

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0020/19-9
RECORRENTE - TIM S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0253-01/12
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0322-12/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO. Levantamento fiscal comprova escrituração de crédito fiscal relativo à inexistência de nota fiscal comprobatória ou quantidade de mercadorias, contrariando o disposto no art. 309 do RICMS-BA. Demonstrativo juntado com a defesa e recurso, não constitui prova capaz de elidir a acusação fiscal. Infrações 1 e 2 procedentes. Rejeitada a nulidade suscitada e indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 04/12/2019, que exige ICMS no valor de R\$175.115,45, em razão das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (2017) - R\$110.535,45, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que: i) A empresa creditou se de ICMS ST sobre Operações de Transposição de Estoque, no valor total de R\$126.562,99, referente a ressarcimento da transposição de estoque de aparelhos celulares; ii) Apresentou planilhas contendo as notas fiscais de saída (transposição de estoque) e de entrada que dão suporte ao direito de ressarcimento do ICMS Substituição Tributária Normal; iii) Identificou ressarcimento do ICMS ST, utilizando irregularmente diversas notas fiscais de entrada de aparelhos celulares: a) ANEXO A: se refere as notas fiscais de entrada, cuja entrada no estoque da empresa ocorreu em datas posteriores a emissão das respectivas notas fiscais de saída dos produtos utilizados na ativação (transposição de estoque), caracterizando a falta de origem dos respectivos produtos - glosadas créditos no valor de R\$97.512,32 (Anexos A); b) ANEXO B: para fins de ressarcimento do ICMS ST, utilizou a maior diversos créditos fiscais, visto que, a quantidade de aparelhos registrados nas notas fiscais de saída, não possuem origem nas respectivas notas fiscais de entrada ou possuem origem apenas parcial, visto que a quantidade de aparelhos celulares lançados nas notas fiscais de saída, estão em quantidades superiores aos existentes nas respectivas notas fiscais de entrada, suporte do crédito fiscal, apurando saídas de 742 aparelhos celulares, contra a entrada de 511 aparelhos celulares, evidenciando que parte do ressarcimento do ICMS ST, não possuem documentação fiscal suporte comprobatória, resultando no valor glosado de R\$13.023,13.

2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (2017) - R\$64.580,00, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que: i) Nos meses de janeiro a novembro de 2017 se creditou de ICMS ST sobre Operações de Transposição de Estoque, no valor total de R\$79.847,60, referente a ressarcimento de aparelhos celulares; ii) Apresentou as planilhas solicitadas, que resultou na constatação de dois tipos de irregularidades no ANEXO 02: a) notas fiscais de entrada, cuja estoque da empresa ocorreu em datas posteriores a emissão das respectivas notas fiscais de saída dos produtos utilizados na ativação (transposição de estoque), que resultou na glosadas de créditos no valor de R\$49.068,32 (Anexo 01 - Cobrança Analítica); b) Anexo “01, a empresa para fins de ressarcimento do ICMS ST, utilizou a maior diversos créditos fiscais, visto que, a quantidade de aparelhos registrados nas notas fiscais de saída, não possuem origem nas respectivas notas fiscais de entrada ou possuem origem apenas parcial, apurando saídas de 742 aparelhos celulares, contra a entrada de 511 aparelhos celulares e perda ao direito do respectivo Ressarcimento ST, com valor glosado de R\$15.511,69 de

acordo com o ANEXO B e “Resumo de Cobrança”, exibindo os valores apurados no Anexo A e Anexo “01”.

A 5ª JF na decisão proferida (fls. 100/112) inicialmente afastou a nulidade suscitada fundamentando que o lançamento tem consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS-BA/2012, com irregularidades demonstradas no levantamento fiscal, o que possibilitou o exercício de defesa e inexistem questões formais e requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, com identificação do autuado, o montante devido e fato gerador do débito tributário exigido, sem incorrer nas hipóteses do art. 18, RPAF-BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indeferiu o pedido de realização de diligência fiscal no sentido de verificar a escrituração das Notas Fiscais, por entender que caberia ao sujeito passivo carrear aos autos, por ocasião da apresentação da defesa todas as provas disponíveis, especialmente a própria documentação e escrituração fiscal. E ainda, que os elementos contidos nos autos serem suficientes para firmar o juízo e convicção do julgador nos termos das alíneas “a” e “b”, do inciso I, do art. 147 do RPAF-BA.

No mérito apreciou que:

As Infrações 01 e 02 acusam Autuado de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, cuja utilização decorreu de operações interestaduais e do ressarcimento da transposição de estoque de aparelhos celulares, conforme relato do Autuante, nos meses de janeiro a novembro de 2017, no valor de R\$175.115,45, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo fls. 07 a 30.

Em sua Defesa, o Impugnante argumentou que as Notas Fiscais de entrada com datas posteriores às respectivas Notas Fiscais de saídas das mercadorias ocorreram pelo fato de a empresa utilizar a regra da última entrada para busca do valor a ser recuperado, e com isso, é considerada a última aquisição ou transferência do item como valor a ser utilizado como base para o pedido de ressarcimento. Sustentou que não procedera com o creditamento indevido do ICMS, tendo operado em acordo com a legislação vigente, conforme art. 301, parágrafo 3º, do RICMS-BA/12, não causando qualquer prejuízo ao erário estadual, visto que imposto é recolhido mensalmente. Pede improcedência da cobrança apurada nos Anexo “A” (Infração 01) e Anexo “02” (Infração 02), colacionados aos autos.

Alegou também a Defesa no tocante à quantidade de aparelhos celulares registrados nas notas fiscais de saída, que utiliza o valor da nota fiscal de entrada como referência para o cálculo do imposto da nota de saída, conforme art. 301, parágrafo 3º, RICMS-BA/12. Alega que o valor do imposto pode ser da última aquisição, logo a nota de aquisição pode ter valores diferentes daquela registrada na saída. Pede improcedência da cobrança do Anexo B (infração 01) e Anexo 01 (Infração 02).

Ao proceder a informação fiscal, o Autuante sustentou que as notas fiscais de entrada objeto de ressarcimento sobre operações ST, deveriam ter sido registradas na contabilidade da empresa em momento anterior das respectivas saídas dos produtos transferidos, de forma a conceder o respectivo amparo legal da operação, e também comprovar que existe o suporte quantitativo de produtos necessários em seu estoque.

Asseverou também que a comprovação da existência dos produtos no estoque da empresa é imprescindível para dar sustentação legal à operação de ressarcimento do ICMS sobre essas operações ST.

Registrou que ao utilizar notas fiscais de entrada com datas posteriores as notas fiscais de saída, o Impugnante optou por interpretar de forma equivocada a legislação de regência, e não atender ao princípio da razoabilidade e lógica.

Inicialmente ressalto que em observância ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, será assegurado ao contribuinte, salvo, disposição em contrário, o direito de creditar-se do imposto cobrado nas entradas de mercadorias destinadas a comercialização ou industrialização, desde que

a saída posterior dessas mercadorias ou outras resultantes da sua industrialização sejam tributadas ou, não sendo, a legislação permita expressamente a sua manutenção.

É patente que na apuração do imposto pelo sistema de conta corrente fiscal, não se pode aproveitar o ICMS destacado nas aquisições que já foram objeto de substituição tributária, posto que o valor do crédito já foi utilizado quando da aquisição da mercadoria para efeito do cálculo do imposto da substituição tributária, retido pelo responsável. Logo, o valor da compra de uma mercadoria que tem o destaque do ICMS-ST, não pode ser agregado ao crédito do ICMS das operações próprias.

Tratando-se de transposição de estoque de “aparelhos de telefone celulares”, mercadoria submetida ao regime de substituição tributária, o sujeito passivo está obrigado a efetuar a retenção e recolhimento de ambos os impostos, o normal e o substituído, conforme dispõe a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93, *in verbis*.

Cláusula segunda, Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

Para evitar a cobrança em duplicidade, na operação de transposição de estoques, pode o sujeito passivo efetuar o ressarcimento dos impostos destacados, conforme dispõe a Cláusula terceira do citado convênio, que se aplica ao presente caso:

Cláusula terceira. Nas operações interestaduais, com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido na operação anterior deverá ser efetuado pelo contribuinte mediante emissão de nota fiscal eletrônica, exclusiva para esse fim, em nome de qualquer estabelecimento inscrito como substituto tributário que seja fornecedor do contribuinte substituído.

Nesse mesmo diapasão, a norma supra reproduzida encontra-se preconizada no inciso I, do art. 301 do RICMS-BA/2012, *in verbis*:

Art. 301. Nas operações interestaduais para estado signatário de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, se as mercadorias já tiverem sido objeto de retenção ou antecipação do imposto, a fim de que não se configure duplicidade de pagamento do tributo:

I - o remetente utilizará como crédito fiscal o imposto incidente na operação de aquisição mais recente das mesmas mercadorias, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, total ou proporcionalmente, conforme o caso;

No que concerne ao foco da autuação, resta evidenciado nos autos inexistirem quaisquer questionamentos quanto à operação de ressarcimento por transposição de estoque e sim, quanto a comprovação da existência dos créditos fiscais ressarcidos pela autuada.

Nesta senda, observo que o direito a utilização do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, pressupõe que o contribuinte deva cumprir o que preceitua a legislação tributária, observando os limites e condições para utilização de créditos, conforme prevê o art. 309, §§ 6º e 7º do RICMS-BA/2012, c/c art. 29 da Lei nº 7.014/96, ou seja, o direito ao crédito fiscal se condiciona ao valor destacado no documento fiscal referente a aquisição do bem tributado, bem como, afigura-se imprescindível a constatação da idoneidade dos documentos que originaram os aludidos créditos e a sua correta e tempestiva escrituração nos livros fiscais, consoante norma expressa contida no art. 31 da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

Art. 31. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o 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.

Além disso, as notas fiscais, arroladas na autuação, não foram escrituradas tempestivamente na EFD do contribuinte, fato que fragiliza o argumento da defesa, podendo a utilização de créditos fiscais gerados em documentos emitidos em data anterior a da utilização dos referidos créditos, ser caracterizada a utilização antecipada do crédito fiscal, prática não prevista na legislação.

Não tendo o Autuado apresentado os documentos fiscais que garantiriam o crédito que fora utilizado, foi então considerada indevida a utilização do crédito fiscal obedecendo aos normativos legais, constatado pela fiscalização, que apontou dois fatos ocorridos, conforme demonstrativos colacionados aos autos:

Infração 01:

- a) ANEXO A relaciona as notas fiscais de entrada, cuja ingresso das mercadorias no estoque do contribuinte ocorreu em datas posteriores a emissão das respectivas notas fiscais de saída dos produtos utilizados na ativação (transposição de estoque), fls. 08 a 12;
- b) ANEXO B demonstra que foram detectadas as saídas de 742 aparelhos celulares, contra a entrada de apenas 511 unidades, o que demonstra a falta de comprovação da origem de 231 unidades, fl. 13.

Infração 02:

- a) ANEXO 01 relaciona as notas fiscais de entrada, cuja ingresso das mercadorias no estoque do contribuinte ocorreu em datas posteriores a emissão das respectivas notas fiscais de saída dos produtos utilizados na ativação (transposição de estoque), fls. 19 a 23;
- b) ANEXO 02 demonstra que foram detectadas as saídas de 6.356 aparelhos celulares, contra a entrada de apenas 814 unidades, o que demonstra a falta de comprovação da origem de 5.542 unidades, fls. 19, 24 a 28.

O Autuado, além de não apresentar provas ou documentos capazes de elidir a acusação fiscal, não contesta os fatos apurados pela fiscalização chegando, inclusive, chega a admitir que notas fiscais de aquisição de mercadorias não foram tempestivamente escrituradas na sua EFD.

Convém também salientar que consoante consulta ao SISTEMA DE PARECERES TRIBUTÁRIOS - CPT, o Impugnante já pleiteou em diversas oportunidades, o ressarcimento do ICMS-ST, e foi negado por inexistência de documentos fiscais que comprovassem os créditos pretendidos, a exemplo do Parecer DITRI nº 30474/2019.

Verifico ser esta a situação posta, haja vista que não foram trazidos aos autos quaisquer documentos que comprovem de forma consentânea os créditos fiscais utilizados pelo contribuinte.

Da análise da legislação aplicável aos fatos acima transcritos, resta indubitado o acerto da autuação, visto a impossibilidade em se creditar de valores não comprovados com documentos fiscais idôneos e legítimos.

Saliento que o próprio Regulamento do Estado da Bahia condiciona a apropriação de crédito fiscal, à condição de que tenham sido calculados corretamente e estejam destacados em documento fiscal correspondente, art. 93, §4º e 5º do RICMSBA/12.

Entendo que para elidir a acusação fiscal o sujeito passivo deveria ter apresentado cópia de todas as notas fiscais de saída interestadual, objeto de recuperação do ICMS-ST, bem como todos os DAES de pagamento do imposto, restando evidente que os valores lançados como ressarcimento de débitos foram devidamente respaldados e suportados, tanto no aspecto do que determina o art. 301, do RICMS-BA/2012 quanto aos documentos apresentados.

Assim, observo da análise de sua defesa, que não constam os meios de prova com os quais o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações, consoante dispõe o inciso IV, do art. 8º do RPAF-BA/99.

Ademais, o Autuado não traz aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos apurados pelo Fisco, portanto, a simples negativa de cometimento da infração não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, nos termos do art. 143 do RPAF-BA/99.

Assim sendo, ficam mantidas as Infrações 01 e 02.

Em relação à multa aplicada lançada no percentual de 60% do imposto, a arguição de confiscatoriedade e os pedidos de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não podem ser acolhidos, visto que a imposição fiscal decorre de expressa previsão, na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e falece competência a esse órgão julgador de negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do inciso III, art. 167 do RPAF-BA/99.

Na fl. 111 indicou o endereço para intimações ao patrono do autuado, observando o disposto no art. 26, II, e 108 e 109 do RPAF-BA, concluindo:

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 122 a 132), por meio do advogado RODRIGO NOVAIS FONSECA, OAB/BA nº 41.467 o recorrente inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as infrações e afirmam que o acórdão recorrido não analisou toda a documentação apresentada, que ora reapresenta, confiando na análise dos livros de Registro de Entrada, Apuração do ICMS e memória de cálculo do ICMS-ST utilizado na Transposição de Estoque, Guias e comprovantes de recolhimento do ICMS-ST e cópias de notas fiscais de entrada e saída.

Reapresenta o pedido de realização de diligência fiscal para comprovar os equívocos cometidos pela fiscalização e inexistência de irregularidade.

Com relação à infração 1, esclarece que a exigência recai sobre as Operações de Transposição de Estoque e não de ICMS - ST, conforme acusa a infração, o que conduz a nulidade do lançamento.

Ressalta que a operação de Transposição de Estoque decorre de uma aquisição de mercadorias destinadas a industrialização/comercialização, que decidiu alterar passando para uso/consumo ou Ativo Imobilizado do estabelecimento, sendo assegurado o direito de creditar-se do imposto cobrado nas entradas de mercadorias destinadas a comercialização/industrialização, desde que a saída posterior dessas mercadorias sejam tributadas ou exista previsão expressa de manutenção.

Na situação presente, afirma que adquiriu aparelhos de telefone com destino a revenda, registrados com CFOP 2403, 2102 ou 2409 que necessitou ceder em comodato, emitindo nota fiscal de Transposição de Estoque para ativo, utilizando o CFOP 5949, operação tributada e registrada com CFOP 1949, entrando em outra cadeia de apropriação do crédito de ICMS como ativo imobilizado.

Informa que centralizou o estoque de mercadoria do Nordeste no Estado de Pernambuco e quando transfere a mercadoria para outro Estado, ocorre emissões de notas fiscais com registros simultâneos nos Livros fiscais de saída de mercadoria (PE) e entrada da nota fiscal na Bahia, no mesmo dia.

Observa que o pedido de Ressarcimento de ICMS ST de Transposição de Estoque requer a restituição do imposto pago na Entrada no Estado da Bahia, relativo a mercadoria não comercializada, considerando o valor da última aquisição/transferência para cálculo de ressarcimento do ICMS.

Com relação a infração que acusa utilização de Notas Fiscais com datas de saída posteriores as datas de entrada, exigindo uma correlação das Notas Fiscais de entrada x Notas Fiscais de Saída, argumenta que *“apesar de as Notas Fiscais utilizadas, para compor o preço dos itens a serem restituídos, serem posteriores as notas que compõem os pedidos, a adoção dessa sistemática não tem como trazer prejuízo ao erário estadual, muito pelo contrário, vista que a adoção do preço mais recente do item pode, inclusive, resultar em valor a menor a restituir, vez que, naturalmente, ocorreria uma desvalorização do preço do item mais recente em relação a aquisição mais antiga”*, em conformidade com o disposto no art. 299, inciso IV, §3º do RICMS-BA/12 (fl. 126).

Com relação ao crédito de aparelhos de saída maior que a quantidade de entrada, afirma que o cálculo de ressarcimento se refere ao ICMS Próprio pago na aquisição de mercadoria, que serve

de referência para cálculo do imposto da nota de saída, e da mesma forma quanto a análise da correlação das quantidades de saída utilizando a entrada *“demonstra um entendimento equivocado da autoridade fiscal”*, considerando o disposto no §3º, do art. 301 do RICMS-BA/12, que prevê que o valor do imposto *“pode ser o da última aquisição, logo a nota fiscal de aquisição pode ter quantidades diferentes daquela registrada na saída”*.

Requer reanálise da composição de cálculo e valores com base em todo o período e não apenas pela comparação de datas e quantidades.

Quanto a infração 2, ressalta que o débito refere-se ao ressarcimento de ICMS Próprio sobre Operações Interestaduais e não de ICMS - ST, conforme acusa o lançamento o que demonstra a irregularidade do Auto de Infração, que deve ser anulado.

E da mesma forma que a situação anterior, promoveu o pagamento do ICMS-ST na aquisição com intuito de comercialização no Estado da Bahia e por terem sido revendidas para cliente localizado em outra Unidade da Federação, conforme diagrama de fl. 128, não tendo ocorrido o fato gerador presumido, ensejou o direito ao crédito do imposto pago na entrada ao Estado da Bahia.

Afirma que considerou como base de cálculo de ressarcimento do ICMS Próprio o valor da última aquisição e que *“apesar das Notas Fiscais utilizadas pela empresa, para compor o preço dos itens a serem restituídos, serem posteriores as notas que compõem os pedidos, a adoção dessa sistemática não tem como trazer prejuízo ao erário estadual, muito pelo contrário, visto que a adoção do preço mais recente do item pode, inclusive, resultar em valor a menor a restituir, vez que, naturalmente, ocorreria uma desvalorização do preço do item mais recente em relação a aquisição mais antiga”*, sendo que a utilização da data posterior, como parâmetro não infringe a regra prevista no §3º, do art. 301 do RICMS-BA.

Quanto ao crédito relativo a saída de aparelhos maior que o da entrada, afirma que conforme argumento anterior, o cálculo do ressarcimento do crédito do ICMS Próprio tem como base valor pago na entrada da mercadoria, constante na nota fiscal de entrada como referência para cálculo do imposto da nota de saída, e que da mesma forma, *“a correlação das quantidades da quantidade de saída utilizando, como referenda, a quantidade informada na nota de entrada demonstra um entendimento equivocado da autoridade fiscal”*, que foi feito em conformidade com o disposto no §3º, do art. 301 do RICMS-BA, considerando o valor do imposto da última aquisição, *“logo a nota de aquisição pode ter quantidades diferentes daquela registrada na saída”*.

Requer uma reanálise da composição de cálculo e valores com base em todo o período, e não apenas pela comparação de datas e quantidades.

No tocante a multa aplicada com percentual de 60%, alega que é abusiva e tem caráter confiscatório, violando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e utilização da tributação para fins confiscatórios, conforme previsto no inciso IV, do art. 150 da CF/88.

Requer que seja cancelada ou reduzida para um patamar compatível com a gravidade da infração supostamente cometida, sob pena de desrespeito aos princípios da legalidade tributária, razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal (STF) a exemplo do RE nº 523 471/2010, e Medida Cautelar na ADI nº 551, que julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 30, do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (fls. 130/131).

Por fim indica à fl. 132, endereço para encaminhamento de intimações, requer provimento do recurso voluntário ao patrono do recorrente e se assim não entender, que seja determinada a realização de diligência fiscal para análise da documentação anexada aos autos.

O autuante do Auto de Infração se fez presente no julgamento, via videoconferência, para acompanhar a sessão.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente em linhas gerais reapresentou os mesmos argumentos da impugnação inicialmente, tendo juntado ao processo mais de 3.500 folhas impressas (livros e documentos fiscais), que afirma ter sido apresentada gravado no CD de fl. 80, juntado com a defesa, e requer a realização de diligência fiscal para comprovar a inexistência de irregularidade.

Quanto à diligência solicitada, constato que as infrações acusam utilização indevida de crédito fiscal, com base em demonstrativos que relacionam notas fiscais escrituradas pela empresa, correlacionando com as notas fiscais de saídas com as de entrada, e indicado as diferenças do ICMS exigido. Ressalto ainda, que as diferenças apuradas foram objeto de intimação, para que a empresa prestasse esclarecimentos (fl. 32). Assim sendo, indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal, ou a documentos que são de posse do requerente, e o que foi juntado os autos, bem como o convencimento sobre a presente lide.

Com relação à nulidade suscitada, sob o argumento de que a exigência fiscal relativa à infração 1, recai sobre as Operações de Transposição de Estoque e não de ICMS - ST, e na infração 2, refere-se a ressarcimento do ICMS próprio sobre operações interestaduais e não de ICMS-ST, observo que no descritivo das duas infrações (fls. 2 e 3), indicam que foi exigido o ICMS em decorrência da falta de apresentação de documento comprobatório, seguido de informações complementares que indicam a relação de notas fiscais de planilhas de fls. 9 a 31 (analíticas e sintéticas). Tudo isso, demonstra que o levantamento fiscal atende aos requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA, inexistindo as situações que se enquadrem nas hipóteses de nulidades previstas no art. 18 e incisos, do citado Diploma legal. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada e quanto as questões levantadas serão apreciadas no mérito a seguir.

Quanto à infração 1, que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do documento fiscal comprobatórios, o recorrente afirma que adquiriu aparelhos de telefone para revenda (CFOP 2403, 2102 ou 2409), e tendo cedido em comodato, emitiu nota fiscal de Transposição de Estoque para ativo (CFOP 5949), e registrada com CFOP 1949 (crédito/ativo imobilizado), com registros simultâneos das notas fiscais nos Livros fiscais de saída de mercadoria (PE), e entrada da nota fiscal na Bahia, para restituir o imposto pago relativo a mercadoria não comercializada.

Com relação a este procedimento, observo que na da decisão recorrida foi apreciado que obedece ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, e a questão que se apresenta é a comprovação da existência dos produtos que foi objeto da exigência, com suporte em documento fiscal.

Conforme indicados na descrição dos fatos, a empresa creditou-se de R\$126.562,99 em 2017, relativo a ICMS-ST (Transposição de Estoque), em que a fiscalização identificou no:

ANEXO A: notas fiscais de saída dos produtos (transposição de estoque), e insuficiência de nota fiscal de origem totalizando créditos no valor de R\$97.512,32;

ANEXO B: notas fiscais de saídas de 742 aparelhos celulares, contra a entrada de 511 aparelhos para fins de ressarcimento do ICMS ST, tendo glosado crédito no valor de R\$13.023,13.

Na impugnação inicial e no recurso, com relação a estes fatos o sujeito passivo argumentou que:

“apesar de as Notas Fiscais utilizadas, para compor o preço dos itens a serem restituídos, serem posteriores as notas que compõem os pedidos, a adoção dessa sistemática não tem como trazer prejuízo ao erário estadual, muito pelo contrário, vista que a adoção do preço mais recente do item pode, inclusive, resultar em valor a menor a restituir, vez que, naturalmente, ocorreria uma desvalorização do preço do item mais recente em relação a aquisição mais antiga”.

Assim sendo, diante do ANEXO A e B, juntado às fls. 9 a 17, que apurou falta de notas fiscais de

origem e quantidade de aparelhos celulares para dar suporte ao crédito fiscal lançado, a empresa juntou demonstrativo à defesa e impressos junto aos recursos, mas não comprova a origem dos créditos fiscais.

E ao contrário do que foi alegado, lançar crédito relativo a operação de transposição de estoque, sem cobertura do documento fiscal ou de quantidade de aparelhos que não foram transferidos tempestivamente, causou prejuízo ao erário estadual, tendo em vista que o art. 309 do RICMS/BA (art. 31 da Lei nº 7.014/96), prevê situações em que a constituição do crédito fiscal para compensação com o tributo devido em operações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, prescinde de documento fiscal comprobatório, o que na situação presente, não foi apresentado para elidir a acusação fiscal.

Também não tem pertinência a alegação de que se baseou no preço mais recente da mercadoria em conformidade com o disposto no art. 299, IV, §3º do RICMS-BA, visto que a exigência fiscal não decorre de diferença do valor do ICMS-ST retido da última aquisição do produto, e sim conforme anteriormente apreciado, de falta de nota fiscal de origem.

Da mesma forma, com relação ao argumento de que houve equívoco da “*autoridade fiscal*”, por não considerar o disposto no §3º, do art. 301 do RICMS-BA/12, que prevê que o valor do imposto “*pode ser o da última aquisição*”, e que a nota fiscal de aquisição pode ter quantidades diferentes da registrada na saída, visto que no demonstrativo de fls. 14 a 17 foram confrontadas as quantidades consignadas nas notas fiscais de entrada e de saída, que resultou nas diferenças das quantidades, que foi exigido o crédito fiscal relativo à falta de nota fiscal. Por isso, não acolho tal argumento.

Pelo exposto, fica mantida a decisão pela procedência da infração 1.

Com relação à infração 2, da mesma forma que ocorreu na infração anterior, a fiscalização indicou que em 2017 a empresa se creditou de ICMS ST (transposição de estoque), de R\$79.847,60, referente a ressarcimento de aparelhos celulares, e a fiscalização identificou no:

- ANEXO 02: notas fiscais de entrada com datas posteriores a emissão das notas fiscais de saída (transposição de estoque), que resultou em glosados créditos no valor de R\$49.068,32 (Anexo 01 - Cobrança Analítica);
- ANEXO 01: saídas de 742 aparelhos celulares, contra a entrada de 511 aparelhos celulares, com valor glosado de R\$15.511,69 de acordo com o ANEXO B.

Portanto, são válidos os mesmos fundamentos da infração 1, ou seja, não se discute o ônus suportado do ICMS-ST presumido na aquisição da mercadoria, que não se concretizou e o direito ao ressarcimento, e sim do que foi confessado que as notas fiscais foram emitidas em momento posterior, e que não causou prejuízo ao erário, pois ao contrário do que foi alegado, causou prejuízo ao erário público, visto que utilizou um crédito sem suporte em documento fiscal ou de quantidade consignadas em documento fiscal, inferior à quantidade que lançou o crédito fiscal que foi glosado.

Também a questão não tem pertinência com o o valor do imposto da última aquisição, previsto no §3º, do art. 301 do RICMS-BA, e sim da falta de nota fiscal ou quantidade consignada em nota fiscal.

Assim sendo, fica mantida a decisão pela procedência da infração 2.

Por fim, com relação a questões relativas ao caráter confiscatório da multa e inconstitucionalidade, falece competência a este Colegiado tal análise ou mesmo a não aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 125, I e III do COTEB. Observo que a multa aplicada de 60%, é prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 4/5), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45 do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter

redução de até 70%, o que de certa forma pode resultar em ônus menor do que o grafado no Auto de Infração. Ressalto ainda, que este órgão julgador não possui competência para apreciar pedido de cancelamento ou redução de multa.

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 **281081.0020/19-9**, lavrado contra **TIM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$175.115,45**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS