

A. I. Nº - 298636.3001/16-1
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.03.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0004-05/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. ENTRADAS DE MERCADORIAS E BENS COM ESCRITURAÇÃO DOS CRÉDITOS DO IMPOSTO FORA DO PERÍODO DE AQUISIÇÃO. CRÉDITOS FISCAIS EXTEMPORÂNEOS. Violação da norma positivada no art. 315 do RICMS-BA. Após revisão fiscal da ASTEC restou comprovado que só houve repercussão de falta de recolhimento do imposto em partes dos meses que integram o lançamento de ofício. Em decorrência, processou-se a redução nos valores exigidos na ação fiscal, porém sem as deduções propostas pelo autuante. Demonstrado que o contribuinte deixou de cumprir a obrigação tributária principal, inexistindo, neste caso, mero descumprimento de obrigação acessória, conforme foi sustentado na inicial defensiva. Não acolhidas as arguições de ilegalidade e de inconstitucionalidade das normas utilizadas para fundamentar o lançamento de ofício. Vedação expressa nesse sentido, contida no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF - Dec. Estadual nº 7.629/99. Também não acolhidas as teses jurídicas apresentadas pela defesa, em sede de memoriais apresentados na assentada de julgamento, pois se referem a fatos estanhos à autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado 15/06/2016, para a exigência de ICMS contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição da sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito. Valor exigido: R\$650.236,30. Fatos geradores ocorridos nos meses de novembro e dezembro de 2014; janeiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2015. Dispositivos infringidos: art. 31, parágrafo único, da Lei nº 7.014/96 c/c os artigos 314 e 515 do RICMS/12. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuante detalha no Demonstrativo juntado à fl. 6 deste PAF se tratar de créditos extemporâneos utilizados sem prévia autorização da repartição fazendária, conforme previsto no art. 315 do RICMS/Ba. Créditos fiscais lançados pelo contribuinte na EFD (Escrituração Fiscal Digital). Anexado no PAF também mídia digital com os demonstrativos da apuração do imposto.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 27/06/16, através de intimação pessoal e ingressou com defesa administrativa protocolada em 18/07/2016, em petição subscrita por advogados habilitados a atuar no processo através do instrumento de procuração e substabelecimento juntados às fls. 26 e 27 dos autos.

O contribuinte, na peça defensiva, alegou ter incidido em mero descumprimento de obrigação

acessória prevista no art. 315, do RICMS. Detalhou que os créditos lançados na sua escrita fiscal são legítimos, acompanhados de documentação idônea a comprovar a existência das operações e do correspondente pagamento do ICMS na etapa anterior, apesar de apropriados de forma extemporânea. Acrescentou ainda que os lançamentos objeto da presente cobrança se referem a aquisições de bens destinados para o seu ativo imobilizado, utilizados na sua atividade fim principal, envolvendo a prestação de serviços de telecomunicação.

Informou, mais à frente, que procedeu à comunicação formal de tais creditamentos, reiterando o argumento de que a autuação se baseia exclusivamente num eventual descumprimento de obrigação acessória, por ausência de prévia autorização do fisco estadual, situação que ensejaria tão somente a aplicação de multa formal, sendo, portanto, ilegal a glosa de créditos sob este fundamento. Argumenta não ser possível se confundir descumprimento de obrigação acessória com crédito indevido, razão por si só suficiente a cancelar o presente Auto de Infração.

Nessa linha de entendimento, o contribuinte desenvolveu tópico específico na peça defensiva para sustentar a ilegalidade do art. 315 do RICMS/Ba, visto que a exigência ali contida estaria a violar normas inseridas no texto constitucional, especialmente o art. 155, inc. II, letra “a” e “b” que estabelecem que somente as hipóteses de isenção e não incidência do imposto, salvo determinação em contrário da legislação, determinam a anulação de créditos fiscais relativos a operações anteriores.

Nesse mesmo sentido as disposições do art. 146, III, “a”, da Carta Magna, que ao remeter para a Lei Complementar o disciplinamento do regime de créditos do imposto, não estabeleceu após a publicação da LC 87/96, as restrições previstas no RICMS/Ba. Destacou a defesa o que foi normatizado no art. 20 da LC 87/96, que ao disciplinar o *modus operandi* da não cumulatividade do ICMS previsto na CF, assegurou aos contribuintes o direito à compensação do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores, fixando como únicas exceções a essa regra as situações já referenciadas de isenção e não incidência do imposto.

Com base nas prescrições normativas citadas a defesa afirmou que em nenhum momento a LC 87/96 atribuiu à legislação estadual a faculdade de condicionar o direito ao creditamento do ICMS à prévia autorização de autoridades administrativas. Ainda nesse sentido a defesa transcreveu na inicial as disposições do art. 23, parágrafo único da LC 87/96, que estabelece a condição de idoneidade da documentação fiscal e de escrituração da mesma nos prazos e condições estabelecidas na legislação para o exercício do direito à compensação do imposto, fixando que após 05 (cinco) anos contados da data de emissão do documento fiscal esse direito se extingue pela decadência. Destacou a defesa não haver também nesse dispositivo da LC qualquer exigência de prévia análise e autorização da autoridade administrativa para o exercício do direito ao lançamento de créditos fiscais do ICMS.

A esse respeito a defesa fez referência à jurisprudência dos Tribunais Superiores, com destaque para julgados originários do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Afirmou que a questão se encontra atualmente pacificada naquele Tribunal, especialmente após a inserção do art. 543-C ao então vigente CPC/73, que criou a figura do Recurso Representativo da Controvérsia, que objetivou uniformizar a jurisprudência sobre determinado tema, vinculando todos os tribunais estaduais e federais. Nos exatos termos do art. 543-C do CPC/73, a impugnante declarou que o C. STJ firmou entendimento sobre o direito de os contribuintes creditarem-se do ICMS mesmo que posteriormente as notas fiscais sejam declaradas inidôneas, desde que comprovada a boa fé do adquirente.

Transcreveu na inicial Ementas de Acórdãos representativos dos entendimentos retro expostos (REsp nº 1.148.444-MG; RMS 31.714-MT). Trouxe ainda para exame, decisão administrativa do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio Janeiro, que no julgamento do Processo tombado sob o nº E-04/054.465/2011, reconheceu a legitimidade de créditos fiscais extemporâneos, prevalecendo tão somente penalidade pela inobservância da legislação aplicável quanto aos procedimentos de relacionados ao prévio exame e deferimento pela autoridade administrativa dos valores lançados na escrita fiscal do contribuinte.

Sustenta, portanto, a defendente, a partir da interpretação das normas citadas na inicial e nos precedentes judiciais e administrativos invocados, a inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 315, do RICMS-Ba, ao exigir do contribuinte aguardar autorização da autoridade fazendária para realizar a apropriação de créditos de ICMS cobrados em operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou Distrito Federal. Reiterou que os créditos apropriados pela empresa são legítimos e decorreram de aquisição de bens integrados ao seu ativo imobilizado, acobertados por documentação fiscal idônea.

Pede, ao final, pela improcedência da presente autuação com base nas razões jurídica retro expostas, ao tempo em que protestou pela posterior juntada de novas provas.

Na Informação Fiscal, apensada à fl. 364, o autuante argumentou que a empresa fez uso, na conta corrente de ICMS, de créditos extemporâneos, ou seja, fora do prazo definido na legislação de regência, sem autorização prévia do titular da repartição fazendária vinculada ao contribuinte.

Acrescentou que o sujeito passivo se beneficiou dos créditos que não foram fiscalizados por preposto do fisco estadual e que esses créditos não se encontram comprovados documentalmente no PAF. Alegou ainda que a fiscalização não teria como saber se os referidos créditos fiscais são legítimos, uma vez que as OS (ordens de serviço) são específicas. Acrescentou que o contribuinte teria que ingressar previamente com um processo requerendo a utilização dos créditos extemporâneos. Mencionou, por fim, que o dispositivo regulamentar citado (art. 315), tem por objetivo resguardar o direito da Fazenda Pública Estadual quanto a “possíveis” utilizações de créditos indevidos lançados de forma extemporânea. Finaliza a peça informativa pedindo que o PAF seja julgado procedente.

Após distribuição do PAF para esta 5ª JJF, esta relatoria, com a concordância do colegiado do órgão julgador, resolveu converter o feito em diligência para que o autuante, revisasse toda conta corrente do estabelecimento autuado e os correspondentes lançamentos fiscais, juntamente com a documentação que lhe deu suporte, a fim de certificar se os créditos escriturados, objeto da autuação, eram legítimos e possuíam suporte documental. Caso fossem comprovadas as circunstâncias alegadas na peça de defesa, em relação à totalidade ou a parte dos créditos apropriados, deveria o diligente apresentar novo demonstrativo consolidando o que viesse a ser apurado na revisão fiscal.

O autuante, à fl. 45 do PAF, em resposta à diligência, apresentou nova informação fiscal, destacando os seguintes pontos:

1 – que foram revisadas as notas fiscais eletrônicas integrantes do Demonstrativo do A.I., quanto à existência dos documentos e registros na EFD (escrituração fiscal digital), além das operações objeto de efetivo recolhimento de ICMS-DIFAL, sendo apurada a falta de pagamento do tributo em relação a diversas entradas de aparelhos celulares, classificados com bens integrantes do ativo permanente da empresa autuada;

2 – que na revisão foi observada a orientação da DITRI quanto ao creditamento extemporâneo ter que ser efetuado no prazo de 5 (cinco) anos da data de aquisição do bem do ativo e proporcionalmente às saídas ou prestações tributadas e as operações isentas e não tributadas, com previsão de manutenção de crédito.

3 – Após a adoção dos procedimentos acima descritos, o autuante afirmou ter constatado que a empresa autuada ter direito a um crédito extemporâneo, no valor de R\$ 129.458,72, menor que o valor que se creditou na escrita fiscal, no montante de R\$ 650.236,30 (valor exigido no A.I.).

O autuante apresentou na mídia anexa à informação fiscal (fl. 47), planilha com o detalhamento dos resultados da revisão fiscal.

Intimado do resultado da diligência o contribuinte apresentou Manifestação nos autos, acostada à fl. 50, ocasião em que afirmou que após revisão pela autoridade fiscal responsável pelo lançamento, a conclusão foi pela legitimidade parcial dos créditos lançados na escrita do ICMS, conforme se infere da informação prestada à fl. 45. Reafirmou que o fundamento legal do Auto de Infração está adstrito ao descumprimento de obrigação acessória, não havendo qualquer desconformidade, na acusação fiscal, quanto ao mérito ou origem dos créditos de ICMS escriturados nos livros fiscais. Entende que após diligência restou demonstrada a ilegalidade das

glosas efetuadas pela fiscalização, restando tão somente, no caso concreto, a possibilidade de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação formal, já que a legitimidade dos créditos sequer foi apreciada ou avaliada no momento da ação fiscal.

Reiterou, na conclusão, o pedido de cancelamento do presente Auto de Infração, visto estar sendo cobrado ICMS e multa por creditamento indevido, quando na realidade foi apurado na revisão fiscal a existência de créditos fiscais idôneos e legítimos. Frisou em seguida que o presente lançamento de ofício não é passível de correção já que a matéria de fato e de direito de que se valeu a fiscalização é distinta, não havendo neste caso mero erro formal. Enfatizou que a alteração do presente lançamento implicaria em modificação do seu fundamento originário na medida em que o resultado da diligência é contraditório com o próprio Auto de Infração na medida em que há exigência de pagamento do ICMS e ao mesmo tempo afirmação de existência de créditos fiscais legalmente apropriados.

Após retorno dos autos à esta 5ª JJF, foi o mesmo novamente convertido em diligência, desta vez para cumprimento pela Assessoria Técnica (ASTEC) do CONSEF, conforme Termo exarado às fls. 68/69.

Foi destacado por esta Relatoria, no encaminhamento do feito à ASTEC, terem ainda remanescido dúvidas quanto ao valor dos créditos indevidamente apropriados na escrita fiscal relacionados à aquisição ou entradas de bens adquiridos na integração no ativo fixo do contribuinte e se esses valores desses créditos efetivamente repercutiram na conta corrente fiscal do ICMS, nos meses objeto da autuação, resultando em pagamento a menos ou na falta de pagamento do tributo. Isto porque as DMAs existentes no banco de dados da SEFAZ-Ba, cujas cópias se encontram anexadas a este PAF, às fls. 54 a 67, evidenciavam que o estabelecimento autuado apurou saldos credores do imposto em diversos meses (fevereiro, março, abril, maio, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015).

Diante desse cenário pediu-se que o diligente da ASTEC, após intimar o contribuinte para apresentação dos elementos da escrita fiscal-contábil, revisasse a conta corrente do ICMS do estabelecimento autuado, no período entre novembro/2014 e dezembro/2015, informando, para cada período mensal, os valores dos créditos indevidos de ativos fixos, ou seja, dos créditos apropriados sem o correspondente pagamento do ICMS-DIFAL e que repercutiram na composição do saldo devedor mensal. Em outras palavras: se o crédito for indevido, mas não implicar em falta pagamento do ICMS em determinado mês (ausência de repercussão econômica), só haverá descumprimento de obrigação acessória naquele período. O crédito indevido será objeto de cobrança de ICMS somente no mês em que houver repercussão em desfavor da Fazenda Pública. Foi sinalizado ainda, no encaminhamento da diligência, que o Parecer Fiscal do revisor da ASTEC deveria ser elaborado com fundamentação e lastreado em DEMONSTRATIVO que evidenciasse a situação dos créditos fiscais dos ativos fixos em cada período mensal.

A ASTEC, através do Parecer nº 46/2019, anexado às fls. 73/74 deste PAF, informou ter efetuado RECOMPOSIÇÃO DA CONTA CORRENTE FISCAL DO CONTRIBUINTE no período objeto da autuação, a partir dos dados existentes nas DMAs e respectivas EFDs, constando a seguinte situação:

- 1) *Os créditos autuados em novembro e dezembro de 2014 e janeiro de 2015 (R\$ 14.489,05; 14.415,68 e R\$ 14.378,78, respectivamente), repercutiram nos mesmos meses, pois os recolhimentos efetuados foram menores que os devidos, nos respectivos valores autuados;*
- 2) *Os créditos autuados em março, abril e maio de 2015 (R\$ 14.262,83; R\$ 14.532,42 e R\$ 14.402,60, respectivamente, que somaram a quantia de R\$ 43.197,85), repercutiram no recolhimento a menor de junho de 2015, que somado ao crédito autuado no próprio mês de junho/15 (R\$ 14.310,09), implicou na diferença recolhida a menor de R\$ 57.507,94. Restou demonstrado que nesse mês o contribuinte deveria ter recolhido R\$ 133.967,69 e só efetuou o pagamento da quantia de R\$ 76.459,29;*
- 3) *O crédito indevido autuado de julho/2015 (R\$ 14.168,33) repercutiu no mesmo mês, pois o valor real devido é de R\$ 170.168,69 e o recolhido pelo contribuinte foi R\$ 155.497,36;*
- 4) *Os créditos autuados em agosto, outubro e novembro (R\$ 17.760,15; R\$ 310.589,33 e R\$*

38.283,90, respectivamente, que somaram a quantia de R\$ 366.633,38), repercutiram na falta de pagamento do saldo devedor de novembro/15 (R\$ 183.099,53 – valor real devido), já que o contribuinte registrou nesse mês um saldo credor inexistente de R\$ 183.533,85;

5) O crédito autuado em dezembro/2015(R\$ 168.140,53) foi efetivamente utilizado no próprio mês, pois ao invés do saldo credor de R\$ 254.056,88, o saldo real é devedor em R\$ 96.717,11.

Essas as conclusões apuradas na diligência após a revisão da conta corrente fiscal do contribuinte nos meses objeto da autuação, com detalhamento dos saldos apurados na planilha acostada à fl. 74 deste processo.

Na sequência, autuante e autuado foram notificados acerca do resultado da diligência da ASTEC, constando à fl. 98, Manifestação tão somente do Auditor Fiscal que procedeu ao lançamento.

Nesta intervenção a autoridade fiscal voltou a afirmar que o Auto de Infração tomou por base os dados da EFD. Já a diligência da ASTEC baseou-se nas informações inseridas pelo contribuinte nas DMAs. Relatou, mais à frente, que à fl. 47, consta um envelope contendo a mídia digital onde foram relacionadas todas as notas fiscais que compõe a autuação e que a diligência da ASTEC não se pautou nos dados desses documentos fiscais. Sustenta, o autuante, que seu trabalho está embasado nas notas fiscais, esclarecendo ainda que não partiu das informações lançadas nas DMAs vez que o correto é ter por parâmetro a escrituração legal, ou seja, as informações lançadas na EFD.

Reitera, ao final, as conclusões apresentadas na sua diligência inserida à fl. 45, reafirmado que a empresa tem direito ao crédito extemporâneo no valor de R\$129.458,72, menor que o valor que se creditou na EFD sem autorização do fisco, no importe de R\$650.236,30. Sustenta que deve ser cobrada multa sobre o valor a que tem direito o contribuinte e, em relação à parcela remanescente, no total de R\$520.777,58 (que corresponde a R\$650.236,30 – R\$129.458,72), deve ser exigido imposto e multa por se tratar de créditos indevidos conforme demonstrado na planilha retromencionada, integrante da primeira diligência realizada pelo autuante.

Na assentada de julgamento o contribuinte, através de seu advogado, Dr. Mauro Henrique Alves Pereira, OAB/SP nº 152.232, apresentou memoriais, cujo conteúdo integrou a sua sustentação oral.

VOTO

No presente processo, é exigido ICMS no importe principal de R\$650.236,30, pelo fato do autuado ter escriturado créditos fiscais fora do período em que se configurou o direito à utilização do mesmo. A autoridade fiscal enquadrou o fato descrito como infração nas disposições dos arts. 314 e 315 do RICMS-Ba, (Decreto nº 13.780/2012), que estabelecem, respectivamente, que a escrituração do crédito fiscal será efetuada no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade ou direito à utilização do crédito. Por sua vez, se o creditamento do imposto se verificar fora dos períodos acima estabelecidos, o direito ao lançamento escritural fica na dependência de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

O presente PAF foi convertido por esta 5ª JJF, em diligência, inicialmente ao autuante, conforme termo inserido à fl. 39, com o objetivo de se verificar a legitimidade dos créditos apropriados pelo contribuinte e se os mesmos tinham suporte documental em notas fiscais.

Na realização da diligência, o autuante afirmou atestar a legitimidade, em suporte documental (notas fiscais), de parte dos créditos fiscais apropriados, no valor de R\$129.458,72, em valor inferior ao que foi lançado pelo contribuinte em sua escrita fiscal, que totalizou a quantia R\$650.236,30, Declarou, na sequência, que os créditos deveriam ter sido lançados no livro de Apuração do ICMS, pelo valor nominal e, por estarem vinculados a entradas de ativos fixos, a apropriação seria efetuada de forma parcelada, conforme disposição contida no § 3º, do art. 315 do RICMS-Ba. Anexou na informação mídia digital contendo planilha com os resultados apurados nesta revisão.

O PAF foi novamente convertido em diligência, desta vez para execução por Auditor Fiscal da Assessoria Técnica do CONSEF, visto que remanesceram dúvidas quanto ao valor dos créditos de ICMS que foram considerados indevidos na ação fiscal, e a repercussão dos mesmos na conta corrente fiscal do sujeito passivo.

No Termo de Encaminhamento da diligência, (fls. 68/69), foi determinado que o revisor da ASTEC intimasse o contribuinte a apresentar os elementos da sua escrita fiscal e contábil, visando examinar a conta corrente do imposto de todos os períodos mensais abrangidos na autuação. Pediu-se que fosse detalhado no Parecer Técnico, os valores dos créditos indevidos relativos às entradas de ativos fixos, inclusive aqueles sem o correspondente pagamento do ICMS-DIFAL.

Determinou-se ainda, que na revisão fiscal fosse verificado se os créditos apropriados tiveram ou não repercussão na conta corrente do ICMS do contribuinte, nos meses objeto da autuação, resultando em pagamento a menos ou falta de pagamento de tributo, independentemente da extemporaneidade ou não dos lançamentos na escrita fiscal, considerando que houve apuração de saldos credores em diversos períodos, conforme registrado nas DMAS (Declarações Mensais de Apuração do ICMS) enviadas pelo contribuinte e assentadas nos bancos dados da Secretaria da Fazenda do Estado, cujas cópias foram anexadas às fls. 54/67 (meses de nov/2014 a dez de 2015). Em outras palavras: pediu-se que fosse verificado se a apropriação dos créditos na escrita fiscal resultou em efetivo descumprimento de obrigação tributária principal.

Inicialmente, é necessário destacar, que as notas fiscais que compõem a base do lançamento foram inseridas na mídia magnética que integra a primeira revisão fiscal determinada por esta Junta de Julgamento, conforme consta da mídia magnética (CD-R), inserida à fl. 47 dos autos. O conteúdo da revisão e da mídia digital contendo todas as notas fiscais foi entregue ao contribuinte.

O autuado não nega o procedimento que motivou autuação, apresentando em sua peça defensiva uma vasta fundamentação jurídica voltada a questionar a constitucionalidade e legalidade do art. 315, do RICMS/BA - Decreto nº 13.780/2012.

Todavia, conforme estabelece o art. 167, I do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99, que aprovou o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Como bem frisou o autuante na primeira informação fiscal, o contribuinte, ao utilizar créditos extemporâneos sem a autorização fazendária, acabou se beneficiando de lançamentos na escrita fiscal que não foram fiscalizados e comprovados. O art. 315 do RICMS/BA, estabelece que a utilização de créditos extemporâneos depende de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, ocasião em que se poderia, através de procedimento fiscal próprio e direcionado para essa verificação, se fazer comprovação e autenticidade daqueles valores.

Destaco, que o direito ao crédito fiscal não se perpetua com o cumprimento da obrigação acessória da escrituração das notas fiscais. Caso o autuado cumprisse o disposto no § 1º do art. 315 do RICMS/BA, poderia escriturar e compensar os créditos fiscais no prazo de 180 dias da protocolização do pedido, ainda que não houvesse deliberação do fisco sobre a questão após o decurso de tempo estabelecido na lei. A protocolização do pedido de autorização de crédito extemporâneo visa a exatamente investigar regularidade dos lançamentos do sujeito passivo na sua escrita, evitando-se assim uso indevido de valores não cancelados pelo fisco e um eventual posterior lançamento de ofício, conforme se verificou no caso em exame.

Portanto, ao utilizar créditos fiscais extemporâneos, ao arrepio do que determina o dispositivo normativo acima mencionado, sujeita o contribuinte a sofrer a glosa dos mesmos, e assim foi feito na ação fiscal ora analisada, acrescido da aplicação da multa de 60%, cuja tipificação se encontra expressa no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, descabendo a incidência tão somente da penalidade pleiteada na sua peça defensiva, porque esta última se refere exclusivamente à infração por descumprimento de obrigação acessória.

Ademais, a escrituração dos valores dos créditos extemporâneos após autorização do fisco,

deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar (art. 315, § 3º, do RICMS-Ba). Mais uma razão a reforçar a necessidade de prévio exame desses créditos de ICMS pelo fisco visando a sua certificação e posterior rateamento dos valores no decorrer nos meses em que se apresentar o direito do contribuinte.

Todavia, é assente e pacificado neste CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL, que só há descumprimento de obrigação tributária principal quando os créditos de ICMS indevidamente lançados na escrita fiscal são compensados na conta corrente do imposto pelo contribuinte, resultando em recolhimento a menor do tributo. O mero lançamento escritural sem a devida dedução na conta gráfica configura tão somente descumprimento de obrigação acessória, apenável exclusivamente com a multa de 60% sobre o valor indevidamente lançado, conforme previsto no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Foi exatamente buscando averiguar essa repercussão dos créditos extemporâneos e não autorizados pela SEFAZ-Ba na conta corrente do imposto da empresa autuada, que o PAF foi sucessivamente convertido em diligências.

Concluiu a ASTEC, no Parecer Técnico nº 046/19, e no correspondente Demonstrativo de recomposição dos lançamentos escriturais dos créditos, (fls. 73/74), que após proceder a exame de toda a escrita fiscal do contribuinte (EFDs, DMAs e demais documentos), que só houve redução de recolhimento do ICMS, portanto, descumprimento de obrigação principal, nos meses de novembro e dezembro de 2014 janeiro, junho, julho, novembro e dezembro de 2015, nos valores a seguir apresentados (**Coluna D**):

Novo Demonstrativo de Débito, elaborado com base na revisão da ASTEC após o refazimento da conta corrente fiscal do imposto.

A	B	C	D
Mês	Saldo Devedor/Credor Real ASTEC*	Valores Recolhidos**	Crédito Indevido***
nov/14	125.692,68	111.203,63	14.489,05
dez/14	156.932,32	142.516,64	14.415,68
jan/15	16.883,41	2.504,63	14.378,78
fev/15	- 41.999,25		
mar/15	- 4.110,46		
abr/15	- 16.607,49		
mai/15	- 40.429,21		
jun/15	133.967,32	76.459,29	57.508,03
jul/15	170.168,69	155.497,36	14.671,33
ago/15	- 44.370,09		
set/15	- 143.410,65		
out/15	- 10.993,61		
nov/15	183.099,53		183.099,53
dez/15	96.717,11		96.717,11
SOMA			395.279,51

* A Coluna B, “**Saldo Devedor/Credor Real ASTEC**”, condensa os saldos da conta corrente do ICMS apuradas em cada mês, na revisão fiscal, e tem por fonte a planilha de apresentada pelo revisor da ASTEC inserida à fl. 74 dos autos, cópia entregue ao contribuinte (Termo à fl. 76). Os valores positivos representam saldos devedores e os valores negativos saldos credores de ICMS.

** A Coluna C, “**Valores Recolhidos**”, apresenta o ICMS que foi recolhido pelo contribuinte no período objeto da ação fiscal, conforme apurado na revisão da ASTEC;

***A Coluna D, “**Crédito Indevido**”, apresenta o saldo de ICMS efetivamente devido pelo contribuinte nos meses em que os créditos indevidos resultaram em compensação na conta corrente do imposto, após dedução do que já se encontrava recolhido, resultando na apuração de débitos em favor da Fazenda

Pública, que totalizou a soma de R\$ 395.279,51.

No que se refere aos memoriais apresentados pela defesa na assentada de julgamento, cujo conteúdo será apensado aos autos deste PAF, observo que neste documento é afirmado pelo contribuinte que as operações realizadas pela impugnante, que geraram os créditos glosados nesta ação fiscal, se reportavam a transferências de bens do ativo fixo (aparelhos celulares), entre seus estabelecimentos (Matriz-SP para Filial-BA), para aplicação na atividade principal da empresa, envolvendo prestações de serviços de telecomunicação. Reitera o contribuinte, nesta etapa, a tese não incidência do ICMS nessas operações de transferência que não resultaram em mudança de titularidade jurídica das mercadorias, fazendo referência a disposições da CF/88 – arts. e a julgados do STJ (Superior Tribunal de Justiça), firmadas, inclusive, em sede de Recurso Repetitivo (Resp 1.125.133/SP) e também na Súmula 166 desse mesmo Tribunal.

Nessa mesma linha de entendimento, de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de propriedade do mesmo contribuinte não configura circulação de mercadoria, e portanto, inexistente fato gerador do ICMS, a defesa trouxe para exame decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) que, em sede de repercussão geral, julgou, via Plenário, a questão no mesmo sentido do quanto defendido pela autuada (ARE nº 1.255.885, Tema 1.099 no STF).

Ainda no âmbito do Poder Judiciário, a defesa apresentou nos memoriais decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que também sustentam a interpretação de inoccorrência do fato gerador do ICMS no mero deslocamento físico das mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, e impulsionadas em operações de transferências, situação em que não se verifica a mudança de propriedade do bem ou mercadoria.

Ponderou ainda, que a Administração Fazendária está vinculada às decisões tomadas pelo Judiciário, uma vez que julgados sob o rito de recursos repetitivos do art. 1.036 do CPC (art. 543-C do CPC/73) impõem a todos os administrados, bem como, à própria administração pública, o respeito aos seus comandos, tendo em vista a sua vocação expansiva e vinculante.

As questões ventiladas pelo contribuinte na inicial defensiva e reiteradas nos memoriais, são relevantes, porém, não repercutem neste lançamento, visto que a glosa dos créditos fiscais não tem origem na falta de pagamento do imposto em razão do contribuinte entender não ser devido o ICMS-DIFAL sobre a entrada de mercadorias recebidas em transferência.

O lançamento em lide se ateve exclusivamente aos créditos fiscais efetivamente apropriados pelo sujeito passivo e escriturados na sua EFD, posteriormente revisados pela ASTEC, em que se verificou o desatendimento dos requisitos previstos no art. 315 do RICMS-Ba, (Decreto nº 13.780/2012). Não há neste lançamento exigência de imposto além daquele que foi levado a registro pelo próprio contribuinte. Este o escopo do Auto de Infração objeto da presente lide administrativa. As questões trazidas pelo contribuinte nos memoriais extrapolam esse escopo pois dizem respeito a fatos estanhos à autuação.

Por último, cabe fazer referência aos créditos atestados como legítimos na revisão do autuante, constante da informação prestada à fl. 45 deste PAF, no valor nominal de R\$129.458,72, que em verdade, totalizaram a quantia de R\$129.398,72, após refazimento da soma dos mesmos. Esses créditos se referem a lançamentos escriturais das competências relativas aos meses de janeiro a outubro de 2014, conforme pode ser verificado na mídia digital encartada à fl. 47 deste PAF, cujo conteúdo foi também entregue ao contribuinte na primeira revisão fiscal. Os mesmos não repercutiram nos valores que compõem este Auto de Infração, que alcançou lançamentos processados na EFD do contribuinte entre os meses de novembro/2014 a dezembro de 2015, de forma que não procede a informação prestada pelo autuante no sentido de se proceder à dedução da quantia referenciada neste Auto de Infração.

Isto posto, com fundamento nas razões jurídicas retro expostas e nas provas documentais e revisionais mencionadas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **298636.3001/16-1**, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$395.279,51**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, em 28 de janeiro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA