

Acórdão: 23.820/21/1^a Rito: Sumário
PTA/AI: 16.001477372-70
Impugnação: 40.010150722-82
Impugnante: Telemar Norte Leste S/A
CNPJ: 33.000118/0003-30
Proc. S. Passivo: Luiz Fernando Sachet/Outro(s)
Origem: DF/ BH-2

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - RECOLHIMENTO A MAIOR. Pedido de restituição fundado no recolhimento à maior do imposto nos termos do art. 35, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA. Reconhecido parcialmente o direito à restituição pleiteada, decotando-se a multa e juros exigidos pelo Fisco em razão dos ajustes realizados pela Requerente, do montante a restituir.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A Requerente pleiteia da Fazenda Pública Estadual, conforme protocolo SIARE nº 201.910.480.273-4, anexado às fls. 02, a restituição de quantia que entende ter sido recolhida a maior título de ICMS, relativamente aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2014.

O valor refere-se “a erro na dedução da antecipação, estorno CIAP, complemento de nota fiscal e saldo acumulado de CIAP”.

A Fiscalização propõe o deferimento parcial do pedido, retirando, do valor a ser restituído, a multa e os juros de mora calculados sobre o montante dos ajustes feitos pelo Contribuinte em suas declarações, conforme Parecer de fls. 82/93.

O Delegado Fiscal, em despacho de fls. 94, deferiu parcialmente a restituição, sob a forma de dedução dos valores devidos pela Requerente à Fazenda Pública Estadual, nos termos do art. 35, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA e considerando o disposto no § 2º do mesmo artigo.

Inconformada, a Requerente apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 168/180, acompanhada dos documentos de fls. 181/414.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 416/430, refuta as alegações da Defesa e pugna pela manutenção do deferimento parcial do pedido de restituição.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sessão realizada em 01/07/21, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de sustentação oral. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 15/07/21.

DECISÃO

Trata-se de requerimento de restituição dos valores pagos a título de ICMS relativamente aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2014.

Em face do indeferimento parcial de sua pretensão, a Impugnante pede a reforma parcial da decisão, sustentando o seguinte:

- o Parecer/Despacho da DF/BH-2, não teria esclarecido o motivo pelo qual não foi deferido o valor integral da restituição pleiteada e teria deixado de apresentar fundamento de fato e de direito que justificasse a subtração de parte do valor do crédito pleiteado, inviabilizando o direito de defesa da Impugnante;

- não teriam sido apresentados os fundamentos para subtração da multa e juros de mora, incidentes sobre os pagamentos a menor do ICMS;

- em razão da decadência, o Fisco não poderia exigir multa e juros de mora, sobre recolhimentos de ICMS a menor, nos períodos de outubro, novembro e dezembro de 2014;

- o art. 35, inciso I, §1º, inciso II e § 2º do RPTA, estaria em desacordo com a norma tributária legal vigente e, não poderia limitar o seu direito à restituição;

- o posicionamento do Fisco para que o valor a ser restituído seja deduzido de valores devidos pelo sujeito passivo à Fazenda Pública Estadual, não considerou que em todos os feitos executivos já foram opostos os respectivos Embargos à Execução Fiscal, os quais, na grande maioria, já foram prolatadas sentenças julgando-os procedentes para fins de desconstituir o crédito tributário.

Em relação primeiro argumento trazido na impugnação, de que o Parecer/Despacho da DF/BH-2 não teria esclarecido o motivo pelo qual não foi deferido o valor integral da restituição pleiteada e teria deixado de apresentar fundamento de fato e de direito que justificasse a subtração de parte do valor do crédito pleiteado, não merecem guarida as razões apresentadas pela Impugnante.

Como esclarecido pelo Fisco, as parcelas objeto da referida restituição são, conforme demonstrativo de cálculo apresentado pela Impugnante, àquelas de ajustes na apuração do ICMS referentes ao Convênio ICMS nº 17/13, créditos do CIAP, fator de estorno dos créditos do CIAP e recolhimentos complementares sem obrigação, conforme apontado nos tópicos 3.3, 3.4, 3.5 e 3.6 do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20, respectivamente.

Diante da restituição pleiteada, o Fisco, ao analisá-la, acatou os ajustes então solicitados pela Impugnante, referentes às parcelas dos créditos do CIAP e recolhimentos complementares sem obrigação. Ocorre que, conforme demonstrado nos tópicos 3.3 e 3.5 do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20, o Fisco apurou divergências no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cálculo da Impugnante, do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, conforme disposto na Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 17/13 e nos valores dos fatores considerados no estorno dos créditos do CIAP.

A sistemática de cálculo instituída pelo Convênio ICMS nº 17/13 e seu objeto foram devidamente aclarados pela Fiscalização e a Manifestação Fiscal detalhou, detidamente, tal apuração. Veja-se:

Conforme se depreende da leitura do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/2020, em consonância com a análise dos anexos aos autos, o Fisco para o cálculo do fator de tributação a ser utilizado para encerramento do benefício, considerou, na composição do denominador, o total da prestação de serviço de telecomunicação do período, tributadas ou não. Foram excluídas as parcelas cobradas dos usuários que não possam ser enquadradas como serviço de telecomunicação, tais como: serviço de valor agregado (SVA), cobranças de multas e juros, cobranças de terceiros e créditos.

No mesmo passo, considerou na composição do numerador o total das prestações de serviço de telecomunicação isentas, não tributadas ou realizadas com redução da base de cálculo, com as mesmas exclusões do denominador.

Na composição do total de entradas de cessão dos meios de rede, o Fisco considerou o total de entradas relacionadas nos CFOP nº 1.301 e 2.301, extraídos da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI, e do Livro Registro de Entrada.

Desta forma, foram realizados os cálculos dos fatores de tributação, a partir da análise dos arquivos do convênio 115/03, da Escrituração Fiscal Digital – EDF e da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI, conforme se depreende do excerto abaixo, extraído do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/2020.

(...)

Na composição do valor do imposto, referente ao encerramento do benefício, nos termos da cláusula terceira do convênio ICMS 17/2013, o Fisco tomou por base o fator de tributação, multiplicou pelo valor total da cessão dos meios de rede, e multiplicou pela alíquota do período. A partir daí ajustou o valor do imposto com a dedução do valor declarado pela Impugnante na EFD. Feitos esses ajustes, apurou o valor do imposto a ser restituído. Neste sentido, veja-se o excerto abaixo, extraído do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/2020.

(...)

Portanto, esses valores calculados pelo Fisco, se referem a parcela do imposto a ser restituído do convênio ICMS 17/2013. Nesse ponto, veja-se que os valores coincidem aos centavos, com o item “3.3 – Convênio 17/2013” do Quadro Resumo, que sumariza o valor dos ajustes calculados pelo Fisco.

(...)

No intuito de demonstrar os cálculos até então realizados, o Fisco os compilou em quatro planilhas no formato Excel, gravadas em CD anexo ao auto, com os respectivos algoritmos gerados pelo programa MD5. Veja-se, mais uma vez, o excerto extraído do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/2020.

(...)

Debruçando a análise sobre estas planilhas, verifica-se que o Fisco relacionou os serviços considerados no cálculo do fator de tributação corretamente agrupados por mês e por usuário, identificando: CNPJ ou CPF, razão social, Unidade da Federação, número, modelo e série da NFST, data de emissão, CFOP, número do item na NFST, código e descrição dos serviços e os valores correspondentes ao total das prestações.

(...)

Como anteriormente explanado, a Impugnante, ao calcular o estorno de crédito referente à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, considerou valores de coeficientes de estorno equivocados.

O RICMS/02 prevê, em seu art. 66, §3º, II, que não será admitida a apropriação do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento, em relação à proporção das prestações isentas ou não tributadas sobre o total das prestações efetuadas no mesmo período.

Na mesma linha, demonstrou o Fisco, à exaustão, que a Impugnante, ao calcular o estorno de crédito referente à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, considerou valores de coeficientes de estorno equivocados.

Assim, no tocante à alegação da violação ao dever de fundamentação do ato administrativo, devido à não motivação da subtração de parte do valor do crédito pleiteado, percebe-se que não assiste razão à Impugnante, uma vez que no Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20, consta a informação do cálculo do Fisco.

Logo, não resta dúvida que a Impugnante foi cientificada da memória de cálculo do Fisco, conforme se verifica pelo Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto do cálculo do crédito pleiteado, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, no que se refere ao abatimento de multa e juros do valor a restituir, merece reparo o Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20. Referido parecer opinou pelo deferimento parcial, uma vez que, apesar de ter reconhecido o recolhimento a maior, considerou que a Impugnante teria declarado que pagou alguns ajustes a menor, e, por esse motivo, o Fisco apurou e exigiu multa e juros de mora por meio do programa de atualização de ICMS – ATICMS, conforme quadros informativos que colacionou.

Comungando do entendimento levantado pela Impugnante, a Fiscalização, ao aproveitar a análise do pedido de restituição para exigir multa e juros de valores ajustados pelo Sujeito Passivo, deixou de observar o procedimento previsto no art. 85, inciso II do RPTA, que disciplina expressamente que a exigência de crédito tributário seja formalizada por meio de auto de infração.

Confira-se:

Art. 85. A exigência do crédito tributário será formalizada, exceto na hipótese do § 3º do art. 102, mediante:

(...)

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória; (grifou-se).

De fato, há que se reconhecer que o procedimento fiscal para constituição, cobrança e extinção dos juros e multa da Impugnante não observou os comandos do art. 142 do CTN, examine-se:

CTN

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Em razão disso, no caso em tela, sendo certo que houve uma constituição indevida do crédito tributário referente à multa e juros, descabe falar em decadência do direito à tal constituição, razão pela qual rechaça-se, nesse ponto, a alegação da Impugnante.

Por fim, quanto à forma da restituição deferida, no caso em tela, sob a forma de dedução de valores devidos pelo Sujeito Passivo à Fazenda Pública Estadual, verifica-se que ela está em consonância com a legislação tributária aplicável.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A modalidade de restituição a ser efetivada não constitui faculdade da Impugnante, e nem da Fiscalização, já que a legislação assim o faz, em ordem de prevalência.

Confira-se:

RPTA

Art. 35. Deferido o pedido de restituição, esta se efetivará:

I - sob a forma de dedução de valores devidos pelo sujeito passivo à Fazenda Pública Estadual;

II - sob a forma de aproveitamento de crédito, no caso de contribuinte do ICMS que apresente saldo devedor do imposto regularmente;

III - em moeda corrente, nos demais casos.

§ 1º Na hipótese do inciso I do caput:

I - não serão deduzidos créditos tributários com exigibilidade suspensa, ressalvada a concordância expressa do contribuinte na hipótese de parcelamento;

II - a dedução será realizada de ofício pela autoridade competente, restituindo-se eventual saldo nas formas estabelecidas nos incisos II e III do caput.

§ 2º A Certidão de Débito Tributária positiva não constitui impedimento ao deferimento do pedido de restituição, hipótese em que a restituição se efetivará mediante dedução dos valores devidos pelo sujeito passivo e, havendo saldo a restituir, na forma do inciso II ou III do caput, conforme o caso.

Portanto, o § 2º do artigo 35 do RPTA acima transcrito veda expressamente, no caso de certidão positiva, tanto a restituição em moeda, quanto na forma de aproveitamento de crédito, exceto na hipótese da existência de saldo a restituir após a dedução de valores prevista no inciso I do mesmo artigo.

Dessa forma, diferentemente do pleiteado, quando o requerente possuir débito junto à Fazenda Pública Estadual, a restituição devida ocorrerá sempre de ofício, abatendo do que se deve à Fazenda Pública, o valor a ser restituído ou decotando do valor a ser restituído o valor devido à Fazenda Pública Estadual.

Não se sustenta a tese da Impugnante de que o procedimento violaria a Constituição da República ou a Lei Complementar do ICMS. A decisão administrativa impugnada se deu em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais também se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da Lei Estadual nº 6.763/75, que assim estabelece:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente a impugnação para afastar o decote feito pela Fiscalização quanto às multas e juros. Vencido, em parte, o Conselheiro Marco Túlio da Silva (Revisor), que julgava improcedente a impugnação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Bruno José Barbosa Guilhon e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Helder Luiz Costa e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 15 de julho de 2021.

Bernardo Motta Moreira
Relator

Marco Túlio da Silva
Presidente / Revisor

CS/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	23.820/21/1 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	16.001477372-70	
Impugnação:	40.010150722-82	
Impugnante:	Telemar Norte Leste S/A	
	CNPJ: 33.000118/0003-30	
Proc. S. Passivo:	Luiz Fernando Sachet/Outro(s)	
Origem:	DF/ BH-2	

Voto proferido pelo Conselheiro Marco Túlio da Silva, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A 1^a Câmara de Julgamento do CCMG, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente a impugnação para afastar o decote feito pela Fiscalização quanto às multas e juros, e é justamente este decote que representa a divergência.

Conforme pontuado pela Fiscalização, as parcelas objeto da referida restituição são, conforme demonstrativo de cálculo apresentado pela Impugnante, as de ajustes na apuração do ICMS referentes ao Convênio ICMS nº 17/13, créditos do CIAP, fator de estorno dos créditos do CIAP e recolhimentos complementares sem obrigação, conforme apontado nos tópicos 3.3, 3.4, 3.5 e 3.6 do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20, respectivamente.

Ressalte-se que a Fiscalização acatou os ajustes então solicitados pela ora Impugnante, contudo, conforme demonstrado nos tópicos 3.3 e 3.5 do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20, a Fiscalização apurou divergências no cálculo da Impugnante, do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, conforme disposto na cláusula terceira do Convênio ICMS nº 17/13 e nos valores dos fatores considerados no estorno dos créditos do CIAP.

Na composição do valor do crédito a ser restituído, a Impugnante deduziu do valor recolhido a maior, referente às parcelas de ajustes na apuração do ICMS do Convênio ICMS nº 17/13, fator de estorno dos créditos do CIAP e recolhimentos complementares sem obrigação, o montante da parcela do aproveitamento indevido de crédito do ICMS, escriturado no Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

Importante ressaltar que tal compensação é parte do pedido de restituição e foi apontada pela então Requerente, ora Impugnante, como parcela redutora do valor a restituir.

Ou seja, incluso no pedido de restituição, a Impugnante informou ao Fisco, que recolheu ICMS a menor, decorrente do aproveitamento indevido de crédito,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

escriturado no Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP, conforme demonstrado no item 3.4 do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20.

A Lei nº 6.763/75 dispõe que sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa, incidirão juros de mora, nos prazos fixados na legislação:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Logo, na apuração do montante a ser restituído, a Fiscalização considerou, na íntegra, os valores do crédito aproveitado indevidamente, acrescidos de multa e juros de mora, nos termos do que dispõe a legislação de regência. Neste sentido consta motivação e fundamentação do Parecer da DF/BH-2, de 18/08/20.

SEF
Secretaria de Estado de Fazenda

ATICMS
Versão: 3.02.00

Avisos Data e hora do seu computador: 18/08/2020 17:01:20

- ▶ A data e a hora do seu computador devem estar atualizadas para que o programa possa funcionar corretamente. O estilo de data nas Configurações Regionais do Windows deve estar formatado como dd/mm/aaaa.
- ▶ O imposto só vence em dia de Arrecadadora onde deva ser el

Cálculo de ICMS Vencido

Dados do Tributo	Resultado
Valor do ICMS 40884,30	Número de dias 2080
Data de Vencimento 08/12/2014	Taxa de Juros 50,216807 %
Data de Pagamento 18/08/2020	Valor do ICMS 40.884,30
	Multa de Mora 4.906,12
	Juros de Mora 22.994,48
	Total 68.784,90

O imposto só vence em dia de expediente normal na Repartição Fazendária ou na Agência Arrecadadora onde deva ser efetuado o pagamento (Artigo 91 - RICMS/02)

Fechar

SEF
Secretaria de Estado de Fazenda

ATICMS
Versão: 3.02.00

Avisos Data e hora do seu computador: 18/08/2020 17:02:29

- ▶ A data e a hora do seu computador devem estar atualizadas para que o programa possa funcionar corretamente. O estilo de data nas Configurações Regionais do Windows deve estar formatado como dd/mm/aaaa.
- ▶ O imposto só vence em dia de Arrecadadora onde deva ser el

Cálculo de ICMS Vencido

Dados do Tributo	Resultado
Valor do ICMS 40608,07	Número de dias 2049
Data de Vencimento 08/01/2015	Taxa de Juros 49,281732 %
Data de Pagamento 18/08/2020	Valor do ICMS 40.608,07
	Multa de Mora 4.872,97
	Juros de Mora 22.413,84
	Total 67.894,88

O imposto só vence em dia de expediente normal na Repartição Fazendária ou na Agência Arrecadadora onde deva ser efetuado o pagamento (Artigo 91 - RICMS/02)

Fechar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, esses valores calculados pela Fiscalização, referem-se a parcela da multa e juros de mora decorrentes do aproveitamento indevido do imposto. Nesse ponto, veja-se que os valores coincidem aos centavos, com o item “3.7 – Multa e juros de mora” do Quadro Resumo, que sumariza o valor dos ajustes calculados pelo Fisco.

Período	3.3 - Convênio 17/2013	3.4 - Crédito do CIAP	3.5 - Estorno de Crédito do CIAP	3.6 - Recolhimentos sem obrigação	3.7 – Multa e juros de mora	Total da Restituição
out/14	134.428,40	-40.884,32	28.785,42	23.356,76	-28.340,80	117.345,46
nov/14	137.181,20	-40.884,30	26.830,60	23.308,63	-27.900,60	118.535,53
dez/14	185.630,60	-40.608,07	34.592,31	20.056,58	-27.286,81	172.384,61
					Total	408.265,60

No intuito de facilitar a análise dos ajustes, a Fiscalização os compilou no Quadro Resumo retromencionado, ao fim do que se apura o valor real a ser restituído, no montante de R\$ 408.265,60.

Cabe enfatizar que esses valores calculados pela Fiscalização se referem-se a parcela da multa e juros de mora decorrentes do aproveitamento indevido do imposto, então incluso no pedido de restituição pela própria Requerente, ora Impugnante.

Ainda, cabe acrescentar, *mutatis mutandis*, que multas e juros são, inclusive, considerados pedidos implícitos, e nos termos Súmula nº 254 do STF, sua inclusão pode ocorrer mesmo na liquidação de sentença e quando omissa a sentença liquidanda.

Dessa forma, entendo sem razão a Impugnante em sua irresignação quanto à incidência de multa e juros sobre valores não recolhidos e informados pela própria Requerente, ora Impugnante, como parcela redutora do pedido de restituição.

Sala das Sessões, 15 de julho de 2021.

Marco Túlio da Silva
Conselheiro