



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº : 670/2009  
PROCESSO Nº : 2007/6040/503982  
REEXAME NECESSÁRIO : 2355  
REQUERENTE : FAZENDA PUBLICA ESTADUAL  
INTERESSADO : BRASIL TELECOM S/A  
INSC. ESTADUAL : 29.066.151-0

**EMENTA:** Falta de Recolhimento de ICMS. Constatação na Escrituração a Menor no Livro Registro de Apuração de ICMS. Serviços de Telefonia - *Deve prevalecer a exigência tributária quando restar comprovado que o valor tributado na fatura é superior ao registrado no livro de registro de apuração de ICMS.*

Aproveitamento Indevido de Crédito. Restituição de Indébito Tributário. Prestação de Serviço de Telefonia - *Não há que prevalecer a exigência tributária quando restar comprovado o recolhimento de ICMS a maior e for efetivado o seu creditamento dentro do período de apuração, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade.*

**DECISÃO:** Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por maioria, em reexame necessário, modificar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração de nº 2007/004880 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 36.211,71 (trinta e seis mil, duzentos e onze reais e setenta e um centavos), R\$ 27.447,99 (vinte e sete mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e noventa e nove centavos), R\$ 4.947,99 (quatro mil, novecentos e quarenta e sete reais e noventa e nove centavos), referente parte do campo 4.11, e aos campos 5.11 e 6.11, respectivamente, mais acréscimos legais; e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz os valores R\$1.448,53 (um mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e cinquenta e três centavos), R\$ 471.758,58 (quatrocentos e setenta e um mil, setecentos e cinquenta e oito reais e cinquenta e oito centavos), R\$ 208.038,02 (duzentos e oito mil, trinta e oito reais e dois centavos), referente parte do campo 4.11 e aos campos 7.11 e 8.11, respectivamente. Os conselheiros Elena Peres Pimentel e Rubens Marcelo Sardinha votaram pela nulidade dos campos 7.11 e 8.11. Os Senhores Ricardo Shiniti Konya e Luiz Fernando Sachct fizeram sustentações orais pela Fazenda Pública e Interessado, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Elena Peres Pimentel, Rubens Marcelo Sardinha, João Gabriel Spicker, Regina Alves Pinto e com voto vencedor Fernanda Teixeira Halum. Presidiu a sessão de julgamento do dia 26 de novembro de 2009, a conselheira Regina Alves Pinto.

**CONS. RELATORA:** Elena Peres Pimentel

**CONS. AUTORA DO VOTO VENCEDOR:** Fernanda Teixeira Halum



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

**VOTO:** A empresa foi autuada no valor total de R\$ 749.852,82 (setecentos e quarenta e nove mil, oitocentos e cinqüenta e dois reais e oitenta e dois centavos), referente a falta de recolhimento do ICMS quando do cálculo do imposto na escrituração do livro de registro de apuração do ICMS, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005 e ao aproveitamento indevido de crédito de ICMS sem autorização para restituição de débito tributário no exercício de 2005 e no período de 01.01.2006 a 30.09.2006.

A autuada foi intimada por via postal e apresentou impugnação tempestiva.

A julgadora de primeira instância conheceu da impugnação, deu-lhe provimento parcial e julgou o auto de infração procedente em parte, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário constante na inicial acrescido das cominações legais, dos contextos 5.1, 6.1, 7.1 e 8.1, parte do contexto 4.1 e absolvendo R\$ 1.448,53, parte do contexto 4.11.

A REFAZ recomendou a confirmação da sentença de primeira instância.

Ciente da decisão prolatada em primeira instância, a empresa apresentou recurso voluntário tempestivo a este conselho, alegando em preliminar que o lançamento é nulo por ausência de elementos probatórios dos ilícitos denunciados na inicial; ausência de motivação do ato administrativo, resultando isso em prejuízo ao direito de defesa; ausência de indicação de dispositivo legal autorizativo da incidência de encargos moratórios.

No mérito, alega que o fisco presume a ocorrência do fato descrito como hipótese de incidência, uma vez que a atividade do lançamento é vinculada, que a autoridade não considera o método de cálculo utilizado pela impugnante quando da apuração dos valores cobrados pela prestação de serviços de telecomunicações aos usuários, que o sistema de faturamento utilizado leva em conta seis dígitos numéricos ou casa decimais para quantificar o valor devido pelos usuários dos serviços de telecomunicações; que a transposição de tais valores para os livros fiscais; que somente admitem a presença de valores com até duas casas decimais podem surgir diferenças que geram ao final de cada período de autuação; as divergências apontadas pela fiscalização; que o fisco não considerou esse fato, aplicando a alíquota sobre o valor mensal total das prestações de serviços de telecomunicações e não sobre os valores item por item constantes das notas fiscais; que os créditos de ICMS decorrem das operações co-billing, assim entendidas como aquelas operações em que a impugnante fatura nas notas fiscais os valores referentes aos serviços de telecomunicações tomados pelo mesmo usuário, as empresas de telefonia com as quais a impugnante é autorizada a praticar operações de co-billing se comprometem a fornecer as informações relativas aos serviços de



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

telecomunicações por ela prestados, inclusive para o cálculo do montante do ICMS devido; que de posse dessas informações a impugnante promove o recolhimento do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de telecomunicações documentadas nas notas fiscais por ela emitidas; que a empresa VIVO S/A enviou previamente um valor estimado dos serviços de telecomunicações prestados por ela, a partir do qual a impugnante efetuou o cálculo montante do ICMS devido e o respectivo recolhimento; que no decorrer do mês de vencimento do imposto, a operadora VIVO forneceu os valores reais de co-faturamento; que de posse destas informações procedeu à correção de sua apuração do ICMS; que em outros casos realizou o pagamento a maior do ICMS devido pelas empresas de telecomunicações que atuam em regime de co-billing, o que dá ensejo ao creditamento do valor recolhido maior na escrita fiscal; que somente na hipótese de o destaque a maior ter sido em exercício fiscal anterior ao do aproveitamento do crédito(CF. art. 18 § 6º, II, b, do RICMS) deve o contribuinte formular pedido administrativo de restituição do indébito na forma prescrita no art. 72, da Lei 1288/01; que a penalidade além de indevida é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco, devendo ser diminuída ao patamar máximo de 2%.

A REFAZ recomendou a confirmação da sentença prolatada em primeira instância e a procedência dos créditos reclamados nos contextos 4.1, 5.1 e 6.1 da peça inicial, uma vez que as razões recursais foram insuficientes para ilidir a materialidade dos fatos imputados à recorrente, mas adequadas para recomendar a nulidade do feito relativamente aos créditos objeto dos contextos 7.1 e 8.1 do auto de infração em análise.

Visto, analisado e discutido o presente processo que é referente a falta de recolhimento do ICMS calculado a menor na escrituração do livro de registro de apuração do ICMS e o aproveitamento indevido de créditos do ICMS sem a autorização da autoridade competente restou constatado que não houve cerceamento ao direito de defesa, pois os levantamentos e os demais documentos anexados aos autos são claros e o contribuinte teve direito ao contraditório e a ampla defesa.

No mérito, quanto aos contextos 4, 5 e 6, a empresa tem consciência das normas tributárias para apuração do imposto devido, devendo sempre ser cobrado o valor do ICMS dos usuários dos serviços de telecomunicações, efetuando a aproximação dos valores gerados pela diferença de casas decimais e não apenas desconsiderar tais valores como faz, pois a empresa não pode tributar um valor na fatura e registrar outro valor no livro de registro de apuração de ICMS, sendo assim legítima a cobrança efetuada nos referidos contextos, com exceção a parte do contexto 4.11, uma vez que o valor cobrado nesse contexto que é de R\$ 37.660,24

deve ser reduzido, pois no balanço entre créditos e débitos no levantamento básico de ICMS do exercício de 2003, resultou um valor menor de ICMS não registrado e



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

não recolhido que é de R\$ 36.211,71, que é de fato o valor do ICMS devido pelo contribuinte.

Quanto aos contextos 7 e 8, não resta dúvidas de que o contribuinte pagou o ICMS a maior no mês anterior e por isso tem o direito ao aproveitamento do crédito, verificando que este ocorre no próprio período de apuração do imposto, ou seja, dentro do mesmo mês, não lhe podendo ser vedado, acarretando assim a improcedência da exigência tributária nos referidos contextos.

De todo o exposto, no mérito, em reexame necessário, voto reformando a decisão de primeira instância para julgar procedente em parte o auto de infração de nº 2007/004880 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 36.211,71 (trinta e seis mil, duzentos e onze reais e setenta e um centavos), R\$ 27.447,99 (vinte e sete mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e noventa e nove centavos), R\$ 4.947,99 (quatro mil, novecentos e quarenta e sete reais e noventa e nove centavos), referente respectivamente a parte do campo 4.11, e aos campos 5.11 e 6.11, mais acréscimos legais; e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz os valores R\$ 1.448,53 (hum mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e cinqüenta e três centavos), R\$ 471.758,58 (quatrocentos e setenta e um mil, setecentos e cinqüenta e oito reais e cinqüenta e oito centavos), R\$ 208.038,02 (duzentos e oito mil, trinta e oito reais e dois centavos), referente, respectivamente, a parte do campo 4.11 e aos campos 7.11 e 8.11.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS, aos 18 dias do mês de dezembro de 2009.

Presidente

Conselheira Autora do Voto

Representação Fazendária