

PROCESSO : 20232700100192 - EPAT 039.258
RECURSO : DE OFÍCIO EVOLUNTÁRIO Nº 53/2024
RECORRENTE : TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS SA TELEBRAS
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 228/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O auto de infração foi lavrado, no dia 30/09/2023, em razão de o sujeito passivo, no ano de 2018, ter se apropriado de créditos de ICMS considerados nulos (Art. 38, IV da Lei nº 688/1996) e os mantido indevidamente em sua escrituração fiscal, sem ter efetuado o estorno (Art. 47, VI do Decreto nº 22.721/2018). Afirma a Autoridade Fiscal que créditos fiscais têm origem na diferença do ICMS incidente sobre serviços tomados em valor superior ao incidente sobre os correspondentes serviços prestados, comprovando a irregularidade e o valor do crédito tributário lançado por meio de Planilha com a memória de cálculo.

Diante disso, foi cobrado ICMS que deixou de ser pago, em razão da utilização indevida do crédito fiscal, e aplicada a multa cabível de 90% (noventa por cento) do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente - a penalidade prevista no artigo 77, V, "a", item 1, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação, com ciência em 10/10/2023, apresentou peça defensiva alegando, em síntese, que as empresas de telecomunicações são equiparadas a indústrias básicas, conforme legislação federal (Decreto 640/1962); que a legislação tributária assegura aos contribuintes do ICMS o direito de compensação, permitindo a compensação de crédito de ICMS decorrente de operação de entrada de comunicação e energia, bastando apenas que a operação ou a prestação anterior seja relacionada com operações ou prestação posterior; que o inciso VI do artigo 47 do Regulamento do ICMS do Estado apresenta ilegalidade e inconstitucionalidade. Ao final, requereu o provimento da impugnação e que seja declarada a anulação integral do auto de infração.

Submetido a julgamento de 1ª Instância, o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, considerou que ficou comprovada a infração e a falta de pagamento do imposto, pois a empresa, mesmo notificada, deixou de efetuar o estorno. Refutou a tese de que a empresa é equiparada a indústria, pois a legislação tributária tem regra própria disciplinando a matéria (arts. 3º e 4º do Regulamento do IPI – RIPI, aprovado pelo Decreto nº 7.212/2010 e art. 4º do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº 8.321/98). Porém, pelo fato de existir uma irregularidade, pois os valores dos juros e da atualização monetária foram incluídos no campo do valor do Tributo, com base no art. 108 da lei 688, corrigiu o lançamento, excluindo do campo tributo esses valores. Decidiu, ao final, pela parcial procedência da ação fiscal.

Por ser a decisão contrária à Fazenda Pública, recorreu de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da lei 688/96. Em virtude do disposto no § 3º do artigo 132 da Lei nº 688/96, o processo foi encaminhado ao autor do feito.

O Autor do feito se manifestou concordando com a decisão proferida, desde que mantidos os valores do crédito tributário, pois a irregularidade que deve ser corrigida tratou-se da inclusão no campo do tributo do Auto de Infração, junto com o ICMS, os valores dos juros e atualização monetária.

A empresa foi notificada da decisão singular pelo DET, com ciência em 16/05/2024, discordando da decisão proferida interpõe recurso voluntário alegando as mesmas teses já apresentadas na instância singular, nele transcreve trecho da Ementa do Recurso Especial nº 1.201.635/MG (Telemig & Estado de Minas Gerais), em sede de Recurso Repetitivo, destacando a parte em que o STJ entendeu sobre a possibilidade de creditamento do imposto sobre operações de circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

No recurso, acrescenta que houve erro na decisão proferida no que diz respeito à isonomia, porque o artigo 47, VI, do RICMS RO, apresenta um claro descompasso entre o direito ao creditamento das atividades das empresas de telecomunicações em relação às demais atividades empresariais, uma vez que o comando legal determina o estorno de crédito em relação a serviços tomados ou bens adquiridos quando a operação subsequente tiver imposto inferior ao cobrado na operação ou prestação anterior. Alegou, ainda, que a multa aplicada apresenta caráter confiscatória, o STF ao julgar o Tema 214, no RE nº 582.461/SP, decidiu que a multa tributária de caráter moratório deve se limitar ao patamar de 20% (vinte por cento) do valor do tributo. Ao final, requereu o integral provimento do Recurso Voluntário e reformada a decisão recorrida, cancelando o Auto de Infração e, subsidiariamente, que a multa seja reduzida aplicando um percentual de no máximo 20% do valor do tributo.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo no ano de 2019, ter se apropriado de créditos de ICMS considerados nulos pela fiscalização e, apesar de notificado para efetuar estorno, foi mantido indevidamente em sua escrituração fiscal. No procedimento fiscal ficou constatado que créditos fiscais têm origem na diferença do ICMS incidente sobre serviços tomados em valor superior ao incidente sobre os correspondentes serviços prestados, sendo comprovado por meio de Planilha com a memória de cálculo anexada ao processo.

O dispositivo da penalidade indicado (art. 77, V, “a”, item 1, da Lei 688/96), determina a aplicação da multa de 90% (noventa por cento) do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente.

Do que consta dos autos – das Planilhas constantes da Mídia digital e da defesa apresentada – restou comprovada que a empresa se utilizou de crédito fiscal em valores superiores ao permitido na legislação, pois na forma do que está definido na legislação (Art. 38, IV, da Lei nº 688/1996 e Art. 47, VI do Decreto nº 22.721/2018), a empresa teria que proceder ao estorno da diferença do imposto a maior que se creditou, uma vez que a prestação subsequente se deu com imposto inferior ao cobrado na prestação anterior.

O que restou controvertido foi a possibilidade, ou não, da manutenção dos créditos na situação em que os débitos das saídas sejam inferiores aos créditos apropriados pelas entradas e pelo fato de a empresa operar no setor de telecomunicações e ser equiparada a indústrias básicas, conforme legislação federal (Decreto 640/1962) estaria assegurado tal direito.

Sobre a tese de equiparação à indústria (Decreto 640/1962), consoante o que já foi analisada na instância singular, a legislação tributária possui regra própria disciplinando a matéria (arts. 3º e 4º do Regulamento do IPI – RIPI, aprovado pelo Decreto nº 7.212/2010 e art. 4º do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº 8.321/98), logo, são essas normas que se aplicam ao caso. Ou seja, a equiparação não desobriga a empresa a fazer o estorno, pois mesmo que a autuada fosse indústria estaria da mesma forma submetida ao que está definido na legislação.

Para a análise desse caso importante pontuar o que está definido na legislação. A Lei 688/97, em seu art. 38, IV, estabelece que deve ser anulada a diferença a maior do imposto cobrado na operação anterior quando superior ao devido na posterior

LEI 688 /1996

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.

Nesse mesmo sentido, estabeleceu o regulamento do ICMS de Rondônia que o sujeito passivo procederá ao estorno do imposto de que se creditou, sempre que o serviço tomado ou o bem ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser objeto de operação ou prestação subsequente, com imposto inferior ao cobrado na operação ou prestação anterior, hipótese em que o estorno corresponderá à diferença.

DECRETO 22.721/2018

Art. 47. O Sujeito Passivo procederá ao estorno do imposto de que se creditou, sempre que o serviço tomado ou o bem ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser: (Lei 688/96, art. 34)

(...)

VI - objeto de operação ou prestação subsequente, com imposto inferior ao cobrado na operação ou prestação anterior, hipótese em que o estorno corresponderá à diferença.

Diante da situação em que restou comprovado que os débitos das saídas são inferiores aos créditos das entradas, para dar provimento às arguições apresentadas pelo sujeito passivo, este Tribunal teria que afastar os efeitos das normas que sustentam a autuação (art. 38, IV, da Lei nº 688/96 e art. 47, VI, do RICMS), definindo a obrigação de ser efetuado o estorno, todavia, tal medida não se inclui no âmbito de competência deste tribunal administrativo, pois tanto a Lei 688/1996 (art. 90), quanto a Lei 4929/2020 (art. 16), excluem da competência deste Tribunal a análise de inconstitucionalidade, ou a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia.

No que diz respeito ao Tema 214, no RE nº 582.461/SP, em que o STF decidiu que a multa tributária de caráter moratório deve se limitar ao patamar de 20% (vinte por cento) do valor do tributo, argumento trazido pela empresa, cumpre esclarecer que a multa moratória, aqui em Rondônia, já está limitada em 20%, pois o crédito tributário, quando não recolhido no prazo fixado pela legislação tributária, fica sujeito à multa de mora de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) ao dia, limitada a 20% (vinte por cento), sobre o valor do imposto (art. 46-B da Lei 688/96). Ocorre que a multa aplicada trata de multa por infração à legislação – a multa de 90% (noventa por cento) do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente – penalidade prevista no artigo 77, V, “a”, item 1, da Lei 688/96, e não multa moratória devido a mora no pagamento do imposto.

Com relação a redução do crédito tributário pela correção feita pela instância singular, que com base no artigo 108 da lei 688/96, corrigiu de ofício o valor especificado no campo do “crédito tributário – tributo”, porém não incluiu nos campos próprios os valores dos juros e da correção monetária. De fato, houve erro no valor constante desse campo, pois constam na planilha de cálculo anexada aos autos – Mídias 20232700100192 – “3.1 Apuração Fisco - Memória de Cálculo DFE nº 20222500100066 – E110 - Apuração Fisco”, de forma discriminada os valores do tributo, da multa, dos juros e da correção monetária. Diante dessa situação, nos termos do art. 108, da Lei 688/96, corrige os valores separando em seus campos próprios, separando do tributo, os valores dos juros e da correção, conforme o quadro demonstrativo abaixo:

Crédito Tributário	Original
Tributo ICMS	107.754,84
Multa de 90% - Valor do imposto	139.123,80
Juros	66.275,21
Correção Monetária	24.052,21
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	337.206,06

Assim, como restou configurada a infração, pois a empresa, descumprindo o que prevê a legislação, deixou de efetuar o estorno do crédito, o lançamento feito por este Auto de Infração é devido.

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço dos recursos interpostos para negar provimento ao recurso voluntário e dar provimento ao de recurso de ofício, alterando a decisão singular de parcial procedente para procedente a ação fiscal.

É como VOTO.

Porto Velho, 04 de fevereiro de 2025.

~~Amañido Ibiapina Alvarenga~~

JULGADOR

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : 20232700100192 - E-PAT: 039.258
RECURSO : DE OFÍCIO E RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 053/2024
RECORRENTE : TELECOMUNICACOES BRASILEIRAS SA TELEBRAS E FPE
RECORRIDA : FPE E TELECOMUNICACOES BRASILEIRAS SA TELEBRAS
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

ACÓRDÃO Nº 002/2025/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO FISCAL – DEIXAR DE EFETUAR ESTORNO – OCORRÊNCIA.**
Restou provado nos autos que o sujeito passivo prestou serviço com imposto inferior ao cobrado na prestação anterior e deixou de proceder ao estorno de crédito. Infração não ilidida. Alterada a decisão monocrática de parcial procedente para procedente o Auto de Infração. Recurso. Voluntário desprovido e de ofício provido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer dos recursos interpostos para no final negar provimento ao Recurso Voluntário e dar provimento ao Recurso de Ofício, reformando a decisão de Primeira Instância que julgou parcial procedente para **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Juarez Barreto Macedo Júnior, Manoel Ribeiro de Matos Junior e Reinaldo do Nascimento Silva.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
DATA DO LANÇAMENTO 30/09/2023: R\$ R\$ 337.206,06
***CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO**

TATE, Sala de Sessões, 04 de fevereiro de 2025.

Fabiano Emanuel F. Caetano
Presidente

Amarildo Ibiapina Alvarenga
Julgador/Relator