

A. I. Nº - 281081.0014/19-9  
AUTUADO - TIM S/A.  
AUTUANTE - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/02/2020

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0002-04/19**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL EXTEMPORÂNEO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. UTILIZAÇÃO EM DESACORDO COM A NORMA REGULAMENTAR. GLOSA DO CRÉDITO. O sujeito passivo ingressou com pedido de restituição de indébito, o qual, em primeiro momento, foi indeferido, e, posteriormente, ingressou com Recurso Voluntário, o qual também foi indeferido. Nesta situação, caberia ao autuado, após a cientificação do indeferimento, efetuar o estorno do crédito utilizado sem a devida autorização, e efetuar o pagamento dos acréscimos legais devidos, de acordo com o previsto pelo art. 78, parágrafo único do RPAF/BA, o que não ocorreu. Indeferido o pedido de nulidade. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em referência, teve sua lavratura ocorrida em 09/08/2019, para exigir crédito tributário no valor de R\$851.452,00, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte acusação: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido”.

Como complemento foram acrescentadas as seguintes informações:

*“A empresa TIM Celular, inscrição estadual 063.398.400, registrou crédito fiscal extemporâneo indevido no livro de apuração de ICMS, em janeiro/2017, no valor total de R\$851.452,00, referente a estornos de débitos em notas fiscais de serviços de telecomunicações, relativo ao período de setembro/2012 a dezembro/2013, ou seja, 16 meses. A empresa TIM CELULAR, foi incorporada pela TIM S/A, inscrição 051.833.910 A autuada protocolizou um Pedido de Restituição sob PAF nº 125004/2016-3, no valor de R\$851.452,00, em 20/07/2016 e aguardou o prazo legal de 90 dias previsto no RPAF/BA para utilizar o crédito fiscal. Em janeiro/2017, lançou o crédito fiscal em seu livro de apuração de ICMS, no valor total de R\$851.452,00 O Pedido de Restituição nº 125004/2016-3, foi INDEFERIDO, em 02/04/2018, de acordo com parecer final de 02/04/2018. Parecer apenso ao PAF. A empresa inconformada com decisão recorreu através de Recurso Voluntário, através do processo 089.317/2018-5. Este processo foi INDEFERIDO, em parecer final, de 20/11/2018. Parecer apenso ao PAF. Em 13/05/2019, a empresa tomou ciência do INDEFERIMENTO do processo 089.317/2018-5, conforme AR apenso ao PAF. Conforme reza o RPAF (Regulamento de Processo Administrativo Fiscal), DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999, no seu artigo 78, parágrafo único, a empresa deveria ter efetuado o estorno dos créditos fiscais lançados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis. Porém a empresa não efetuou o estorno do crédito fiscal, contrariando a legislação tributária do Estado da Bahia. Segue abaixo transcrição do artigo RPAF: Art. 78. Tratando-se de valores relativos ao ICMS, uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido. Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos*

*créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis. Informamos que não cabe mais nenhum recurso disponível na esfera administrativa, conforme expresso no RPAF DECRETO Nº 7.629/99, no seu artigo 81 e Art. 173, inciso IV. Vide transcrições abaixo: Art. 81. Das decisões que indeferirem pedido de restituição de indébito caberá recurso voluntário para o Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do requerente ou para o titular da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC, quando relativos às operações com combustíveis e lubrificantes, no prazo de 10 (dez) dias, contado da intimação do indeferimento. Art. 173. Não se tomará conhecimento do recurso que for interposto: IV - sem previsão na legislação processual. Assim, segundo nossa legislação, extingue-se qualquer possibilidade de recurso e o processo se torna extinto, como previsto no artigo 122, inciso V o RPAF, DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999, abaixo transcrito. Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal: V - com a decisão administrativa irrecorrível. Acrescentamos ainda que a falta do estorno, trouxe grave repercussão financeira nos recolhimentos do ICMS da empresa para o Estado da Bahia, visto que, a conta corrente da empresa para recolhimento de ICMS apresenta saldo sempre DEVEDOR. Tudo apurado conforme cópia do livro de apuração do ICMS de janeiro/2017 (EFD), intimação fiscal 37/2017, resposta da empresa a intimação fiscal 37/2017, cópia do AR com ciência e cópia do Parecer do PAF 125.004/2016-3 e cópia do Parecer do PAF 089.317/2018-5 (Recurso Voluntário)".*

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com a Impugnação de fls. 37 a 52, onde, no tópico relacionado a descrição dos fatos e da acusação fiscal, destacou sua atividade principal de prestação de serviços de telecomunicação, móvel e fixo, e que, para tanto, emite Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação – NFST para o registro e cobrança dos serviços especificados em seu corpo, o que enseja o destaque e o recolhimento do ICMS que recai sobre tais operações.

Pontuou que a NFST contém uma série de itens relacionados a serviços de telecomunicações, tais como mensalidades e franquias, pacotes, chamadas telefônicas, serviços diversos, entre outros, nos quais há a indicação do valor cobrado junto ao cliente e, ainda, por se tratarem de operações sujeitas ao ICMS, a indicação da sua incidência, mediante o destaque do imposto estadual e a informação sobre a respectiva alíquota. Neste contexto, ponderou que em alguns casos, apura que os serviços que faturou e tributou pelo ICMS não foram efetivamente prestados aos usuários.

Explicou que nos casos acima, o usuário, logo após receber a fatura mensal, acompanhada da respectiva NFST, entre em contato com o seu Centro de Relacionamento com o Cliente para apresentar reclamação no sentido de que seria indevida a cobrança, total ou parcial, constantes nos aludidos documentos, de modo que, em muitos casos, suspende imediatamente a cobrança contestada, situação esta em que resta descaracterizada a ocorrência do fato gerador do ICMS, o que acaba por tornar indevido o imposto destacado anteriormente na NFST enviada ao cliente juntamente com a fatura.

Neste contexto asseverou que uma vez constatada a cobrança descabida de serviços de comunicação junto ao cliente e, por conseguinte, o recolhimento indevido do ICMS, pode proceder das seguintes formas:

I – Concede ao usuário prejudicado crédito de igual valor na NFST seguinte (indicado no lançamento realizado a título de ajuste ou refaturamento), de modo a neutralizar o prejuízo que foi causado, ou;

II - providencia a emissão de boletos de pagamento com o valor adequado a ser cobrado junto aos seus clientes, promovendo, posteriormente, o ajuste financeiro decorrente dessa modificação do valor devido, ou;

III – promove o cancelamento da cobrança junto ao seu cliente e providencia, consequentemente, o correspondente ajuste financeiro.

Com isso, asseverou que a única forma de evitar o recolhimento ou recuperar o imposto indevidamente destacado na NFST, que é lançado a débito no livro Registro de Saídas e no livro

Registro de Apuração do ICMS, é justamente realizar os ajustes na sua escrita fiscal, a título de estorno de débitos ou aproveitamento de créditos do imposto estadual.

Para tanto, diz que apresentou em 20.07.2016, pedido de restituição formalizado pelo Processo nº 125004/2016-3 (doc. 03), tendo por objetivo recuperar os valores recolhidos indevidamente a título de ICMS que incidiu sobre a prestação de serviços de comunicação anulados após a emissão das correspondentes faturas aos clientes, diante da não ocorrência do fato gerador do imposto estadual, referentes aos períodos de apuração de setembro de 2012 a dezembro de 2013, no valor total de R\$851.452,00, sendo que, no entanto, tal pedido foi indeferido sob a alegação de que, para o deferimento, seria necessário apresentar as imagens das faturas referentes aos ajustes de contestações, que consistem em nada mais, nada menos, que um total da 48 mil (quarenta e oito mil) faturas, transcrevendo trecho do parecer do Coordenador de Processos da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia:

*"Sendo os valores solicitados no pedido de restituição decorrentes de erro no processo de precificação das chamadas dos clientes é fundamental que o contribuinte comprove que o mesmo fez o estorno destes valores nas cobranças realizadas aos clientes. Como a restituição destes valores aos clientes dá-se por meio de ajustes realizados em faturas de meses posteriores ao da reclamação, este documento é imprescindível para fazer a prova de que a Requerente assumiu o ônus financeiro do tributo, sem o que torna-se impossível certificar tal fato. Diante da não apresentação pelo contribuinte das faturas ou das imagens destas, documentos imprescindíveis à análise do pleito, opinamos pelo indeferimento do pedido de restituição de ICMS contido no processo nº 125004/2016-3".* Grifou.

Diante deste fato disse que não lhe restou outra alternativa, e interpôs Recurso Voluntário em 04.05.2018 (doc. 04), sob a alegação de que a apresentação de todas as faturas em que foram realizados os ajustes aos clientes, como prova de encargo do ônus tributário, implicaria em grande movimentação e complexidade. Por isso mesmo foram estabelecidos os Convênios ICMS nºs 39/2001 e 86/2010, que preveem o mecanismo de estorno de débito do ICMS pago indevidamente pelas empresas de telecomunicação, justamente pela dificuldade da apuração pelos estados de cada caso individualmente, tendo em vista o grande número de operações mensais.

Não obstante, levando em consideração o fato de o Estado da Bahia não ter internalizado os supramencionados Convênios ICMS, anexou, via mídia digital de CD-ROM, todas as informações atinentes às referidas notas fiscais, dados estes suficientes para a análise do pleito, ao tempo em que, ainda assim, o Diretor de Administração Tributária da Região Metropolitana de Salvador entendeu pelo não acolhimento do recurso (doc. 05), nos termos que transcreveu.

Diante disto, mencionou que foi lavrado o presente Auto de Infração objetivando a constituição e a cobrança de débitos de ICMS, em decorrência de suposto aproveitamento indevido de crédito extemporâneo do imposto estadual, decorrente do Estorno de Débitos (Convênio ICMS nº 39), relativos a fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de setembro/2012 a dezembro/2013, conforme se depreende da “*DESCRÍÇÃO DOS FATOS*”, que é parte integrante do mencionado auto de infração (doc. 02).

Disse que em decorrência dessa acusação, o autuante considerou que teria violado os Artigos 33, § 2º, da Lei nº 7.014/1996 c/c o Art. 78, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, e aplicou penalidade que corresponde a 60% do valor do imposto em exigência, na forma do Art. 42, inciso II, alínea “f”, da mesma lei.

Entretanto, advogou que o presente lançamento fiscal deve ser cancelado, na medida em que:

- a) preliminarmente, o auto de lançamento é nulo, por não atender aos requisitos do Art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN, em razão da insegurança na determinação da infração, por falta de motivação do lançamento;
- b) que aproveitou os créditos de ICMS em absoluta observância à legislação pertinente;
- c) a eventual inobservância de procedimento formal não pode inviabilizar o direito ao crédito, eis que são líquidos e certos; e

d) sucessivamente, ao menos deve ser reduzido o valor dos débitos de ICMS exigidos por meio do presente Auto de Infração, mediante o reconhecimento dos estornos de crédito realizados na sua escrita fiscal.

Após todas as considerações preambulares acima relatadas, o autuado passou a fundamentar a arguição do pedido de nulidade do presente Auto de Infração, sustentando que o mesmo foi lavrado, considerando apenas as decisões administrativas que julgaram inválidos os créditos, única e exclusivamente por considerarem necessárias a apresentação de quarenta e oito mil notas fiscais (doc. 05).

Para tanto ponderou que a realização do lançamento fiscal é de competência privativa da autoridade administrativa, e consiste na atividade que se destina a indicar a materialização da hipótese de incidência do tributo abstratamente prevista em lei, identificar o sujeito passivo, e apurar o montante devido, já considerando a eventual aplicação de penalidade, sendo isto o que se depreende da redação conferida ao Art.142, do CTN, que traz os requisitos de validade do lançamento fiscal.

Da intelecção na norma citada, mensurou que todo ato administrativo, para ser válido, deve apoiar-se em uma dupla demonstração: (i) da existência de lei autorizadora da sua emanação (o motivo legal); e (ii) da verificação concreta da situação fática para a qual a lei previu o cabimento daquele ato (o motivo de fato), cuja a eleição do requisito legal consistente na descrição dos fatos imponíveis nada mais é do que uma reprodução pormenorizada do princípio da motivação dos atos administrativos, previsto no artigo 37, *caput*, da CF/1988.

Nesta ótica considera que o autuante agiu em desconformidade com as determinações legais a que está submetido no exercício da sua função profissional, formalizando lançamento de forma absolutamente desmotivada, situação em que deveria ter demonstrado, inequivocamente, se a glosa ocorreu em razão de falhas procedimentais cometidas no aproveitamento dos créditos ou se a questão está ligada à validade desses créditos, de forma a lhe permitir contestar precisamente a autuação, provando a inexistência do fato declarado, que é isso o que se espera de uma fiscalização condizente com o que preceitua a Carta Magna e o próprio CTN.

Com essa argumentação asseverou que evidenciada a impossibilidade de compreender com exatidão qual infração teria cometido, resta comprovada a preterição ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório, previstos no Art. 5º, inciso LV, da CF/1988, segundo o qual “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, pois sem conhecer a imputação, a não dispõe de meios para promover a defesa adequada, ao tempo em que, diante da ausência de investigação dos fatos imponíveis, bem como da latente afronta aos princípios da motivação, da ampla defesa e do contraditório, deve ser declarada de plano, a nulidade do presente auto de lançamento.

Ao adentrar ao mérito da autuação, pontuou que, conforme mencionado nos fatos, recuperou de forma escritural os valores recolhidos indevidamente a título de ICMS que incidiu sobre a prestação de serviços de comunicação anulados após a emissão das correspondentes faturas aos clientes, diante da não ocorrência do fato gerador do imposto estadual, acrescentando que, a esse respeito, releva notar que o Convênio ICMS nº 126/98 dispõe sobre a concessão de regimes especiais às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, para o cumprimento de obrigações tributárias relacionadas com o ICMS, sendo que, mais especificamente, sua Cláusula terceira, se refere à forma pela qual o montante do imposto estadual apurado por diversos estabelecimentos deveria ser recolhido, *verbis*:

*"Cláusula terceira O imposto devido por todos os estabelecimentos da empresa de telecomunicação será apurado e recolhido por meio de um só documento de arrecadação, obedecidos os demais requisitos quanto à forma e prazos previstos na legislação pertinente da unidade federada de sua localização, ressalvadas as hipóteses em que é exigido o recolhimento do imposto de forma especial."*

Adiante, pontuou que com a publicação do Convênio ICMS nº 39/2001, foram acrescentados os §§ 3º e 4º à aludida cláusula terceira, com a seguinte redação:

"Cláusula terceira (...)

*§ 3º Nas hipóteses de estorno de débito do imposto admitidas em cada unidade federada, será adotado, por período de apuração e de forma consolidada; o seguinte procedimento:*

*I - elaboração de relatório interno, que deverá permanecer à disposição do Fisco pelo mesmo prazo previsto para a guarda dos documentos fiscais, contendo, no mínimo, as informações referentes:*

*a) ao número, à data de emissão, ao valor total, a base de cálculo e ao valor do ICMS constantes da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) objeto de estorno;*

*b) ao valor da prestação de serviço e do ICMS correspondente ao estorno;*

*c) os motivos determinantes do estorno;*

*d) a identificação do número do telefone para o qual refaturado o serviço, quando for o caso;*

*II - com base no relatório interno do que trata o inciso anterior deverá ser emitida Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST), para documentar o registro do estorno do débito, cujos valores serão iguais aos constantes no referido relatório.*

*§ 4º O Relatório interno de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverá estar acompanhado dos elementos comprobatórios."*

Destacou que a inclusão dos §§ 3º e 4º à Cláusula terceira, do Convênio ICMS nº 126/98, teve o condão de regulamentar a maneira como deve ser realizado o estorno de débitos de ICMS indevidamente recolhidos na hipótese tratada nos presentes autos (faturamento indevido de serviços de comunicação), oportunidade em que as empresas de telecomunicação passaram a estar autorizadas a efetuar o estorno mediante a emissão de nota fiscal para o respectivo registro (inciso II, § 3º), e a elaboração de relatórios de gerenciamento com informações referentes ao estorno (inciso, § 3º), com a finalidade de apresentá-los à Fiscalização Estadual juntamente com as notas fiscais relacionadas.

Apontou, em seguida, que foi editado o Convênio ICMS nº 123/05, autorizando diversos Estados a não aplicarem o disposto no § 3º, da Cláusula terceira, do Convênio ICMS 126/1998 e o Estado da Bahia aderiu ao aludido convênio por intermédio do Convênio ICMS 56/2006, desta maneira, por se considerar impossibilitada de aplicar as disposições dos §§ 3º e 4º, da Cláusula terceira do Convênio ICMS nº 126/98, pretende apresentar os documentos mencionados nesses dispositivos legais para o fim de comprovar o seu direito creditório, quais sejam, (i) SPED Fiscal (doc. 06), (ii) LRAICMS (doc. 07) referentes ao período de janeiro/2017 - momento do aproveitamento dos créditos - bem como (iii) as planilhas com a descrição dos ajustes realizados nas respectivas NFs (doc. 08).

Ressaltou que todas as NFST referentes às faturas contestadas e ajustadas já foram enviadas à Fiscalização Estadual por meio dos arquivos eletrônicos de que trata o Convênio ICMS nº 115/2003, na sua Cláusula terceira (transcrito), ao tempo em que, constatado que todos os créditos utilizados estão corretos, não há que se falar em aproveitamento indevido de créditos de ICMS, restando, ao seu entender, demonstrada a total improcedência da cobrança em questão, razão pela qual confia que a presente impugnação será julgada procedente, a fim de cancelar a integralidade de pretensos débitos de ICMS consubstanciados no auto de lançamento ora atacado.

Em conclusão requereu o cancelamento do Auto de Infração, por entender que os créditos de ICMS em questão foram aproveitados em absoluta observância à legislação pertinente, e informou que os seus procuradores encontram-se estabelecidos na Avenida Rio Branco, 110, 14º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20040-0001, telefone (21) 2132-1855, pugnando que qualquer comunicação deve ser dirigida aos cuidados do Dr. André Gomes Oliveira, inscrito na OAB/RJ sob nº 85.266, sob pena de nulidade, protestando, finalmente, pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da presente impugnação.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 111 a 114, onde após apresentar uma síntese dos argumentos defensivos, pontuou que o Auto de Infração atende a todos requisitos legais previstos na legislação do RICMS/BA, pois determina com exatidão a infração, a base de cálculo do ICMS, informa os fatos geradores do imposto, o enquadramento legal, as multas incidentes, e foi lavrado por autoridade competente.

Citou que o autuado sempre teve seu amplo direito de defesa garantido nos Processos apontados, no seu Recurso Voluntário quanto ao indeferimento do pedido de restituição, e, também, aqui neste PAF, asseverando que as alegações da defesa se mostram totalmente equivocadas e desprovidas de amparo legal.

Em seguida informou que o autuado protocolizou um Pedido de Restituição sob nº 125004/2016-3, no valor de R\$851.452,00, o qual foi indeferido em 02/04/2018, de acordo com o Parecer Final de 02/04/2018, apenso ao PAF. Acrescentou que o autuado, inconformado com a decisão ingressou com Recurso Voluntário através do Processo nº 089.317/2018-5, o qual também foi INDEFERIDO em 20/11/2018, conforme Parecer Final apenso ao PAF.

Citou que em 13/05/2019, o autuado tomou ciência do INDEFERIMENTO do Processo nº 089.317/2018-5, conforme AR apenso ao PAF, enquanto que o Regulamento de Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, em seu Artigo 78, parágrafo único, estabelece que nessa situação, o contribuinte deverá efetuar o estorno dos créditos fiscais lançados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis, o que não ocorreu, transcrevendo a norma estabelecida pelo referido parágrafo, bem como o contido no Art. 81 no Art. 173 do mesmo Regulamento:

*Art. 78. (...)*

*Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.*

*Art. 81. Das decisões que indeferirem pedido de restituição de indébito caberá recurso voluntário para o Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do requerente ou para o titular da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC, quando relativos às operações com combustíveis e lubrificantes, no prazo de 10 (dez) dias, contado da intimação do indeferimento.*

*Art. 173. Não se tomará conhecimento do recurso que for interposto:*

*IV - sem previsão na legislação processual.*

Com esse argumento asseverou que de acordo com a legislação posta, após o indeferimento do Recurso Voluntário, extingue-se qualquer possibilidade de recurso na esfera administrativa e o processo se torna extinto, como previsto no Art. 122, inciso V, do RPAF/BA.

Acrescentou que a falta do estorno, trouxe grave repercussão financeira nos recolhimentos do ICMS da empresa para o Estado da Bahia, visto que, a conta corrente fiscal do estabelecimento do autuado apresenta saldo sempre devedor, e que toda apuração se deu com base no livro Registro e Apuração do ICMS do mês de janeiro/2017 (EFD), intimação fiscal 37/2017, resposta da empresa a intimação fiscal 37/2017, cópia do AR com ciência e cópia do Parecer do Processo nº 125.004/2016-3 e do Parecer do Processo nº 089.317/2018-5 (Recurso Voluntário).

Isto posto, destacou que o contribuinte foi autuado pela falta do estorno do crédito fiscal de processo de restituição o qual foi indeferido, enquanto que, em relação aos processos relacionados ao pedido de restituição, o autuado teve diversas oportunidades para apresentar a documentação legal suporte dos créditos fiscais, porém optou por não apresentá-los, razão pela qual os processos foram corretamente indeferidos, destacando, também, que no curso no presente PAF, mais uma vez o autuado confessa estar incapacitado para apresentar a documentação que comprove seu direito aos créditos.

Em conclusão asseverou que a defesa se mostra claramente procrastinatória e não merece prosperar, por estar desprovida de provas e amparo legal que suporte suas alegações, razão pela qual pugnou pela Procedência do Auto de Infração.

## VOTO

A acusação posta no presente lançamento, assim se apresenta: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido*”, tendo sido acrescentado, que o autuado, no mês de janeiro/2017 registrou crédito fiscal extemporâneo no valor total de R\$851.452,00, referente a estornos de débitos em notas fiscais de serviços de telecomunicações, relativo ao período de setembro/2012 a dezembro/2013, ou seja, 16 (dezesseis) meses.

Está consignado, também, que o autuado protocolizou Pedido de Restituição sob nº 125004/2016-3, no valor citado, em 20/07/2016 e aguardou o prazo legal de 90 dias previsto no RPAF/BA, para utilizar o crédito fiscal, ao tempo em que, em janeiro/2017, lançou o crédito fiscal em seu livro de apuração de ICMS.

Foi dito, que o Pedido de Restituição nº 125004/2016-3, foi INDEFERIDO em 02/04/2018, de acordo com o Parecer Final datado de 02/04/2018, enquanto que o autuado recorreu dessa decisão, interpondo Recurso Voluntário através do Processo nº 089.317/2018-5, o qual foi indeferido em 20/11/2018, consoante Parecer Final apenso ao PAF.

Consta também, que o autuado tomou ciência do indeferimento do Recurso Voluntário, Processo nº 089.317/2018-5, conforme AR apenso ao PAF, situação esta em que deveria ter efetuado o estorno do crédito extemporâneo registrado em sua escrita fiscal, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis, conforme previsto pelo Art. 78, Parágrafo único do RPAF/BA, porém, assim não procedeu.

Em suma, este é o fato motivador do Auto de Infração, que se encontra devidamente delineado na descrição dos fatos do lançamento.

Em sua defesa, o autuado inicialmente apresentou um arrazoado, explicando como procede em relação às reclamações de cobranças indevidas apresentadas pelos seus clientes, e expõe sua irresignação em relação ao indeferimento do pedido de restituição.

Após estas considerações preliminares, o autuado passou a arguir a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que o mesmo foi lavrado com base apenas em decisões administrativas, que indeferiram o pedido de restituição, com afronta ao Art. 142 do CTN (ausência de motivação), afronta ao Art. 37 da CF, sem demonstração do motivo da glosa do crédito fiscal, fato este que lhe impossibilitou de compreender com exatidão a infração que teria cometido, com afronta aos princípios da motivação, da ampla defesa e do contraditório.

Não é isto que vislumbro no lançamento em análise. A acusação está posta de forma clara, bastante detalhada, consoante exposto no início deste voto, que repete os termos constantes na peça inicial, possibilitando ao autuado o mais amplo exercício do direito de defesa.

Portanto, está consignado que o autuado escriturou créditos fiscais extemporâneos, decorrentes de pedidos de restituição que foram indeferidos pela Administração Tributária, os quais, após a cientificação ao autuado do indeferimento, este não procedeu ao estorno do crédito, mediante pagamento do valor creditado com os acréscimos legais previstos em lei.

Desta maneira, a motivação para o lançamento está explícita, de forma clara e foram possibilitados os meios para o pleno exercício da defesa, não havendo qualquer tipo de cerceamento a esse sagrado direito, enquanto que foi atendido todo o regramento previsto pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual, indefiro o pedido de nulidade do Auto de Infração formulado pelo autuado.

Ao ingressar no mérito da autuação, o autuado pugnou pela manifesta improcedência do Auto de Infração, em razão da liquidez e certeza do crédito fiscal que aproveitou, tecendo uma série de argumentos jurídicos com o fito de respaldar tal lançamento extemporâneo, cujos créditos utilizados consideram corretos, não havendo porque considerá-los como indevidos.

A este respeito, destaco que neste lançamento não se discute se os créditos estão corretos ou não, está é uma questão que foi ou deveria ter sido analisada quando da apreciação dos pedidos de restituição de indébito que foram formulados, os quais, afinal, foram indeferidos. O que se analisa nestes autos, é a falta de estorno do crédito fiscal extemporâneo creditado, o qual, após o indeferimento em duas oportunidades, caberia ao mesmo, ter efetuado o estorno do crédito no prazo de 15 (quinze) dias e efetuado o pagamento dos acréscimos legais cabíveis, o que não foi feito, e isto, sem dúvida, foi o fato motivador do lançamento.

Considerando que a decisão proferida pela Administração Tributária, constante do Recurso Voluntário se trata de decisão definitiva no âmbito administrativo, da qual o autuado foi cientificado em 13.05.2019, consoante docs. fls. 15 e 16, deveria o mesmo ter procedido de acordo com o previsto pelo parágrafo único, do Art. 78 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, *verbis*:

*Art. 78 (...)*

*Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.*

Entretanto, como o autuado assim não procedeu, foi efetuado corretamente em 09/08/2019, o presente lançamento, para fim de exigência do crédito fiscal extemporâneo lançado e mantido indevidamente pelo autuado em sua escrita fiscal.

Isto posto, vejo que esta é a questão fulcral do presente lançamento e, sobre a qual, o autuado não se defendeu objetivamente, preferindo conduzir sua defesa para o aspecto da legalidade dos créditos aproveitados, fato este que, repito, não se discute nestes autos, e sim, o lançamento do crédito extemporâneo que foi objeto de indeferimento quando do pedido de restituição, em decisão definitiva no âmbito da Administração Tributária, configurando, assim, inobservância de uma norma regulamentar que resultou em dano financeiro ao erário público.

Finalmente, quanto ao pedido do patrono do autuado no sentido de que as intimações e notificações relacionadas ao presente processo, sejam encaminhadas ao seu endereço indicado na peça defensiva, ressalto que nada obsta que o setor encarregado desse procedimento atenda ao pedido formulado, entretanto, ressalto que as intimações relacionadas a processo administrativo fiscal estão sujeitas ao regramento estabelecido pelo Art. 108 do RPAF/BA, portanto, o seu eventual não atendimento, não implica em qualquer nulidade. No que diz respeito ao pedido de sustentação oral, informo que as sessões são públicas, podendo sim, o autuado ou seus representantes legais comparecerem ao julgamento e exercerem seu pleno direito de defesa.

Em conclusão, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281081.0014/19-9, lavrado contra **TIM S/A.**, devendo ser intimado, o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$851.452,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f”, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR