

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.170/13/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000184271-44
Impugnação: 40.010133338-52
Impugnante: Tim Celular S.A.
IE: 062265683.00-86
Proc. S. Passivo: Marcelo Tostes de Castro Maia/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - CRÉDITO SEM ORIGEM – Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS sem a apresentação da respectiva documentação fiscal, tratando-se, portanto, de crédito sem lastro documental ou sem origem comprovada. Não foi comprovada a alegação da Impugnante, de que se trata de estorno de débito, lançado em duplicidade. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS no período de 01 a 31/05/12, em razão de aproveitamento indevido de crédito, referente a estorno de débito do imposto sem a comprovação de sua legitimidade. O valor do estorno foi lançado no livro Registro de Apuração do ICMS - LRAICMS, a título de crédito do imposto, no campo 007, como “estorno de débitos ICMS s/ crédito especial em duplicidade.

Consta do relatório fiscal, que a Contribuinte, em 2007, formalizou pedido de restituição do ICMS, sob o argumento de que havia lançado um produto, denominado “crédito especial”, destinado aos clientes que possuem planos pré-pagos de telefonia celular, que consiste em um adiantamento de crédito, no valor de R\$ 3,00 (três reais), onde o cliente seleciona uma opção e recebe o valor adicional, que será descontado na próxima recarga que realizar.

Entretanto, alegava a Requerente, que tributou o referido valor no momento da concessão aos seus clientes e o fez novamente quando da recarga, ou seja, tributou integralmente o valor da recarga, sem descontar o adiantamento. Esclarece, ainda, o Fisco, que o mencionado pedido de restituição foi indeferido e não impugnado, sendo, portanto, arquivado. Todavia a empresa estornou os valores que entendeu haver tributado em duplicidade, apropriando-se dos créditos extemporaneamente no mês de maio/2012, os quais estão sendo exigidos no presente PTA.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, previstas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 127/144.

Em seguida, houve negativa de seguimento da Impugnação em razão de ilegitimidade de representação. Posteriormente, a Autuada apresentou Reclamação, nos termos do art. 116 e seguintes do RPTA, acompanhada de documentos. Assim, nos termos do art. 124 do RPTA, a Repartição Fazendária acatou a Reclamação e reformou a negativa de seguimento da Impugnação, retornando o PTA à sua regular tramitação.

O Fisco se manifesta às fls. 163/170, refutando os argumentos trazidos na peça impugnatória.

A Assessoria do CC/MG solicita diligência às fls. 227, para que o aditamento à Impugnação, protocolizado pelo Sujeito Passivo junto a este Órgão, seja juntado aos autos e que eles retornem à origem para que a Fiscalização se pronuncie, resultando na juntada do documento de fls. 228/231 e Manifestação Fiscal de fls. 234/244.

Na sequência, a Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 246/256, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram, basicamente, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo algumas alterações de estilo.

Da Preliminar

Inicialmente, às fls. 138/139 dos autos, a Impugnante requer a realização de perícia contábil, a fim de comprovar que os créditos de ICMS em análise foram aproveitados com o único intuito de evitar a bitributação, em decorrência da concessão de créditos especiais aos seus clientes pré-pagos, com os seguintes quesitos apresentados a seguir:

1) queira o Sr. Perito informar, com base nos documentos ora apresentados e, ainda, naqueles que se encontram à disposição do Fisco Estadual por força do Convênio ICMS nº 115/03, a que períodos de apuração se referem os créditos de ICMS no valor de R\$ 2.459.247,75 (dois milhões quatrocentos e cinquenta e nove mil duzentos e quarenta e sete reais e setenta e cinco centavos), aproveitados pela Impugnante no período de apuração de maio de 2012; e

2) queira o Sr. Perito informar se os créditos aproveitados pela Impugnante causaram qualquer prejuízo ao erário público, na medida em que foram aproveitados com o único intuito de evitar a cobrança em duplicidade do imposto estadual, já que a Impugnante iria recolher duas vezes o ICMS que recai sobre a prestação de serviço de comunicação sob a modalidade pré-paga, nos casos relacionados à concessão de “Créditos Especiais” aos seus usuários.

É de se notar que o pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram conhecimento técnico especializado acerca do assunto, por outro lado, verifica-se que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para o esclarecimento da questão.

Assim, a realização da perícia é desnecessária à elucidação dos fatos, sendo portanto, indeferida nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747 de 03 de março de 2008.

Do Mérito

Consoante mencionado acima, a autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS, no período de 01 a 31/05/12, em razão de apropriação indevida de créditos do imposto.

Os créditos têm como origem, suposta bitributação de “créditos especiais de R\$ 3,00 (três)”, concedidos pela operadora ao cliente e posteriormente descontados da próxima recarga realizada.

O valor foi lançado no livro Registro de Apuração do ICMS – LRAICMS a título de crédito do imposto, no campo 007, com a denominação “estorno de débito de ICMS s/ crédito especial em duplicidade”, mas não foram apresentados documentos que comprovem a origem e legitimidades dos créditos apropriados.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer sobre a sequência dos fatos que levou à lavratura do presente Auto de Infração, conforme demonstrado a seguir.

A Impugnante protocolizou um pedido de compensação de créditos tributários de ICMS, em 03/10/11 (fls. 02/04), acompanhado dos documentos de fls. 05/19, do CD de fls. 20 e da primeira página de cada uma das planilhas mensais constantes deste CD (fls. 21/35).

Neste pedido, informa a Impugnante que lançou no mercado um novo produto denominado “Crédito Especial”, que consiste em um adiantamento de crédito para clientes pré-pagos, que estão com sua recarga acabando e desejam um crédito extra, os quais recebem um valor adicional de R\$ 3,00, que será descontado na próxima recarga.

Afirma ainda que, de forma inadequada, o ICMS foi recolhido sobre os R\$ 3,00 do crédito especial e também sobre o montante integral da próxima recarga, quando na verdade, em relação a esta última, a tributação deveria ter incidido sobre o valor da recarga menos os R\$ 3,00 do crédito especial antecipado e já tributado.

Este seria o fundamento do Pedido de Compensação de Créditos Tributários de ICMS protocolado em 21/09/11.

Em seguida, o Fisco lavrou o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000003262-13 (fls. 36), que foi entregue ao Contribuinte em 01/10/12, acompanhado da Intimação s/n de fls. 37/38.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesta Intimação o Fisco solicita a complementação das planilhas que acompanharam o Pedido de Compensação (CD de fls. 20), informando os dados da NFST emitida quando da ativação do chamado “crédito especial de R\$ 3,00” e ainda, os dados da NFST emitida quando da ativação da próxima recarga posterior ao crédito especial de R\$ 3,00, vinculando as NFST correlatas.

Além disso, solicitou a apresentação: dos comprovantes de ativação de créditos para os clientes em relação a ambas as operações; dos comprovantes de desconto do crédito especial na plataforma de pré-pago do cliente; dos comprovantes de vinculação das duas ativações de créditos; comprovantes da ativação dos créditos telefônicos pré-pagos em valores inferiores aos destacados nas NFST, em razão da anterior ativação de crédito especial de R\$ 3,00 e outros elementos que possam comprovar as alegações do pedido de compensação.

A Autuada apresentou apenas uma pequena amostragem das Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações - NFST (CD de fl. 49), onde consta o número, a série e a data da NFST referente ao crédito especial de R\$ 3,00, assim como o número, a série e a data de outra NFST, identificada como a primeira recarga posterior ao crédito especial, na qual teria sido abatido o valor deste crédito especial concedido anteriormente.

Entendendo que os documentos apresentados não atendem às solicitações contidas no AIAF, não sendo suficientes para comprovar a origem e legitimidade dos créditos apropriados pela Impugnante, procedeu o Fisco à lavratura do presente Auto de Infração.

O lançamento em análise se refere, portanto, aos casos em que o crédito especial e a primeira recarga subsequente, ocorreram em meses diferentes.

Passa-se agora à análise dos elementos contidos no Auto de Infração.

Nos termos do Convênio ICMS nº 55/05 (que dispõe sobre os procedimentos para a prestação pré-paga de serviços de telefonia), relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia, deverá ser emitida NFST, com destaque do imposto devido, por ocasião da disponibilização dos créditos passíveis de utilização.

Logo, para o processo descrito pela Impugnante, duas NFST deveriam ser emitidas: uma primeira, no momento da disponibilização do crédito especial, no valor de R\$ 3,00 (não pago) e outra, no momento da recarga, com o valor desta acrescido do desconto de R\$ 3,00.

Toda a discussão gira em torno da necessidade de se comprovar a origem e a legitimidade dos créditos de ICMS aproveitados.

O aproveitamento de crédito efetuado pelo Contribuinte, sob a alegação de faturamento em duplicidade, depende de prova inequívoca de tal fato.

No presente caso, necessário se faz a vinculação entre as NFST emitidas para o suposto crédito especial (adiantamento de R\$ 3,00) disponibilizado e a recarga posterior realizada pelo mesmo cliente, cuja fatura, apesar de cobrada integralmente,

deveria ter sido abatido o serviço de comunicação referente ao citado crédito especial, concedido anteriormente.

A Impugnante elaborou, por meio de relatórios gerenciais internos, as planilhas contidas nos CDs de fls. 232, que se prestariam a realizar a supracitada vinculação do crédito especial e a recarga posterior.

No entanto, como observado pelo próprio Fisco, quando da emissão da NFST, a Impugnante não faz distinção entre os “créditos especiais de R\$ 3,00” e os “créditos normais de R\$ 3,00” (vendidos e recebidos imediatamente). Ambos são descritos na NFST como “recarga valor R\$ 3,00”.

Inclusive, o próprio arquivo eletrônico enviado pela Autuada com base no Convênio ICMS nº 115/03, foi elaborado neste formato, não fazendo qualquer distinção entre “créditos especiais de R\$ 3,00” e “créditos normais de R\$ 3,00”.

Isso, por si só, já inviabilizaria a identificação inequívoca dos créditos a que faria jus a Impugnante, visto que o ICMS referente aos créditos normais de R\$ 3,00, não enseja qualquer devolução ou compensação.

Todavia, o Fisco efetuou o confronto das novas planilhas constantes do pedido de compensação, apresentadas pela Autuada (CD de fls. 232) com os arquivos eletrônicos enviados, em conformidade com o Convênio ICMS nº 115/03, que representam as 2^{as} vias eletrônicas das NFSTs (DVD de fl. 213).

Porém, diversas irregularidades e inconsistências foram encontradas, tais como:

- códigos de autenticação do registro (Hash Code) que não conferem com os arquivos originais do Convênio ICMS nº 115/03 (amostra às fls. 240);
- situações em que uma só NFST de recarga subsequente foi vinculada a vários créditos especiais de R\$ 3,00, concedidos anteriormente (amostra às fls. 241);
- recebimento de vários créditos especiais seguidos, sem uma recarga específica vinculada a cada um deles;
- situações em que, na recarga subsequente, o valor destacado na NFST é menor que o valor do crédito especial anterior concedido;
- Nem todos os créditos especiais tiveram uma recarga subsequente vinculada.

Deste modo, o que se depreende é que não existe vinculação entre as Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicação referentes aos créditos especiais de R\$ 3,00 concedidos e as da recarga posterior, na qual teria sido quitado este crédito. Não há ainda qualquer diferenciação entre a descrição do produto contida nas Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicação referentes aos créditos especiais de R\$ 3,00 e a descrição do produto referente aos créditos normais de R\$ 3,00.

Sendo assim, torna-se impossível afirmar que exista liquidez ou certeza em relação aos créditos de ICMS pleiteados, restando prejudicada a pretensão de compensar tais valores com os débitos correntes do tributo estadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto às multas, a Impugnante afirma que são confiscatórias, desproporcionais e desprovidas de razoabilidade.

A Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor efetuado pela Autuada, quando da apropriação indevida de créditos de ICMS.

Já a Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso XXVI, da citada lei, foi exigida pela apropriação de crédito tributário em desacordo com a legislação tributária, descumprindo obrigação acessória, qual seja, o dever de apropriar os créditos somente nos termos previstos na legislação tributária, de forma a não interferir indevidamente no montante de ICMS a ser recolhido aos cofres do Estado.

Em suma, enquanto a multa de revalidação decorre do não pagamento do tributo a tempo e modo (obrigação principal), a multa isolada decorre do não cumprimento de uma obrigação acessória.

Por conseguinte, a aplicação das penalidades foi efetivada na medida prevista na legislação tributária deste Estado, não competindo ao órgão julgador administrativo negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 25 de setembro de 2013.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora

Cindy Andrade Moraes
Relatora

T