

A. I. Nº - 298636.0001/18-7
AUTUADA - TIM S/A
AUTUANTES - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18.03.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-05/19

EMENTA: ICMS. USO INDEVIDO DE CRÉDITOS FISCAIS. VALORES SUPOSTAMENTE PAGOS EM EXCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE APROPRIAÇÃO AUTOMÁTICA DOS CRÉDITOS. Não tem cabimento a iniciativa do contribuinte, de a pretexto de corrigir lançamentos já efetuados na escrita com repercussão tributária, aproveitar-se automaticamente de créditos fiscais em períodos de apuração posteriores, sem sequer justificar os motivos da sua tentativa de auto compensação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpre de início salientar que o presente relatório obedece às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/06/2018, no valor histórico de R\$161.111,37, para fatos geradores ocorridos em março e abril de 2017, ateve-se ao uso indevido de créditos fiscais sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Cobrança teve literalmente a seguinte acusação:

Infração 1 – 01.02.42: *O contribuinte utilizou crédito indevido em março de 2017 ao considerar um saldo credor inexistente no valor de R\$107.897,22, referente a período anterior sendo que, como pode ser observado na apuração do ICMS da EFD (Escrituração Fiscal Digital), houve saldo devedor e não credor no período anterior.*

O contribuinte utilizou outro crédito indevido em abril de 2017 no valor de R\$53.214,15, alegando pagamento realizado a maior no mês de fevereiro. Como pode ser verificado em demonstrativos anexos, a alegação não se justifica pois os valores lançados na EFD batem com os registrados do Convênio 115/03, que por sua vez batem com o recolhimento efetuado. Nenhuma prova de recolhimento a maior foi apresentada para justificar os créditos indevidos utilizados (intimação anexa).

O enquadramento legal se dá pelo art. 31 da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 309 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei atrás mencionada.

No intuito de suportar a acusação tributária, o autuante apensa intimação para apresentação de livros e documentos e/ou prestação de informações (fl. 04), demonstrativo da apuração do ICMS conforme lançamentos efetuados na EFD (fl. 05), demonstrativo dos valores do ICMS recolhido referente ao mês de fevereiro de 2017, (fl. 06), detalhamento da apuração do ICMS do mês de fevereiro de 2017 (fl. 07), demonstrativo dos valores lançados de ICMS na EFD (fl. 08) e CDR contendo arquivos digitais das peças anexadas em mídia física, além do demonstrativo do faturamento do mês de fevereiro de 2017, feito com base nas notas fiscais de saídas (fl. 10).

Ciente do lançamento em 26.6.2018, o contribuinte oferta impugnação (fls. 16/26) em 20.8.2018, alegando ser tempestiva, com registro no sistema de protocolo (fl. 15).

Anota, em primeiro lugar, que o uso dos créditos fiscais foi correto porque tinha a impugnante o direito de aproveitá-los. E passa a historiar os motivos.

Segundo ela, em face das alterações ocorridas no “Convênio 60” (sic.), houve atrasos na geração e validação dos arquivos do *Billing*, de sorte que, para evitar atrasos no pagamento do imposto,

fez a sua apuração de maneira preliminar, com base em relatórios fiscais, lançando as quantias como “outros débitos”.

Posteriormente, de posse das informações definitivas, reapurou o tributo para o mês de janeiro de 2017 e constatou que houve um recolhimento a maior de R\$161.111,37. Tal valor, segundo a empresa, “foi apropriado nos ajustes da apuração, na rubrica ‘Outros Créditos’, na apuração do mês subsequente, fevereiro de 2017” (sic.).

Idêntico problema ocorreu em fevereiro de 2017, não havendo tempo disponível para se fazer a apuração definitiva até o prazo para recolhimento, de sorte que também neste mês se constatou um recolhimento a maior de R\$53.214,15, quando, na verdade, deveria acusar saldo credor, por conta do montante recolhido a maior no período anterior.

Assim – prossegue a autuada -, o creditamento que a auditoria entendeu como incorreto, no mês de março de 2017, se reporta ao “saldo a transportar para o período seguinte” (sic.), calculado na reapuração de fevereiro, enquanto que o crédito usado em abril de 2017 se trata do ICMS pago indevidamente quando da apuração original de fevereiro.

Subsidiariamente, saindo do ponto fulcral da lide, considera a empresa ser confiscatória a multa atribuída no auto de infração, em face da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista o encargo deveras oneroso atribuído pela fiscalização, que deveria estar coadunado com a gravidade da infração.

Indica, como reforço a isso, precedentes do STF (fls. 24/25).

Com a defesa, dentre outros documentos, anexa-se documentos de representação legal (fls. 28/55), registros de apuração (fls. 68/73, 78/82, 89/94, 99/104, 111/116, 118/123), guias e comprovantes de recolhimento (fls. 75/76 e 96/97), registros de saídas (fls. 84/87, 106/109), recibos de entrega de arquivos (fls. 126/145) e CDr contendo arquivos eletrônicos (fl. 146).

Pede, por fim, a improcedência do auto de infração ou, quando nada, a redução da penalidade.

Entre outras peças, juntam-se na defesa documentos de representação legal (fls. 46/64 – frente e verso), notas fiscais de transferência (fls. 70/374), precedentes judiciais (fls. 376/424) e CDR contendo arquivos digitais (fl. 425).

Na sua informação fiscal (fl. 148), o autuante sustenta que perante a legislação o que vale é a Escrituração Fiscal Digital (EFD), não tendo serventia probatória um “livro de apuração do ICMS”, inclusive entregue após a ação fiscal.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

O presente lançamento cumpre com os requisitos de lei, constatados todos os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

Vale apenas registrar que, consultando-se o sistema de Domicílio Tributário Eletrônico DTe, a mensagem sob o código 71.891 – documento de fl. 04 – chegou ao conhecimento do autuado.

A defesa foi interposta dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexistem defeitos de representação, considerando que os signatários da peça impugnatória possuem poderes para funcionarem no presente processo.

Não há anomalias processuais que comprometam o exercício do contraditório e da ampla defesa, nem mesmo arranho a outros princípios regentes do processo administrativo tributário.

A argumentação central da irresignação do sujeito passivo reside no fato de que num primeiro momento a apuração do imposto foi calcada em relatórios fiscais preliminares “... uma vez que os arquivos apresentavam pendências **ao serem gerados no novo layout do Convênio 60/2017**, de modo que, quando as pendências na geração dos arquivos foram corrigidas e devidamente validadas, verificou-se que os valores de algumas séries foram alterados...” (sic; fl. 19; negritos da transcrição).

Ao examinarmos o teor do Conv. ICMS 60/2017, constatamos que a matéria ali retratada não guarda qualquer vinculação temática com o que se discute neste PAF, pois dito acordo interestadual abarca aspectos da substituição tributária, designadamente sobre a sistemática de uniformização e identificação das mercadorias e bens sujeitos a este regime jurídico, dentre outros pontos correlatos.

Na verdade, o diploma normativo ao qual deve se reportar o contribuinte, foi editado **dois anos antes**, vale dizer, é o Conv. ICMS 60/2015, cuja abrangência é a seguinte:

“Altera o Convênio ICMS 115/03, que dispõe sobre a uniformização e disciplina a emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações dos documentos fiscais emitidos em via única por sistema eletrônico de processamento de dados para contribuintes prestadores de serviços de comunicação e fornecedores de energia elétrica.”

Note-se que tal acordo interestadual foi publicado no D.O.U. em 30.7.2015, para produzir efeitos jurídicos quase no biênio seguinte, ou, mais precisamente, 01.01.2017, consoante estatuído na sua cláusula terceira:

“Cláusula terceira - Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2017”.

Logo, nele estão dispostos alguns procedimentos e orientações - inclusive na área de tecnologia da informação – de como a empresa de comunicações deve gerar e transmitir seus arquivos de informações econômico-fiscais, de sorte a serem convenientemente tratadas pelas bases de dados dos órgãos estatais fazendários.

Assim, contou o autuado com muitos meses de antecedência para preparar seus controles no intuito de, em janeiro de 2017, produzir os informes para apurar e recolher o imposto na data fixada na legislação tributária.

Entretanto, não foi isso que se viu no processo. A despeito de poder se preparar com folga de tempo para atender as novas demandas de TI, alega a autuada que acabou elaborando relatórios fiscais sumários e com bases nestes, procedeu ao pagamento do tributo estadual.

Tal ocorreu em janeiro de 2017, de forma que, refeita a apuração, o valor correto a recolher seria de R\$167.828,48, embora o pagamento tivesse sido de R\$328.939,85.

Procedimento similar ocorreu no mês de fevereiro do mesmo ano, “uma vez que os arquivos de *Billing* só puderam ser gerados e validados corretamente após o fechamento do período de apuração” (sic; fl. 21). Com este diagnóstico, a apuração preliminar acusou um valor a recolher de R\$53.214,15, obrigação satisfeita dentro do prazo legal, conforme se atesta através dos documentos de fls. 96 e 97, quando em verdade havia créditos fiscais (resultantes do pagamento a maior feito no mês anterior) suficientes para compensar o débito.

Indubitavelmente, o que se identifica com os procedimentos tomados pelo contribuinte é que houve supostamente recolhimentos indevidos feitos em janeiro e fevereiro de 2017. Para regularizar a situação, a autuada resolveu apropiar os valores respectivos **como créditos fiscais**, usados em março (R\$107.897,22), e abril de 2017 (R\$53.214,15).

Tal atitude, sem embargo, não encontra reflexo na legislação tributária aplicável para o caso,

nem no art. 20 da LC 87/96, nem nas situações previstas no art. 29 da Lei 7014/96.

Convém trazer a lume as seguintes transcrições, que seriam rigorosamente iguais não fosse o adendo aposto pelo legislador estadual:

LC 87/96:

“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”.

Lei 7.014/96:

“Art. 29. 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, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior”.

Por outro lado, inexiste no Conv. ICMS 60/2015, qualquer mandamento que admita excepcionalmente, como fase de transição adaptativa para os contribuintes, a possibilidade de, na eventualidade de algum valor de imposto ser recolhido a maior a partir de janeiro de 2017, tal excesso ser compensado como crédito nos períodos ulteriores.

Ademais, embora não seja neste Conselho a instância adequada para a anamnese do caso, o sujeito passivo não consegue comprovar os motivos pelos quais se deu a arrecadação distorcida, isto é, o que de fato ocasionou o cálculo equivocado nos indigitados relatórios fiscais referidos.

Se houve efetivamente recolhimento indevido, os montantes respectivos jamais poderiam se transformar em créditos fiscais a serem utilizados **automaticamente** em períodos subsequentes de apuração.

Havendo indébito, a hipótese prevista na legislação, naturalmente, será de restituição, feita por intermédio de pedido específico, a tramitar nos órgãos fazendários competentes.

Neste sentido, os arts. 73 a 83 do RPAF-BA, cabendo destacar os seguintes:

“Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.

(...)

*Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, **em razão de recolhimento a mais** ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda...”* (negritos da transcrição).

Usar tais valores a título de créditos fiscais, ofende os dispositivos atrás transcritos, e consequentemente, culminam no afastamento das razões impugnatórias.

Vencido este aspecto, cabe examinar se a cobrança carece de aplicação da multa, porquanto, segundo o contribuinte, o percentual proposto implica em confisco.

Na verdade, a proposição da multa de 60%, teve respaldo em comando de lei (art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96).

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Ademais, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária, tendo como fundamento arguições de inconstitucionalidade, haja vista o comando contido no inciso I, do art. 167 do RPAF-BA.

Portanto, em total acerto o presente lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298636.0001/18-7**, lavrado contra a **TIM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$161.111,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR