

A. I. N° - 281081.0003/19-7
AUTUADA - TIM S/A.
AUTUANTE - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0081-05/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. RESTITUIÇÃO NÃO RESPONDIDA EM 90 DIAS. DIREITO À APROPRIAÇÃO PROPORCIONAL DOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 73, §5º, DO RPAF-BA. A apropriação de uma só vez de créditos fiscais decorrentes de pedido de restituição não respondido no prazo não encontra respaldo na legislação de regência, visto que a utilização deverá ser proporcional ao mesmo número de meses aos quais decorreram os recolhimentos indevidos. Todavia, admite-se o aproveitamento da fração respectiva, no mês em que se efetuou a glosa. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhida a solicitação de redução de multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

De início, compete sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/02/2019, no valor histórico de imposto de R\$330.327,74, afora acréscimos, alude a uso indevido de créditos fiscais extemporâneos, decorrentes de restituição não respondida no prazo de lei, haja vista o contribuinte ter em julho de 2016 se apropriado do valor integral pago indevidamente, sem observar a proporcionalidade dos meses aos quais se deram os recolhimentos a maior. Assim, como os montantes restituíveis referem-se de janeiro de 2014 a setembro de 2015, num total de 21 meses, deveria o sujeito passivo observar este mesmo período de tempo para efeito de aproveitamento dos créditos correspondentes.

O pedido de repetição do indébito ganhou no sistema SIPRO o nº 032.379/2016-2 e aludiu a ressarcimentos de imposto devidos a título de substituição tributária e transposição de estoques.

Teve a conduta enquadramento no art. 73, §5º, do RPAF-BA, publicado pelo Decreto nº 7629/99, art. 31, parágrafo único, da Lei nº 7014/96, e arts. 314 e 315, ambos do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, além da multa de 60%, estabelecida no art. 42, VII, “a”, da lei atrás mencionada

Dão suporte à cobrança, na sequência do PAF, o demonstrativo chamado Anexo I – Utilização Irregular de Crédito Fiscal Extemporâneo (fl. 05), demonstrativo chamado EFD 2016 – Apuração do ICMS (fl. 06), demonstrativo chamado EFD 2017 – Apuração do ICMS (fl. 07), intimação fiscal (fl. 08), termo de início de fiscalização (fl. 09), demonstrativo chamado EFD 2017 – Ajustes de Créditos (fl. 10), entre outros documentos.

Ciente do lançamento em 25.02.2019, a impugnação (fls. 17/24) foi protocolada em 23.4.2019, conforme registro presente nos autos (fl. 16).

Após afiançar a tempestividade da defesa e discorrer sobre os fatos descritos na peça fiscal acusatória, a autuada sustenta a improcedência da cobrança dada a certeza e liquidez dos créditos aproveitados. Neste sentido, aduz que a auditoria limitou-se a questionar aspectos formais no

procedimento de utilização dos créditos fiscais correspondentes e inobservou que é assegurado ao contribuinte o direito de creditar-se de bens entrados para o ativo fixo. Ademais, não há como deixar de admitir que os créditos são líquidos e certos, de modo que, nesta senda, não há como se limitar tais direitos, segundo entendem os órgãos julgadores administrativos, a exemplo da CC carioca, expressado em duas decisões transcritas à fl. 21.

Pede, em complemento, realização de diligência.

Subsidiariamente, pugna pela redução da penalidade de 60%, gravame que induz confisco, trazendo em arrimo algumas decisões do STF, reproduzidas às fls. 22 e 23.

Acompanharam a contestação documentos de representação legal (fls. 25/44) e CD contendo arquivos eletrônicos (fl. 46).

No seu informativo fiscal (fls. 49/57), o preposto fiscal acentua os seguintes aspectos: que não há questionamentos por parte do fisco acerca da legitimidade dos créditos fiscais; que, apesar disto, o uso dos créditos fiscais contrariou a legislação tributária baiana, na medida em que o montante deveria ser apropriado em tantas parcelas iguais e sucessivas quantas tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar, isto é, 21 meses, implicando em descumprimento de obrigação acessória e desatendimento ao §5º do art. 73 do RPAF-BA e arts. 314 e 315 do RICMS-BA; que tal procedimento suscitou graves prejuízos na arrecadação do Estado; que já há precedentes administrativos favoráveis à cobrança ora realizada, transcrevendo na íntegra o Ac. CJF 0186-12/17-1; que a penalidade aplicada encontra amparo na Lei 7014/96 e não assume natureza abusiva, conforme entendimento recente esposado pelo Min. Roberto Barroso, do STF, cujo acesso poderá ser acessado em *link* indicado à fl. 57, estando o valor de 60% abaixo do limite estabelecido por aquele Magistrado, além do que não pode a fiscalização examinar se tal sanção viola a razoabilidade e proporcionalidade constitucionais, em face da vedação do art. 167, I, do RPAF-BA.

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

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Inicialmente, deve-se apreciar os aspectos formais e preliminares do processo.

O Auto de Infração obedece aos requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade, salvo uma questão de enquadramento de multa, vista mais adiante, mas que nenhum prejuízo trouxe ao contribuinte.

A impugnação foi interposta dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de perda de prazo e consequente revelia.

Não há vícios de representação, considerando que a signatária da peça impugnatória pode atuar neste PAF, conforme atestam os documentos de fls. 25 a 44.

Atendidos o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como os demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Vale consignar que ao final da defesa há solicitação expressa do contribuinte para que as intimações sejam postadas para o endereço de advogado, fornecido à fl. 24, e, nos termos do art. 272, § 5º, do CPC, isto haverá de ser regamente atendido pelo setor de preparo, sob pena de nulidade.

Cumprasse assinalar que não há discussão acerca da validade dos créditos fiscais, como declarado de modo expresse pelo autuante em seu informativo fiscal, precisamente à fl. 20, *ab initio*.

Também desnecessária a realização de diligência, solicitada pelo sujeito passivo à fl. 22, na

medida em que todos os elementos de convicção já se encontram encartados nos autos.

Segundo alegações acusatórias, não contestadas pela impugnante, postulou-se restituição através do Processo nº 032.379/2016-2, para efeito de ressarcimento de valores pagos a título de substituição tributária, na cifra de R\$244.647,95, e a título de transposição de estoque, na cifra de R\$85.679,79 totalizando R\$330.327,74.

Tais quantias referem-se a 21 (vinte e um) meses, começando em janeiro de 2014, e terminando em setembro de 2015.

Entretanto, passado o prazo de 90 dias previsto no art. 78 do RPAF-BA, deu-se o creditamento pelo montante total de R\$330.327,74 em julho de 2016, impactando o saldo devedor apurado naquele período.

Efetivamente, o que aqui se debate gira em torno do erro procedimental cometido pela empresa, com repercussão nos valores de imposto a recolher, apurado no mês de julho de 2016. Isto porque, em vez de ter seguido o comando do § 5º do art. 73 do RPAF-BA, o contribuinte resolveu apropriar de uma vez só na sua escrita o valor que lhe era legítimo, mas que deveria ser apropriado gradativamente, mês a mês, tanto quantos forem os meses em que sucederam os recolhimentos indevidos.

Vale a pena reproduzir o preceptivo:

“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.

(...)

§ 5º A restituição de tributo ou penalidade autorizada pelo fisco ou nos termos do art. 78 deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que ocorreram os pagamentos indevidos.

Nota: O § 5º foi acrescentado ao art. 73 pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos a partir de 21/05/16”.

Note-se que, no tocante ao indébito, a exigência do uso paulatino dos créditos correspondentes surgiu na legislação poucos meses antes do acontecimento infracional, visto que a norma antes citada passou a produzir efeitos em 21.5.2016 e o uso extravasado do crédito se deu em 31.7.2016, último dia de apuração do tributo estadual.

Em complemento, não se pode esquecer que idêntica regra já existia antes no RICMS-BA, designadamente no § 3º do art. 315, lembrado pela auditoria, aplicável nos casos de créditos fiscais extemporâneos.

A norma insculpida no § 5º do art. 73 do RPAF-BA vai muito além de um simples dever instrumental, que nenhuma ligação possui com a obrigação de principal pagar o imposto. Constitui um mandamento que condiciona o uso do crédito fiscal resultante de pedidos inapreciados de restituição, de sorte a serem lançados na escrita no mesmo quantitativo de meses aos quais se referem os valores indevidamente recolhidos.

Objetivamente: neste PAF, o que se cobra é que os créditos correspondentes deveriam ser lançados proporcionalmente nos próximos 21 meses, a começar por julho de 2016. Foi isto que abarcou a autuação, ao efetuar a glosa.

Acresça-se à decisão reproduzida na íntegra nas informações fiscais o seguinte escólio:

“PROCESSO - A. I. Nº 206973.0001/16-2

RECORRENTE - PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. [ASSA ABLOY BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.]

RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0163-05/16

ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/07/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0194-12/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EXTEMPORÂNEA. FALTA DA AUTORIZAÇÃO LEGAL. O crédito extemporâneo está adstrito à previsão legal, sendo indispensável à regularização dos créditos fiscais, rito processual próprio e a autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Acusações subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”.

Vale ainda trazer a baila os excertos abaixo da citada decisão:

“Reza o art.23 da Lei Complementar nº87/96, cujo texto foi recepcionado no art. 31 da Lei nº 7.014/96, o seguinte: Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação (grifo nosso). Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento.

(...)

Contudo, em que pese o arcabouço documental constante em sua impugnação, às fls. 48 a 58 dos autos, no sentido de demonstrar a aplicação de tais insumos no processo produtivo, o sujeito passivo atropelou o específico rito processual para a devida autorização pela autoridade competente para a utilização extemporânea de supostos e vultosos créditos fiscais...”

Logo, desde a própria lei de normas gerais do ICMS há a possibilidade de se estabelecer critérios para apropriação de créditos fiscais extemporâneos.

Todavia, a infração não é inteiramente procedente, porquanto pelo menos 1/21 (um vinte e um avos) da quantia não deveria ser objeto da glosa. Esta fração de crédito deveria ser admitida em julho de 2016, vez que, passados os 90 dias para uma solução do pleito do indébito, referido mês já comportaria a apropriação proporcional da primeira parcela. Logo, calculando-se 1/21 de R\$330.327,74, tem-se o crédito legítimo permitido de uso naquele mês, isto é, R\$15.729,89.

Assim, da glosa de R\$330.327,74, há que se retirar R\$15.729,89, redundando na glosa correta de **R\$314.597,85**, sendo o auto de infração, portanto, **parcialmente procedente**.

Não custa afirmar que, **na hipótese de serem os créditos legítimos**, nada impede que, observadas a decadência e a prescrição, o sujeito passivo se valha do lançamento proporcional dos seus valores durante o período de 20 (vinte) meses, visto ser admissível o lançamento proporcional devido em julho de 2016,

Por outro lado, arrimado no princípio da vedação de confisco, a impugnante entende ser elevada a multa de 60%, e aponta decisões do STF, proferidas no RE 523.471, ARE 776.273 e ADI 551, esta última através da sua composição plena.

O preposto fiscal contrapôs trazendo uma decisão oriunda também da Corte Máxima, com *link* na web oferecido à fl. 57.

Na verdade, a proposição da multa para a presente irregularidade teve respaldo em comando de lei (art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96).

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei.

Ademais, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária, tendo como fundamento alegações de inconstitucionalidade, conforme estabelece o inciso I do art. 167 do RPAF-BA.

Sem embargo, percebe-se um erro de enquadramento na sanção proposta. Isto porque a auditoria enquadrou a conduta no art. 42, VII, “a” quando, em verdade, o melhor enquadramento seria no art. 42, II, “a”, ambos da Lei Baiana do ICMS.

É que o primeiro mandamento só tem aplicação quando não há repercussão na obrigação principal, vale dizer, quando não há saldo devedor de imposto, sabendo-se que, ao contrário, um

dos principais motivos da autuação foi o fato do procedimento acarretar “grave repercussão financeira” (grifos originais; fl. 50) para o Estado da Bahia.

Já o segundo mandamento amolda-se quando há erro na apuração dos valores do ICMS, o que foi o caso, visto ter sido lançado na apuração do imposto um montante de créditos fiscais que deveria ser apropriado proporcionalmente.

Cabe a reprodução de ambos os comandos, para efeito de comparação:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

***II** - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

***a)** em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo **ou na apuração dos valores do imposto**, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;*

(...)

***VII** - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que **não importe** em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:*

***a)** quando da utilização indevida de crédito fiscal;” (negritos da transcrição).*

Tal procedimento, entretanto, não trouxe qualquer implicação prejudicial à autuada, pois a multa prevista para um e outro dispositivo é exatamente a mesma, vale dizer, 60%. Impõe-se, apenas, mera retificação de enquadramento legal”.

Por isto, rejeito o pedido de redução da penalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281081.0003/19-7**, lavrado contra **TIM S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$314.597,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA