

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0004/21-0
RECORRENTE - TELEFÔNICA BRASIL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0184-01-21-VD
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0080-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESCRITURAÇÃO FORA DO PERÍODO EM QUE SE CONFIGUROU O DIREITO À SUA UTILIZAÇÃO. A escrituração do crédito deve ser efetuada no próprio período ou no mês subsequente àquele em que se configurar a entrada ou o direito à sua utilização. Tal escrituração fora do período estatuído na legislação depende de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do sujeito passivo. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência ou perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª JF nº 0184-01/21-VD, que considerou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 28/06/2021 para formalizar a constituição de crédito tributário no montante de R\$7.109.435,09, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação assim discriminada na instância de origem, *in verbis*:

“Infração 01 – 01.02.73 – Escreveu 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 do mesmo, conforme determinam os mandamentos dos arts. 314/315 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 o § 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 [180] dias, se aproveitou dos créditos.

Data de ocorrência: 30/06/2020”.

A JF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide no dia 27/10/2021 e decidiu pela Procedência por unanimidade, nos termos a seguir aduzidos (fls. 134 a 139).

“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,

inexiste 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, RÓDRIGO 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 regramento 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”.

Respalado no art. 169, I, “b” do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 149 a 163, no qual inicia fornecendo endereço para correspondências processuais.

Após aduzir a tempestividade da peça, assinala que o valor objeto da contenda diz respeito a fatos ocorridos entre outubro de 2016 e junho de 2019.

É que, de acordo com o art. 289 e Anexo 1, item 13 do RICMS/BA, nas aquisições de aparelhos celulares e cartões inteligentes (*sim cards*) em outras unidades da Federação, deve recolher o imposto incidente por substituição tributária sobre as saídas internas presumidas, na qualidade de contribuinte substituto.

Ocorre que, em algumas situações, incorpora tais bens ao seu ativo imobilizado para posteriormente cedê-los a título de comodato aos clientes ou os remete para outros estados, hipóteses em que as saídas internas presumidas não se configuram.

Para se ressarcir dos valores pagos a título de ICMS-ST, fundamentado nos arts. 299, I; 301, I e 302, I do RICMS/BA, apresentou o “*pedido de ressarcimento*” de que trata o Processo nº 018306/2020-4.

Como prevê o art. 315, § 1º do citado Regulamento, tendo decorrido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias sem pronunciamento da Sefaz, utilizou a quantia ora discutida (sob condição resolutória de posterior homologação).

Assim, entende que: (i) o Auto de Infração é nulo, por vício de motivação, baseado em mera presunção humana da ocorrência do fato gerador, bem como por ausência das descrições necessárias para se determinar, com clareza, a infração e o infrator; e que (ii) no mérito, não merece prosperar, já que os créditos são legitimamente seus.

Quanto à substância da matéria em debate, a JJF teria decidido acolher o Auto de Infração porque o recorrente lançou o valor de maneira extemporânea, em violação aos arts. 314 e 315 do RICMS/BA, o que, no seu entendimento, configura mero descumprimento de obrigação acessória.

Tal violação, segundo afirma, não ocorreu, pois agiu em consonância com o art. 300 do mesmo Regulamento.

Caso as autoridades fiscais tivessem efetivamente analisado a documentação apresentada antes

do contencioso, a autuação não teria incorrido na nulidade apontada, uma vez que os créditos aproveitados são legítimos. A seu ver, não se aplicam, no caso concreto, as disposições dos arts. 314/315 do RICMS/BA, mas sim aquela do art. 300 do mesmo Diploma Regulamentar, segundo o qual:

“Art. 300. O contribuinte que tiver recebido mercadoria com retenção ou antecipação do imposto poderá, mediante lançamento no Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos”, com a expressão “Ressarcimento - substituição tributária”, creditar-se:

I - da parcela do imposto retido ou antecipado, correspondente à operação de saída subsequente da mesma mercadoria que vier a realizar com isenção ou amparada por não-incidência;

II - da diferença a mais, se houver, entre o valor do imposto retido ou antecipado com aplicação do percentual da margem de valor adicionado (MVA) e o valor efetivamente devido a título de diferença de alíquotas, na aquisição interestadual de mercadoria ou bem para uso, consumo ou ativo imobilizado”.

Reitera o pedido de diligência ou perícia e diz que o documento nº 06 da Defesa, que se refere ao pedido do Processo nº 018306/2020-4, sequer foi analisado pelos julgadores. Caso a citada análise tivesse ocorrido, teria restado demonstrada a legitimidade do direito ao crédito e a ausência de qualquer prejuízo ao Erário.

Argumenta que a multa é abusiva, motivo pelo qual pleiteia redução ou cancelamento, protesta pela produção de provas e encerra requerendo o provimento do apelo.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de fiscalização e da Decisão recorrida, que enfrentou todas as alegações apresentadas na Defesa. Os auditores e os julgadores da JJF expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados no Recurso Voluntário.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência ou perícia, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, cumpre inicialmente registrar que o recorrente ingressou com o Processo nº 018306/2020-4, requerendo “*restituição de ICMS*” (fls. 15/16) com fulcro em elementos de fato completamente distintos daqueles aduzidos no presente Recurso.

Naquela oportunidade, tendo em vista a Decisão proferida pelo STF em sede do Recurso Extraordinário nº 593.849, de 19/10/2016, pleiteou a devolução de R\$7.109.435,09 de ICMS-ST, sob a alegação de que vendera internamente (no território do Estado da Bahia) com bases de cálculo inferiores às que serviram para a apuração da substituição tributária.

Como não apresentou documentos conclusivos acerca de tal alegação, foi intimado para fazê-lo, o que não ocorreu, situação da qual resultou o indeferimento do pedido (Parecer Final de fls. 15/16).

Além das dissonâncias entre os argumentos do Recurso e do pedido protocolizado sob o nº 018306/2020-4, observa-se nos autos que este último foi apresentado na SEFAZ em 10/02/2020. A utilização do crédito se deu em junho/2020. Antes, portanto, do prazo de 180 dias previsto no art. 315, § 1º do RICMS/BA.

Ademais, ao tomar conhecimento do indeferimento, o que ocorreu no dia 03/02/2021 (documento de fl. 17), o contribuinte deveria ter observado o que dispõe o art. 315, § 2º do RICMS/BA, mas não o fez.

“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”.

Quanto às sustentações de mérito recursais, de que em algumas saídas, relacionadas com as entradas objeto do crédito glosado, incorpora os aparelhos celulares e os cartões *sim card* ao seu ativo imobilizado, para posteriormente cedê-los a título de comodato aos clientes, ou os remete para outros estados, hipóteses em que as saídas internas presumidas não se configuram, afora o fato de serem diferentes daquelas apresentadas na Administração Tributária, mostram-se igualmente destituídas de suporte documental.

A escrituração do crédito deve ser efetuada no próprio período ou no mês subsequente àquele em que se configurar a entrada ou o direito à sua utilização. Tal escrituração fora do período estatuído na legislação depende de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do sujeito passivo.

Relativamente à multa, este não é o foro com competência para decidir acerca de suposta abusividade, nos termos do art. 167, I e III do RPAF/99.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”.

Com referência ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expreso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269135.0004/21-0**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$ 7.109.435,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS