

A. I. Nº -269135.0004/21-0
AUTUADO - TELEFONICA BRASIL S/A
AUTUANTES - JOSE MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JUNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02/12/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0184-01/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESCRITURAÇÃO FORA DO PERÍODO EM QUE SE CONFIGUROU O DIREITO À SUA UTILIZAÇÃO. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente, em que se verificar a entrada da mercadoria ou o direito à utilização do crédito. A escrituração do crédito fora do prazo estabelecido na legislação requer autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2021, exige crédito tributário no valor de R\$7.109.435,09, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade:

Infração 01 – 01.02.73 – “Escriutou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de 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”.

Consta ainda a seguinte descrição dos fatos:

Crédito extemporâneo lançado indevidamente na conta corrente (ajustes da apuração) sem que a empresa tenha apresentado a devida autorização do titular da repartição fazendária da sua circunscrição para a utilização dos mesmos conforme determina mandamentos dos Art. 314 e 315 do RICMS/BA.

O contribuinte solicitou utilização de crédito fiscal extemporâneo no valor de R\$7.109.435,09, através do processo 018306/2020-4 protocolado na SEFAZ em 10/02/2020. Utilizou o referido crédito em junho/2020, através de lançamento em ajustes de apuração. O referido processo foi apreciado em 22/12/2020 e teve parecer NEGANDO a utilização do crédito. Portanto, o estorno do crédito deveria ter sido realizado conforme determina § 2º do Art. 315 do RICMS/BA. Intimado a apresentar comprovação do estorno de crédito não o fez, limitando-se a dizer que como não foram proferidas decisões no prazo de 90 dias se aproveitou dos créditos.

Data de Ocorrência: 30/06/2020

Enquadramento Legal: art. 31, parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.014/96 C/C artigos 314 e 315, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Multa prevista no inciso VII, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 30/06/21 (DTE à fl. 23), e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 27/08/21, peça processual que se encontra anexada às fls. 27 a 38. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumentos de substabelecimento e procuração, constantes nos Autos às fls. 46/49 e 52/55.

A Impugnante inicia sua peça defensiva abordando a tempestividade da mesma, além de fazer um breve resumo sobre a acusação fiscal.

Preliminarmente, argui a nulidade da autuação, alegando vício de motivação e que foi baseado em mera presunção.

Entende que não tendo sido proferida decisão quanto aos seus pedidos de ressarcimento de ICMS-ST, teria direito ao aproveitamento dos créditos fiscais.

Considera que não violou os artigos 314 e 315 do RICMS/BA, dizendo que o dispositivo legal que justifica o creditamento realizado, na situação, é o art. 300 do RICMS/BA, o qual argumenta ter obedecido.

Aduz que se o Estado da Bahia diverge da interpretação da legislação feita pelo autuado, deveria aplicar a multa regulamentar prevista na lei, em vez de glosar os créditos aproveitados sem uma efetiva fiscalização quanto à sua validade.

Entende que ao exigir ICMS, multa e juros em razão da glosa dos créditos, sob a justificativa de descumprimento dos artigos 314 e 315 do RICMS/BA, o Auto de Infração incorre em claro vício de motivação, violando o art. 142 do CTN e o art. 39 do RPAF.

Sob outra perspectiva, assinala que ao glosar os créditos sem fazer uma análise prévia quanto à sua procedência, a Fiscalização baseou-se na presunção indevida de que a impugnante não teria direito legítimo aos mesmos.

Reclama que embora tenha explicado a origem dos créditos aproveitados durante a fiscalização, os seus esclarecimentos foram completamente desconsiderados, dando início a esse contencioso fiscal. Pontua que nos termos do artigo 142 do CTN, o lançamento deve ser precedido de fiscalização.

Expõe que a lavratura de Auto de Infração pautado em meras presunções acaba por desconsiderar o próprio princípio da legalidade e, o seu corolário, o princípio da verdade material, segundo qual cabe ao Fisco investigar e trazer prova cabal da ocorrência dos fatos que a lei reputa geradores da obrigação tributária.

Ressalta que, em casos análogos, a Secretaria da Fazenda da Bahia decidiu pela impossibilidade de autuação pela falta de análise minuciosa da documentação contábil do contribuinte, transcrevendo parte da Ementa e do Voto relativo ao A.I. nº 232109.3002/16-8.

Em preliminar, alega, ainda, ausência de descrição clara e precisa da imputação fiscal.

No mérito, relata que ao adquirir aparelhos celulares e cartões inteligentes de outras Unidades da Federação, por força do item 13.2, CEST 21.053.01, NCM/SH 8517.12.31 e do item 13.4, CEST 21.064.00, NCM/SH 8523.52, do Anexo I do RICMS, recolheu por antecipação o ICMS próprio e o ICMS-ST relativos às operações internas subsequentes presumidas.

Explica que em algumas hipóteses, remete os aparelhos celulares e cartões inteligentes para outros Estados ou os incorpora ao seu ativo imobilizado para posteriormente cedê-los aos seus clientes em comodato. Acrescenta que nestas hipóteses, as saídas internas presumidas para as quais o imposto foi recolhido antecipadamente não se materializam, de modo que a impugnante passa a ter o direito de se ressarcir do ICMS próprio e do ICMS-ST recolhidos por antecipação ao Estado da Bahia.

Aduz que fez o que lhe permite a legislação tributária: para o ICMS-ST recolhido antecipadamente cujos fatos geradores presumidos não ocorreram, apresentou pedidos de ressarcimento às Autoridades Fiscais Estaduais.

Ressalta que realizou o pedido de ressarcimento, protocolado sob o nº 018306/2020-4, mas que a Sefaz/BA demorou mais de 180 dias para responder tal pedido. Alegando ter seguido o estabelecido no artigo 315, § 1º, do RICMS/BA, se ressarcia dos valores que afirma possuir direito.

Enfatiza que a substituição tributária é uma presunção legal e quem nem sempre os fatos geradores presumidos pela lei se concretizam no mundo dos fatos, e que a própria CF estabelece que, nestes casos, o contribuinte tenha assegurado o seu direito à imediata e preferencial restituição da quantia paga.

Pontua que no caso do ICMS, o art. 10 da LC 87/96 e o art. 300 do RICMS/BA também garantem, no

âmbito infraconstitucional, o direito do contribuinte substituto à restituição do imposto pago por antecipação cujo fato gerador presumido não se realizar.

Nesse sentido, menciona que ao analisar a possibilidade de os contribuintes recuperarem o ICMS-ST recolhido a maior nas hipóteses em que a base de cálculo presumida supera o valor efetivo da operação de venda, o STF concluiu, em repercussão geral, no julgamento do RE 593.849 e das ADINs 2.675 e 2.777, que o art. 150, § 7º da CF é aplicável a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretiza empiricamente da forma como antecipadamente tributado.

Enfatizando não restarem dúvidas acerca da regularidade do crédito pleiteado, requer a baixa dos autos em diligência para que possa apresentar a volumosa documentação necessária às autoridades fiscais estaduais (planilhas, notas fiscais de entrada, comprovantes de recolhimento do ICMS e documentos comprobatórios da não ocorrência das saídas internas presumidas).

Lembrando que o processo administrativo tributário busca a verdade material, ratifica a realização de diligência para permitir ser comprovada a origem, validade e legitimidade dos créditos aproveitados.

Em seguida passa a tecer considerações sobre a multa aplicada, por entender que a mesma é abusiva, de caráter arrecadatório e confiscatório.

Visando amparar seu entendimento, cita o artigo 30 do CTN, o artigo 150, inciso IV, da CF/88, bem como decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 523.471/MG.

Ao final requer:

- i) que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração;
- ii) que caso assim não se entenda, no mérito seja cancelada a exigência fiscal
- iii) subsidiariamente, caso esse não seja o entendimento adotado, que a exigência fiscal seja parcialmente cancelada com o afastamento ou redução da multa;
- iv) que lhe seja assegurada a produção de provas por todos os meios em direito admitidos, em especial pela realização de perícia, diligências e juntada de novos documentos;
- v) que todas as intimações/publicações sejam feitas, de forma pessoal aos patronos da Requerente, RODRIGO CORRÊA MARTONE, inscrito na OAB/SP sob o nº 206.989, e-mail rmartone@pn.com.br e HELOISA DE SANTOS VALENTE, inscrita na OAB/SP nº 452.140, e-mail hvalente@pn.com.br, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Hungria, nº 1.100, Jardim Europa, CEP 01455-906, sob pena de nulidade.

Os autuante prestam informação fiscal, às fls. 127/128, assinalando que o autuado não adicionou nenhuma informação na sua defesa que pudesse comprovar que ele obteve autorização do titular da repartição fazendária de sua circunscrição para escrituração do crédito extemporâneo.

Transcrevem o art. 314 e 315, do RICMS/BA, asseverando que os mesmos condicionam a utilização do crédito a uma autorização prévia.

Ressaltam que o contribuinte apresentou pedido de restituição em 10/02/2020, que o pedido foi analisado pela fiscalização, tendo parecer contrário à concessão do crédito fiscal, e que a ciência deste parecer pelo contribuinte ocorreu em 03/02/2021, conforme documento à fl. 17.

Ratificam que, conforme determina legislação no § 2º, do art. 314, do RICMS/2012, o autuado deveria ter realizado o estorno do crédito no próprio mês de fevereiro/2021.

Dizem que toda a argumentação defensiva relativa ao mérito da questão não se sustenta, pois, o pedido de crédito foi formalizado, analisado pela fiscalização e teve a concessão NEGADA.

Com relação ao questionamento sobre a multa lançada, esclarecem que a fiscalização seguiu determinação da Lei 7.014/96, por exação da sua atividade vinculada.

Ao final, mantem a ação fiscal, esperando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observo que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, e a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, exercendo de forma plena o seu direito de defesa, se reportando aos elementos que embasaram a fiscalização, bem como os demais aspectos que possibilitaram a instalação do contencioso.

Logo, diante do fato de terem sido observados os princípios do Processo Administrativo Fiscal, os respeitando, inexistente a alegada violação aos mesmos, sendo atendidos o da ampla defesa e o do contencioso, além do princípio da legalidade, bem como obedecidos os procedimentos regulamentares e normativos, tornando o feito isento de qualquer mácula que o contamine com nulidade, o que leva ao não acolhimento de tais argumentos.

Vale ainda mencionar, no que diz respeito ao pedido para todas as intimações/publicações sejam feitas, de forma pessoal aos patronos da Requerente, RODRIGO CORRÊA MARTONE, inscrito na OAB/SP sob o nº 206.989, e-mail rmartone@pn.com.br e HELOISA DE SANTOS VALENTE, inscrita na OAB/SP nº 452.140, e-mail hvalente@pn.com.br, todos com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Hungria, nº 1.100, Jardim Europa, CEP 01455-906, que embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado. No entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, desde que as intimações ao autuado acerca do processo sejam realizadas em conformidade com o disposto no art. 108 do RPAF-BA/99.

Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, fica indeferido, tendo em vista que os dados constantes nos autos são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

No mérito, o Auto de Infração acusa o sujeito passivo de ter escriturado crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito a utilização do crédito. Mas especificamente, por ter lançado indevidamente crédito extemporâneo na conta corrente (ajustes da apuração) sem que a empresa tenha apresentado a devida autorização do titular da repartição fazendária da sua circunscrição para a utilização dos mesmos conforme determina mandamentos dos artigos 314 e 315 do RICMS/BA.

Vale ainda destacar, que na descrição da infração também é informado ao contribuinte que o estorno do crédito deveria ter sido realizado conforme determina § 2º do Art. 315 do RICMS/BA.

Em sede de defesa, o autuado refutou a autuação dizendo que realizou o pedido de ressarcimento, protocolado sob o nº 018306/2020-4, mas que a Sefaz/BA demorou mais de 180 dias para responder tal pedido. Alegando ter seguido o estabelecido no artigo 315, § 1º, do RICMS/BA, entende que se

ressarcir dos valores que possui direito.

Sustentando a plena regularidade material do creditamento efetuado, considera indevida a cobrança do imposto acrescido da multa como se observa neste PAF.

Compulsando os elementos que compõem o presente processo verifico que, de fato, o Autuado apropriou-se de créditos fiscais de forma extemporânea, referentes ao período de outubro de 2016 a junho de 2019.

Sobre a matéria, assim dispõe os artigos 314 e 315 do RICMS/2012, *in verbis*:

Art. 314. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar:

I - a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade;

II - o direito à utilização do crédito.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

Efetivamente o contribuinte solicitou a utilização de crédito fiscal extemporâneo no valor de R\$7.109.435,09, através do processo 018306/2020-4 (fls. 12 a 16) protocolado na SEFAZ em 10/02/2020, e utilizou o referido crédito em junho/2020, através de lançamento em ajustes de apuração, considerando ter ultrapassado o prazo de 180 dias para que a SEFAZ se manifestasse a respeito.

Entretanto, embora o referido processo somente tenha sido apreciado em 22/12/2020 (parecer intermediário) e em 19/01/2021 (parecer final), a utilização do crédito foi NEGADA, conforme comunicação ao contribuinte e ciência do mesmo em 03/02/21 (fl. 17).

Destarte, o estorno do crédito deveria ter sido realizado, conforme determina § 2º do art. 315 do RICMS/BA, acima transcrito.

Registro que o autuado foi intimado em 22/03/2021 (fl. 08) a apresentar comprovação do estorno do crédito em lide, porém não o fez.

Verifico, ainda, que a acusação fiscal não põe em dúvida a legitimidade do direito da utilização dos créditos fiscais pelo sujeito passivo, todavia, os dispositivos regulamentares que regem o lançamento de crédito fiscal determinam que os créditos, mesmo legítimos, se não lançados no próprio mês, ou no mês subsequente, não podem ser lançados ao talante do contribuinte, eis que, para serem utilizados devem se submeter ao regimento estabelecido.

Portanto, ao ter sido indeferida a utilização do crédito ora guerreado, o mesmo passou a ser indevido e deveria ter sido estornado pelo contribuinte no mês da respectiva notificação, o que não foi feito, restando caracterizada a sua indevida utilização de forma extemporânea.

Ressalto, ainda, que a exigência de autorização prévia do fisco para aproveitamento de créditos fiscais que não foram escriturados nos termos do art. 314 do RICMS não tem o objetivo de inviabilizar o direito à sua apropriação, mas de evitar surpresas no equilíbrio fiscal do Estado em razão da demora do contribuinte em cumprir os prazos estabelecidos na legislação.

Por fim, quanto à arguição de que a multa teria caráter confiscatório, ressalto que a mesma é definida em Lei, sendo que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0004/21-0**, lavrado contra a **TELEFONICA BRASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.109.435,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR