

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0013/20-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TIM S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0187-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/05/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0117-12/22-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. ELEMENTOS CONDIZENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVO JULGAMENTO. Na análise dos autos, verifica-se que os demonstrativos elaborados que serviram de base para o lançamento acostado aos autos no CD mídia de fl.06, especialmente a planilha denominada “Anexo 01”, dizem respeito ao “RESSARCIMENTO DE ICMS ST” creditado pelo contribuinte, destacado nas referidas notas fiscais de saídas emitidas a título de transposição de estoque e saídas interestaduais. O entendimento expresso do colegiado de piso não observou os demonstrativos que dizem respeito a RESSARCIMENTO DE ICMS ST, que valida a legalidade da autuação. Diante de tais considerações, conclui pelo retorno dos autos à Primeira Instância para novo exame. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado (art. 169, I, “a” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Nulo o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 16/09/2020, exige ICMS no valor de R\$ 224.799,78, em razão em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 01.02.42 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Em complemento consta a seguinte informação: “A TIM Celular Bahia, Inscr. Estadual 63.398.400, utilizou em seu livro de apuração do ICMS diversos créditos fiscais referentes a Ressarcimento de ICMS Subst. Tributária sobre operações de transposição de estoque e sobre operações interestaduais de devolução, nos meses de janeiro/2018 a novembro/2018.

A Fiscalização elaborou a Intimação fiscal 04/2020 solicitando a empresa a apresentação da composição dos créditos fiscais, seus cálculos, relação das notas fiscais de saída e entrada dos produtos que deram suporte legal ao crédito fiscal utilizado.

A autuada atende a intimação fiscal 04/2020 apresentando uma planilha em Excel, onde demonstra os cálculos da apuração de restituição e a relação das notas fiscais de entrada e saída relacionadas com os créditos fiscais utilizados.

Após análise desta documentação entregue pela empresa, a fiscalização verificou que a TIM Pernambuco emitiu notas fiscais de aparelhos celulares para TIM Bahia, com a finalidade de revenda, fazendo tributação da Substituição Tributária da operação.

A Tim Celular Bahia, neste mesmo dia, dava entrada dos aparelhos celulares em sua escrita fiscal. Também, neste mesmo dia, decidia que esses aparelhos não iriam mais ser utilizados para revenda e sim que parte deles seria devolvida para TIM Pernambuco, via Operações interestaduais ST e o restante seria incorporado ao seu Ativo Permanente via Operações de Transposição de Estoque (Ativação).

Em virtude destas operações inusitadas e tecnicamente inviáveis, a fiscalização elaborou intimação fiscal 22/2020 para empresa esclarecer como seria possível que todos esses aparelhos celulares pudessem ter saído da TIM Pernambuco e dado entrada na TIM Salvador/Bahia, no mesmo dia, de forma instantânea e também, neste mesmo dia serem enviada novamente para Pernambuco via Operações interestaduais de devolução ou terem sido imediatamente transferidos para seu ativo permanente.

Nesta intimação fiscal 22/2020 a fiscalização também solicita a apresentação de todos os conhecimentos de transporte para verificação do efetivo ingresso dos produtos no estabelecimento da TM Bahia, referente as notas fiscais de entrada utilizadas para amparar os créditos fiscais ressarcidos da subst. tributária. A empresa responde a intimação fiscal informando que para evitar erro no processo de transferência de mercadorias para os Estados a operação é feita com emissão de notas fiscais e os respectivos registros nos Livros Fiscais, de forma simultânea, desde baixa da mercadoria do ativo em PE, até a entrada da nota fiscal na Bahia. Isso explica o motivo pelo qual a mercadoria sai de Pernambuco e entra em Salvador no mesmo dia”.

A empresa apresenta também arquivo magnético com as imagens dos conhecimentos de transporte solicitados na intimação feita pela fiscalização.

Tendo em vista a resposta apresentada pelo contribuinte, referente a intimação 22/2020, tecemos as seguintes considerações:

O procedimento da escrituração simultânea adotada entre a TIM Pernambuco e a TIM Bahia, para registro fiscal das notas fiscais de saída/entrada se mostra totalmente irregular e não encontra nenhum amparo legal em nossa legislação de ICMS.

Este procedimento contraria frontalmente a legislação tributária do estado da Bahia no seu RICMS/BA, DECRETO 13.780 DE 16 DE MARÇO DE 2012, no Artigo 217, inciso I, II e III, §3º, inciso I.

Como observamos a mercadoria somente pode ser registrada na escrita fiscal da empresa, após o seu efetivo ingresso no estabelecimento.

Portanto antes do efetivo ingresso e do registro fiscal no estabelecimento, nenhuma mercadoria pode dar amparo legal a operações fiscais, muito menos dar sustentação legal a restituição de substituição tributária.

A conduta temerária da empresa efetuar registros simultâneos de operações interestaduais entre a TIM Pernambuco e a TIM Bahia se mostra completamente irregular, ilegal e incompatível com a legislação tributária do Estado da Bahia.

O Fisco de posse destes conhecimentos de transporte identificou, em 100% dos casos, que as mercadorias foram efetivamente recebidas pela empresa em data posterior ao seu registro na sua escrita fiscal. Vide Anexos 1 e 1ª.

As notas fiscais de entradas utilizadas para fins de ressarcimento de ICMS ST se mostram irregulares e não podem dar amparo legal ao ressarcimento do ICMS”.

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 23 a 27, que discorre argumentos sobre ST destacando que: “(i) os créditos sobre operações de transposição de estoque e sobre operações Interestaduais de devolução além de serem líquidos e certos, foram aproveitados em estrita observância à legislação tributária, não havendo que se falar em qualquer irregularidade cometida e (ii) a multa aplicada é totalmente abusiva e possuir nítido caráter confiscatório, sendo indevida a aplicação de qualquer penalidade, devendo ser integralmente cancelada a cobrança dos débitos objeto do presente Auto de Infração”.

Questiona os aspectos formais do aproveitamento extemporâneo de crédito ICMS-ST sobre Transposição de Estoque e Operações Interestaduais de janeiro/2018 a novembro/2018, esclarecendo que todos os requisitos previstos na legislação para o aproveitamento extemporâneo dos créditos glosados foram devidamente cumpridos. Esclarece que no recebimento da mercadoria pela filial TIM Bahia era dada entrada dos produtos na escrituração fiscal e a mercadoria era incorporada ao Ativo Permanente, via Operações de Transposição de Estoque, na medida e que a parcela das mercadorias que não fosse utilizada para revenda, era devolvida para a filial TIM Pernambuco, via Operações Interestaduais ST. Pontua que os registros de entrada e saída das mercadorias, bem como a devolução das mesmas para a Filial de origem e Ativo Permanente, sendo emitida notas fiscais de aparelhos celulares com a finalidade de revenda, realizando normalmente a tributação do ICMS ST da operação.

Asseverou que para o ajuste e controle de estoque, centralizou seu estoque de mercadoria no Estado de Pernambuco, para se evitar erro no processo de transferência de mercadoria para os Estados, a operação é feita com emissões de notas fiscais e os respectivos registros nos Livros fiscais de forma simultânea, desde baixa da mercadoria do ativo em Pernambuco, até a entrada da nota fiscal na Bahia. Destaca que arcou com o ônus do pagamento do ICMS-ST, na qualidade de contribuinte substituído, entretanto, apesar de ter adquirido as mercadorias com o intuito de revendê-las no Estado de Bahia, essas foram enviadas, posteriormente, do estoque para integrar o

ativo da companhia (operação de transposição de estoque) ou Operações Interestaduais. Além das saídas a título de revenda, informa que realiza com seus clientes operações de aluguel e comodato de seus produtos, uma vez que o comodato pressupõe a aquisição de ativo, esse não está sujeito ao regime de ST, que só alcança os produtos destinados à comercialização e, por essa razão, não enseja no pagamento do ICMS-ST. Requereu a conversão do feito em diligência, em atenção ao princípio da verdade material. Trouxe razões sobre o não cabimento da multa aplicada.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 70 a 74. Informa que o procedimento de escrituração simultânea adotado entre a TIM Pernambuco e a TIM Bahia, para registro fiscal das notas fiscais de saída/entrada se mostra totalmente irregular e não encontra nenhum amparo legal em nossa legislação de ICMS, que contraria o RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012 no artigo 217, Inciso I, II e III, § 3º, Inciso I, sendo que antes do efetivo ingresso e do registro fiscal no estabelecimento, nenhuma mercadoria pode dar amparo legal a operações fiscais, muito menos dar sustentação legal a restituição de ST. Disse que verificou as notas fiscais de entrada utilizadas para o ressarcimento do ICMS ST, pois possuem datas de emissão posteriores as notas fiscais de saída das respectivas operações de transposição do estoque, sendo, portanto, inválidas para suportar tais transferências.

Pontuou que analisou os conhecimentos de transporte entregues pela empresa e identificou que em 100% dos casos, as mercadorias foram efetivamente recebidas pela empresa em data posterior ao seu registro na sua escrita fiscal, de acordo com “Anexo 01” apenso ao PAF. Destacou que a defesa não contestou o levantamento elaborado pelo fisco. Portanto, sustenta que as notas fiscais de entrada utilizadas para fins de ressarcimento de ICMS ST, se mostram irregulares e não podem dar amparo legal ao ressarcimento do ICMS, pois não possuem documentado fiscal suporte ou comprobatória, caracterizando de forma clara a falta de comprovação da origem dos respectivos produtos.

Questionou que as mercadorias transferidas não tinham ingressado no seu estoque, como estas poderiam dar suporte legal para as transferências realizadas, e ainda por cima amparar o direito a restituição de ICMS ST. Entende não ser razoável, o entendimento utilizado de aproveitar notas fiscais de entrada registradas em sua escrita fiscal em momentos posteriores as respectivas notas fiscais de saída, para dar suporte legal as suas operações de restituição de ICMS sobre substituição tributária. Afirmou que a comprovação da existência física dos produtos no estoque é imprescindível para dar sustentação legal a operação de transferência e ressarcimento do ICMS ST. Pede pela manutenção da autuação. A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo, são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso, apesar de não ter sido arguido pelo autuado, verifico que o Auto de Infração apresenta uma contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, como a seguir demonstrado:

A acusação tributária encontra-se posta da seguinte forma: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.”.

De acordo com os documentos acostados aos autos e informações inseridas no Auto de Infração, no campo “Descrição dos Fatos”, constato que a exigência recai sobre: “as notas fiscais de entradas utilizadas para fins de ressarcimento de ICMS ST”.

Por outro lado, verifico que os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, acostados aos autos, no CD de fl.06, especialmente a planilha denominada “Anexo 01”, constato que os valores objeto da glosa, em verdade, dizem respeito ao “ICMS PRÓPRIO” creditado pelo contribuinte, destacado nas referidas notas fiscais de saídas emitidas a título de transposição de estoque ou saídas interestaduais, conforme se pode observar no referido demonstrativo, na coluna “Cobrança Fisco - ICMS PRÓPRIO creditado”. Portanto, não se trata de ressarcimento de ICMS - ST, como inserido no Auto de

Infração, na descrição dos fatos.

Logo, em que pese o fato da empresa autuada não ter se apercebido de tal falha, sequer ter suscitado a mesma em sua peça defensiva, esta autuação não pode prosperar, pois a acusação descrita no auto de infração não está de acordo com os cálculos demonstrados nos papéis de trabalho, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte.

Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, razão pela qual, decreto, de ofício, nos termos do artigo 20 do RPAF/99, a nulidade do Auto de Infração, com fundamento nas disposições dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, e 39, inciso III do RPAF/99, ficando prejudicada qualquer apreciação defensiva.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, devido a desoneração estabelecida pelo RPAF/99.

Registro a presença do autuante que lavrou o PAF ora discutido, Sr. Ricardo Rodeiro Macedo Aguiar, que efetuou a sustentação oral.

É o relatório.

VOTO

Observa-se que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0187-12/22-VD), desonerou o sujeito passivo reduzindo em sua integridade o crédito tributário lançado de R\$ 393.932,55, em valores atualizados à data do julgamento, fls.100, fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, verifico que a desoneração decorreu em razão do entendimento do julgador de piso, de que o objeto da glosa pela fiscalização diz respeito ao ICMS PRÓPRIO E NÃO RESSARCIMENTO ICMS-ST, conforme demonstrado em parte da decisão de piso abaixo transcrito:

“A acusação tributária encontra-se posta da seguinte forma: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.”.

De acordo com os documentos acostados aos autos e informações inseridas no Auto de Infração, no campo “Descrição dos Fatos”, constato que a exigência recai sobre: “as notas fiscais de entradas utilizadas para fins de ressarcimento de ICMS ST”.

Por outro lado, verifico que os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, acostados aos autos, no CD de fl.06, especialmente a planilha denominada “Anexo 01”, constato que os valores objeto da glosa, em verdade, dizem respeito ao “ICMS PRÓPRIO” creditado pelo contribuinte, destacado nas referidas notas fiscais de saídas emitidas a título de transposição de estoque ou saídas interestaduais, conforme se pode observar no referido demonstrativo, na coluna “Cobrança Fisco - ICMS PRÓPRIO creditado”. Portanto, não se trata de ressarcimento de ICMS - ST, como inserido no Auto de Infração, na descrição dos fatos.

Logo, em que pese o fato da empresa autuada não ter se apercebido de tal falha, sequer ter suscitado a mesma em sua peça defensiva, esta autuação não pode prosperar, pois a acusação descrita no auto de infração não está de acordo com os cálculos demonstrados nos papéis de trabalho, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte.

Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, razão pela qual, decreto, de ofício, nos termos do artigo 20 do RPAF/99, a nulidade do Auto de Infração, com fundamento nas disposições dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, e 39, inciso III do RPAF/99, ficando prejudicada qualquer apreciação defensiva.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

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

Na análise dos autos, verifico que os demonstrativos elaborados que serviram de base para o lançamento acostado aos autos no CD mídia de fl.06, especialmente a planilha denominada “Anexo 01”, dizem respeito ao “RESSARCIMENTO DE ICMS ST” creditado pelo contribuinte,

destacado nas referidas notas fiscais de saídas emitidas a título de transposição de estoque e saídas interestaduais.

Para um melhor entendimento, transcrevo abaixo parte do demonstrativo do autuante, no que se refere ao mês 01/2018, para Operações Interestaduais e Transposição de Estoque, sob CD média fls. 06:

AD	AE	AF	AG	AH	AI	AJ	AK
ICMS PRÓPRIO A RECUPERAR				ICMS ST A RECUPERAR			
Base de Cálculo	Alíquota Operação PP	ICMS Próprio a Recuperar		IPI	MVA (margem valor agregado)	Base de Cálculo ICMS ST	ICMS ST
673,04	12	80,77		-	17%	787,32	60,96
673,04	12	80,77		-	17%	787,32	60,96
673,06	12	80,77		-	17%	787,34	60,96
673,06	12	80,77		-	17%	787,34	60,96
754,74	12	90,57		-	17%	882,89	68,35
746,49	12	89,58		-	17%	873,24	67,61
917,76	12	110,13		-	17%	1.073,60	83,12
917,76	12	110,13		-	17%	1.073,60	83,12
2.673,80	4	106,95		-	28%	3.412,04	507,21
2.673,80	4	106,95		-	28%	3.412,04	507,21
2.673,80	4	106,95		-	28%	3.412,04	507,21
894,65	12	107,36		-	17%	1.046,56	81,02
4.704,73	4	188,19		-	28%	6.003,71	892,48

TOTAL 104.660,07

AD	AE	AF	AG	AH	AI	AJ	AK
ICMS PRÓPRIO A RECUPERAR				ICMS ST A RECUPERAR			
Base de Cálculo	Alíquota Operação PP	ICMS Próprio a Recuperar		IPI	MVA (margem valor agregado)	Base de Cálculo ICMS ST	ICMS ST
640,68	12	76,88		0	0,1698	749,47	58,02
475,59	12	57,07		0	0,1698	556,35	43,08
478,40	12	57,41		0	0,1698	559,63	43,34
1.630,59	12	195,67		0	0,1698	1.907,46	147,68
2.311,97	12	277,44		0	0,1698	2.704,54	209,39
2.553,72	12	306,45		0	0,1698	2.987,34	231,29
2.931,24	4	117,25		0	0,1698	3.740,55	556,06
639,83	4	25,59		0	0,1698	816,49	121,38
629,02	12	75,48		0	0,1698	735,83	56,98
471,34	12	56,56		0	0,1698	551,37	42,70
746,49	12	89,58		0	0,1698	873,24	67,62
2.872,63	4	114,91		0	0,2761	3.665,76	544,94

TOTAL 10.697,93

Data vênua, discordo do entendimento expresso no Acórdão recorrido, uma vez que nos autos do processo não foi observado pelo nobre julgador de piso, os demonstrativos que dizem respeito a RESSARCIMENTO DE ICMS ST, que valida a legalidade da autuação.

Diante de tais considerações, concluo pelo retorno dos autos à Primeira Instância para novo exame.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e declarar **NULA** a Decisão recorrida, referente ao Auto de Infração nº 281081.0013/20-6, lavrado contra TIM S.A., devendo os autos retornarem à Primeira Instância para novo exame e julgamento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS