

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0011/20-3
RECORRENTE - TIM S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0088-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 1º/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0301-12/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO EXTEMPORÂNEO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. UTILIZAÇÃO EM DESACORDO COM A NORMA REGULAMENTAR. GLOSA DO VALOR. O sujeito passivo ingressou com pedido de restituição de indébito, o qual foi indeferido. Nesta situação, caberia ao Autuado, após a científicação 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. Acusação subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/09/2020, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 01.02.86 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, no mês de novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$568.070,94, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

A 4ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0088-04/21-VD (fls. 104 a 109), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transscrito:

“Inicialmente, no que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99.

A acusação fiscal diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido.

De acordo com os documentos acostados aos autos e informações inseridas no Auto de Infração no campo “Descrição dos Fatos” constato que o autuado protocolizou Pedido de Restituição sob nº 174.980/2018-6, no valor de R\$568.070,94, e o mesmo foi indeferido, conforme Parecer Final emitido em 14/12/2018, sendo que a empresa não apresentou recurso sobre esta decisão.

Consta que em 28/12/2018 a empresa tomou ciência do Indeferimento, quando deveria efetuar o devido estorno de 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 não o fez, razão pela qual foi lavrado o presente Auto de Infração.

O autuado pugnou pela improcedência do lançamento alegando liquidez e certeza do crédito fiscal que aproveitou, pois, no seu entender, o mesmo foi aproveitado em estrita observância à legislação tributária, não havendo que se falar em qualquer irregularidade cometida.

Apresenta a metodologia por ele utilizada para apuração do crédito de ICMS relacionado à cessão onerosa de meios de rede, e para comprovar à sua veracidade informa estar anexando ao PAF os seguintes documentos:

- I. Demonstração da Base de Cálculo do Recolhimento;(Doc. 05)
- II. LRAICMS Meses de julho a dezembro de 2013; (Doc. 06)
- III. LRE- Meses de julho a dezembro de 2013; (Doc. 07)
- IV. Portfolio de Serviços da Impugnante (Doc. 08);
- V. LRAICMS – Mês de novembro de 2018 (Doc. 09)

A legalidade dos créditos pleiteados já foram ou deveriam ter sido objeto de apreciação pela Administração Tributária através da decisão proferida pela autoridade competente indicada no art. 79 do RPAF/BA, no caso, o Inspetor Fazendário, sendo que tal decisão não foi contestada pelo sujeito passivo, conforme lhe faculta o art. 81 do RPAF/BA.

Portanto, tratando-se de decisão definitiva no âmbito administrativo, da qual o autuado foi cientificado em 28/12/2018, 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:

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.

Logo, no caso presente, como o autuado após a notificação da decisão definitiva, que lhe foi desfavorável, não procedeu conforme o estabelecido no dispositivo legal acima disposto, a fiscalização efetuou corretamente o presente lançamento para fim de exigência do crédito fiscal extemporâneo lançado e mantido indevidamente pelo autuado em sua escrita fiscal, já que é dever do Fisco fazê-lo.

Portanto, nesta infração o que está se exigindo é o imposto e multa por utilização indevida de crédito fiscal extemporâneo, já considerado improcedente definitivamente, pelos órgãos competentes desta Secretaria, ao analisar o pedido de restituição do indébito, não cabendo a este órgão julgar a análise da legalidade dos supostos créditos, mesmo porque tal prerrogativa é exclusiva das autoridades fazendárias indicadas nos artigos 80 e 81 do RPAF/BA.

Ressalto que este tem sido o entendimento deste Conselho ao apreciar situação similar à presente, envolvendo o mesmo autuado, a exemplo dos Acórdãos nº 002-04/19, cuja decisão foi mantida pela 2ª CJF através do Acórdão nº 0358-12/20.

O impugnante solicita, ainda, que seja determinada a redução da multa imposta a patamares razoáveis, em respeito aos princípios da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

Em relação a tal pedido (multa lançada no percentual de 60% do imposto), a arguição de respeito aos princípios da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade, não podem ser acolhidas, visto que a imposição fiscal decorreu de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, inc. II, “f”.

Por outro lado, é vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/BA, baseado, apenas, no argumento de que houve violação a regras ou princípios constitucionais.

Por fim, quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes a presente lide sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia situado no estado do Rio de Janeiro, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 119 a 125), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual relatou que apresentou pedido de utilização de crédito extemporâneo, relacionado às operações onerosas sobre meios de rede do período de julho a dezembro de 2013, no valor de R\$568.070,94, formalizado no Processo nº 174.980/2018-6, sendo cientificado do Parecer Final pelo indeferimento em 28/12/2018, quando já havia utilizado o referido crédito fiscal.

Disse que a Cláusula Décima do Convênio ICMS 126/98 prevê expressamente que na cessão onerosa das redes de telecomunicação a outras empresas de telecomunicação, o imposto será devido apenas sobre o preço cobrado do usuário final, sendo o pagamento do ICMS diferido para a etapa posterior, ou seja, pago pela operadora que presta serviço a consumidor final.

Falou que o Convênio ICMS 128/10 incluiu os parágrafos 3º a 5º à Cláusula Décima do Convênio ICMS 126/98, dispondo de novas regras de recolhimento do imposto, e, posteriormente, foram acrescentadas novas cláusulas ao Convênio ICMS 17/13, estabelecendo procedimentos para escrituração do valor do imposto no mês da apuração, sendo corrigido no mês subsequente com a emissão de nota fiscal série 15 e lançamento do valor do mês anterior em “Outros Débitos”.

Destacou que entende que o “consumo próprio”, mencionado no inciso II, da Cláusula 3ª do

Convênio ICMS 17/13, é causa de pagamento do complemento de ICMS sobre meios de rede, embora não se deva confundir com a contratação de meios de rede para prestação de serviços aos seus clientes, visto que esses são insumos para prestação de serviços.

Discorreu sobre a desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada, violando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e legalidade, além do não confisco, previsto no Art. 150, IV da CF/88.

Solicitou, caso perdure alguma dúvida quanto à certeza e liquidez dos créditos aproveitados, a conversão do julgamento em diligência para confirmar que possui direito aos créditos utilizados e que a documentação fiscal acostada aos autos é suficiente para comprovar esse direito, bem como que seja notificado para a formulação de quesitos suplementares.

Pugnou pelo provimento do Recurso Voluntário e requereu que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados que relacionou.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido.

Informo que as intimações são efetuadas na forma prevista no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Denego o pedido de diligência, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção sobre a lide, nos termos do Art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Matéria semelhante foi julgada por esta 2ª CJF, mediante o Acórdão CJF nº 0358-12/20-VD, em relação ao próprio Autuado, quando o mesmo queria rediscutir o indeferimento do pedido de restituição em sede de Recurso Voluntário.

Ressalto que a competência para a concessão de restituição no âmbito da Diretoria de Administração Tributária da Região Metropolitana de Salvador, é do titular da Coordenação de Processos, cabendo recurso voluntário ao seu Diretor, conforme dispõe os Arts. 79 a 81 do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 79. São competentes para apreciar o pedido de restituição:

I - em caso de devolução de ICMS, ITD, IPVA, Contribuição de Melhoria e Taxa na área do Poder Executivo:

- a) no âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos;*
- b) no âmbito da DAT Norte e DAT Sul, os titulares das Inspetorias;*

...

Art. 80. Tratando-se de processo de competência do Inspetor Fazendário, havendo decisão favorável à restituição de quantia superior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), caberá recurso de ofício para o Diretor de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda da circunscrição do sujeito passivo.

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.”

Caberia ao Autuado entrar com o recurso voluntário do indeferimento do pedido de restituição, nos termos do Art. 81 do RPAF/99, acima colacionado, ou proceder ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis, conforme estabelece o parágrafo único do Art. 78 do RPAF/99, abaixo transcrito:

“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.”

Assim, reitero o que foi externado no referido Acórdão:

“É inadmissível, portanto, que o contribuinte tenha aguardado ser fiscalizado, para usar esse foro administrativo para submeter a análise e apreciação da legalidade de créditos pleiteados e negados nas esferas legais correspondentes.”

Embora o Autuado tenha expressado de forma diferente o questionamento de inconstitucionalidade, ressalto que o Art. 167, I do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a sua declaração de inconstitucionalidade.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60%, é prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal, não se referindo a dolo ou má-fé. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito, se atendidas as condições estabelecidas no Art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 90%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo Autuado perante a infração que lhe é imputada, pode haver ônus da multa aplicada apenas de 6%, bem menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0011/20-3**, lavrado contra **TIM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$568.070,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 7 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS