, não há dissonância entre a Lei Estadual com a Lei Complementar e a Constituição Federal.

O fato em lide já foi analisado pela suprema corte do país e a decisão coaduna com a imposição de anulação do crédito, tal como expresso pela capitulação de enquadramento indicada no auto de infração. Vejamos (com cortes):

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 317.515 RIO DE JANEIRO

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS. Venda a menor. Impossibilidade de creditamento. Princípio da não cumulatividade. Precedentes.

RELATÓRIO

“Carrefour Comércio e Indústria Ltda. interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

‘A venda de mercadoria por preço inferior ao da aquisição não autoriza o contribuinte a apropriar-se da respectiva diferença, entre o crédito e o débito, por impor lesão ao Fisco Estadual, que, exigindo a compensação só alcance o limite do débito, não viola, de forma alguma, o princípio da não-cumulatividade’ (fls. 271).

Opostos embargos de declaração (fls. 277 a 280), foram rejeitados (fls. 282/283).

VOTO

“Conforme assentado na decisão agravada, esta Corte firmou entendimento no sentido de que a determinação do estorno do montante do ICMS creditado ante a alienação de mercadoria por valor inferior ao da aquisição não ofende o princípio da não cumulatividade.”

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 437.006 RIO DE JANEIRO

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE E ISENÇÃO.

Conclusão sobre a valia de lei estadual a prever que, no caso de a mercadoria ser alienada, intencionalmente, por importância inferior ao valor que serviu de base de cálculo na operação de que decorreu sua entrada, a anulação do crédito correspondente à diferença entre o valor referido e o que serviu de base ao cálculo na saída respectiva, isso presente contribuinte eventual, homenageia a essência do princípio da não cumulatividade.

Depreende-se, portanto, que não há respaldo que sustente a tese da defesa em detrimento da lavratura do auto de infração, de forma que, persistente o crédito na escrita fiscal do sujeito passivo, mesmo com a notificação prévia para a autorregularização feita anteriormente ao procedimento da ação fiscal que culminou na autuação, necessário se faz o lançamento do ICMS de ofício através do auto de infração.

Referente à penalidade de multa, apesar de não ter sido utilizado o crédito indevidamente mantido em conta gráfica (a parte utilizada foi alvo de outro auto de infração), não haveria lógica em afastar

a penalidade tendo em vista que o auto de infração foi precedido, como dito, de notificação para autorregularização não atendida pelo sujeito passivo sob os mesmos argumentos da defesa.

Contudo, apesar de cabível os lançamentos que compuseram o crédito tributário, da análise dos valores do ICMS e multa lançados no auto de infração, existem reparos a serem feitos.

No caso, observa-se que a ação fiscal atualizou os valores da base de cálculo da multa pela UPF e também atualizou o ICMS lançado pela UPF (até janeiro de 2021) e após, fez incidir os juros da taxa SELIC.

Porém, tendo em vista a autuação não se referir à falta de pagamento de imposto, não há que se falar de atualização ou inserção de juros, já que os créditos que se pretendem estornar de ofício devem corresponder ao que está registrado na escrita fiscal do contribuinte, por isso é necessária exclusão da parcela correspondente à atualização do crédito indevidamente apropriado (correspondente ao ICMS lançado pelo auto de infração) que, repisando, não foi utilizado pelo sujeito passivo para diminuir imposto a pagar.

Já a multa, apesar de ter regramento próprio de cálculo, pelo mesmo fato de inexistência de falta de pagamento de imposto, não há pertinência em se atualizar a base de cálculo da multa, que é o próprio crédito indevido, tendo em vista que este crédito, lançado como ICMS pelo auto de infração, não deve ter nenhuma atualização de valores.

Assim sendo, esta unidade de julgamento ajustou a planilha que serviu de base para a obtenção dos valores do auto de infração, de forma a excluir os valores lançados a maior, tanto do ICMS quanto da multa, decorrentes dos efeitos da atualização monetária e juros SELIC. Juntada ao processo por esta unidade de julgamento e denominada de “CORREÇÃO CRÉDITO TRIBUTÁRIO JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA”, a nova planilha repetiu os campos das UPF’s de vencimento na coluna Y da aba “E 110 – Apuração Fisco” e ajustou o valor da multa de forma a corresponder tão somente a 90% do valor do crédito original (coluna AA).

Alterados também os campos da aba “AI Créd. Consolidado Exercícios”, tem-se, então, os valores de cada auto de infração lavrados pela ação fiscal, divididos por ano (2019, 2020, 2021 e 2022), com imposto correspondente ao valor original dos créditos indevidos e da multa de 90%.

4. CONCLUSÃO

Afastados os efeitos da atualização monetária e da taxa de juros SELIC utilizados originalmente na feitura do auto de infração, decide-se pela parcial procedência do crédito tributário, que fica assim constituído:

	VL ORIGINAL R\$	VL DEVIDO R\$	VL INDEVIDO R\$
ICMS	452.848,53	314.457,95	138.390,58
MULTA	407.563,67	283.012,16	124.551,51
JUROS	0	0	0
AT. MONET.	0	0	0
TOTAL	860.412,20	597.470,11	262.942,09

Nos termos do disposto no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996, julgo **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração, declarando-se devido o valor de R\$ 597.470,11 e indevido/extinto o valor de R\$ 262.942,09.

5. ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o sujeito passivo principal da decisão de Primeira Instância, intimando-o a recolher o crédito tributário devido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, com redução de 50% sobre o valor da multa (RICMS - Anexo XII, artigo 34, § 6º), garantindo-se o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado e consequente Execução Fiscal.

Por ter sido excluído do crédito tributário do auto de infração valor superior a 300 UPF's, interpõe-se recurso de ofício à Câmara de Segunda Instância.

Intime-se o autor do feito para eventual manifestação fiscal (RICMS – Anexo XII, artigo 58, § 1º).

Junto ao processo:

Arquivo xlsx: CORREÇÃO CRÉDITO TRIBUTÁRIO JULGAMENTO 1ª INSTÂNCIA

Porto Velho, 02 de outubro de 2023.

RENATO FURLAN
Auditor Fiscal de Tributos Estaduais
Julgador de 1ª Instância TATE/RO



Documento assinado eletronicamente por:

RENATO FURLAN, Julgador de 1ª Instância - TAT,

, Data: **19/10/2023**, às **10:55**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.