

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0001/20-8
RECORRENTE - TIM S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão 2ª JJF nº 0247-02/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0172-12/22-VD

EMENTA: ICMS. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO ICMS. Lançamento efetuado a crédito, mediante estorno de débito, para compensar débito fiscal tido como indevido, constante em documentos fiscais emitidos. Procedimento adotado pelo contribuinte não possui respaldo legal. Razões recursais incapazes à reforma do Acórdão. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte, referente ao presente Auto de Infração, lavrado em 22/01/2020, exigindo ICMS no valor de R\$ 1.010.076,44, mais multa de 60%, inerente aos meses de janeiro e julho de 2018, sob a acusação de:

“Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.

A empresa TIM S/A, sucessora da TIM Celular, Inscrição Estadual 063.398.400, estornou irregularmente ICMS destacado em documento fiscal no seu livro de apuração de ICMS, nos meses de Janeiro/2018 no valor de R\$ 975.991,38 e Julho/2018 no valor de R\$ 34.085,06.

A TIM S/A, em resposta a intimação fiscal 47/2017, informou a fiscalização que ao emitir diversas notas fiscais de serviço de telecomunicação, destacou o ICMS sobre o valor total das notas fiscais emitidas aos clientes. A empresa diz que houve problemas em seu sistema de faturamento e, por erro, tributou serviços de valor agregado, que em seu entendimento, não eram tributados.

A empresa após detectar esse problema no seu sistema, decidiu utilizar o ICMS relativo ao serviço de valor agregado, destacado nas respectivas notas fiscais, na forma de créditos fiscais, diretamente em seu livro de apuração.

O regulamento de ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, no seu artigo 307, reza que o débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal. Vide abaixo:

Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

Como podemos observar, a empresa não poderia ter usado os respectivos créditos fiscais em seu livro de apuração de ICMS, visto que, trata-se de ICMS destacado em documentos fiscais.

Para restituição de ICMS destacado em documento fiscal, a empresa deve atender o que determinam os artigos 73 e 74 do RPAF/BA, aprovado pelo DECRETO nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999. O RPAF reza que:

Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.

Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;

IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.

Conforme exposto acima, fica devidamente caracterizado, que a empresa utilizou de forma irregular, os respectivos créditos fiscais referentes ao período de janeiro/2018 e Julho/2018, contrariando frontalmente a legislação tributária do ICMS no Estado da Bahia.

Logo, por terem sido registrados em sua escrita fiscal de forma não prevista na legislação, é indubidoso que, o crédito fiscal, ora em lide, é indevido.

A legislação tributária corrobora que esses créditos, não podem ser lançados ao alvedrio do contribuinte, pois para serem devidamente utilizados, devem se submeter ao regramento estabelecido nos artigos 73 e 74 do RPAF/BA, DECRETO nº 7.629/99, e também no RICMS/BA, DECRETO nº 13.780/2012, no seu artigo 307. (...)

A Decisão recorrida, após constatar que o lançamento atende ao devido processo legal e indeferir o pedido de diligência, julgou o Auto de Infração Procedente com os seguintes fundamentos de mérito:

VOTO

[...]

Esclareço ser regra geral, que eventuais irregularidades constatadas na emissão de documentos fiscais podem ser sanadas mediante cancelamento do respectivo documento, todavia, tal possibilidade somente é permitida quando o erro for percebido antes da ocorrência do fato gerador do ICMS, como, por exemplo, antes da saída das mercadorias do estabelecimento remetente, ou do início da prestação de serviço.

Em se tratando de documentos fiscais eletrônicos, o cancelamento segue regras gerais específicas, conforme se dispõe na legislação, devendo ser observado especialmente os termos do Ajuste SINIEF 07/05 que regula e disciplina tal matéria.

Eventuais erros, equívocos ou irregularidades constatadas após a ocorrência do fato gerador do ICMS, tais como diferenças no valor da operação ou prestação, diferenças de quantidades, erros de cálculo, destaque a menor de imposto, entre outros, devem ser sanadas observando-se os procedimentos específicos previstos na legislação do imposto, de acordo com o período em que for verificado o fato, conforme já explicitado anteriormente.

Cabe ao contribuinte do ICMS, constatada a divergência no documento fiscal proceder com sua regularização, caso contrário, poderá ser apenado com aplicação de multa, além do imposto acaso devido, sobre o valor da operação ou prestação, não podendo ser arguida falta de procedimentos claros para regularização de documentos fiscais, pois existem várias “ferramentas” a disposição do contribuinte, para sanar tais erros.

Ainda que seja defeso o argumento de desconhecimento da lei, o contribuinte, pelo seu porte e importância teria, pois, a obrigação de atentar e atender ao quanto disposto na legislação, sendo isto indiscutível.

Vale ressaltar que, contrariamente à colocação defensiva de ter o autuante promovido as devidas verificações e conferido todos os lançamentos realizados nos seus livros fiscais sem que houvesse qualquer controvérsia acerca da natureza das operações ali registradas, encerrando os trabalhos sem qualquer questionamento acerca da liquidez e certeza dos estornos realizados, não há qualquer notícia a tal respeito nos autos, diante da inexistência de qualquer posicionamento do mesmo em relação a isso, motivo pelo qual não posso considerar a mesma, até pela falta de outras informações necessárias, como quais seriam as notas fiscais emitidas com equívoco na tributação dos SVA, ou outros elementos.

Destaco que não está em discussão o direito de o contribuinte se utilizar, para pagamento do imposto, de créditos fiscais legalmente existentes, mas a forma de fazê-lo, inclusive através da modalidade estorno de débito, em atenção à legislação posta.

E não se trata aqui de desconsiderar os créditos fiscais alegados existirem por erros quando da emissão de documentos fiscais líquidos e certos, mas o procedimento do contribuinte em recuperá-los de forma contrária ao da legislação.

Não se tem provas nos autos de terem sido os valores indevidos lançados nas notas fiscais e cobrados dos consumidores finais, tomadores dos serviços de telefonia, abatidos ou a estes ressarcidos, ainda que em sede de sustentação oral tenha sido firmado não ter ocorrido o fato gerador na o que também concorre para a posição ora adotada.

Também é necessário de que seja provada a existência do fato. No caso presente tal prova não veio aos autos. O simples levantamento ou arguição em contrário ao da acusação não tem o condão de fazer prova do alegado. No caso específico dos autos, como dito pela autuada, se tratou de “erro sistêmico” na emissão de notas fiscais de serviços de comunicação, sendo irrelevante o fato de o usuário ou tomador do serviço se utilizar ou não do crédito de ICMS destacado no documento final.

Os fatos ditos ocorridos pela autuada não devem ter o tratamento e a correção pela via do estorno de débito, mas, sim, de pedido de restituição dentro dos prazos legais, de acordo com a disposição contida no RPAF/99, especialmente em seu artigo 73 e seguintes visto que o multicitado artigo 307 do RICMS/12, de forma e maneira expressa, estabelece que o débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado, quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

Diante do alegado descumprimento de meras questões procedimentais, o que suportaria, na ótica da autuada a improcedência do lançamento, não tenho a mesma opinião, e me posiciono diversamente, pois o que estamos a observar, não é o simples descumprimento de uma obrigação secundária e acessória, mas sim, o

descumprimento de conduta que implicou em recolhimento a menor de imposto a favor do estado da Bahia, motivo pelo qual rejeito tal argumento.

Isso diante do fato de ser a obrigação tributária principal aquela pela qual o contribuinte tem por prestação (por dever) o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (multa em dinheiro), surgindo a mesma com a ocorrência do fato gerador e se extinguindo juntamente com o crédito tributário dela decorrente, na forma do artigo 113, § 1º do CTN.

Daí a conclusão do acerto da acusação fiscal, diante de fato de que o uso de crédito fiscal em desacordo com a legislação, conforme visto, resultou em valor a menor do imposto a pagar nos períodos autuados, diante da compensação indevida de débitos fiscais.

Quanto ao Acórdão JJF 0219-03/19, mencionado na peça defensiva, esclareço ser o mesmo, tal como esta, decisão de primeiro grau, passível de reforma na instância superior, não tendo sido submetida ou apreciada pelas Câmaras do Conselho de Fazenda, ao que se consta, além do que a acusação se reporta a utilização de crédito fiscal fora do período em que se configurou o direito à sua utilização, matéria, pois, diversa da discutida nos presentes autos.

Além disso, como firmado neste voto, a decisão se submete ao livre convencimento do julgador, na forma prevista no próprio Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao RPAF/99

[...]

Voto, pois, pela procedência do lançamento.

Inconformado com a Decisão proferida o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, às fls. 228 a 266 dos autos, visando a reapreciação da Decisão e consequente reforma do Acórdão recorrido, sob as alegações de:

i) A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA DILIGÊNCIA PARA ANÁLISE DOS CRÉDITOS – PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE MATERIAL.

Defende que não somente é permitida pelo RPAF a investigação da verdade material, por meio de diligência, para que se analise o mérito da questão, como esta investigação faz parte da própria definição do referido ato processual.

Dessa forma, não deveria ter sido outra a solução da 2ª JJF senão a de que o feito retornasse à Inspetoria para que fosse feita a análise da higidez dos créditos, eis que a diligência se mostra necessária para comprovar que, de fato, parte dos créditos multiuso pré-pagos são efetivamente utilizados pelos usuários finais para a contratação de serviços diversos ao de comunicação, isto é, que inobstante a discussão acerca do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS-Comunicação, a base imponível não pode ser aquela pretendida pelo Embargado, qual seja a totalidade dos créditos adquiridos, quando este não são integralmente utilizados para remunerar a prestação de serviços de comunicação propriamente dita.

E a diligência se afigura importante, não apenas para tal comprovação, como, também, para a mensuração da base imponível, uma vez que os valores considerados pela recorrente como base de cálculo do imposto foram justamente os valores que, supostamente, não foram oferecidos à tributação.

Assim, diante da ausência de investigação dos fatos imponíveis, bem como da latente afronta aos princípios da motivação, deve ser declarada de plano, a nulidade do Acórdão recorrido para que o feito retorne à primeira instância e seja efetivamente realizada a diligência determinada pela 2ª JJF, de modo que a Inspetoria analise a legitimidade dos créditos em comento.

O imposto em discussão é totalmente indevido, tendo em vista que o crédito é totalmente legítimo e controverso.

ii) DA AUSÊNCIA DO COMETIMENTO DE INFRAÇÃO PELA RECORRENTE.

Diz que o Acórdão recorrido fundamentou a decisão pela procedência da autuação de que não se está, nos autos, discutindo-se o direito e a legitimidade dos créditos aproveitados, mas que o procedimento utilizado pela recorrente para recuperá-los é que estaria equivocado, e isso seria motivo suficiente para a glosa.

Contudo, o recorrente sustenta que não pode subsistir tal entendimento porque, no caso dos autos, as operações que deram origem aos estornos foram as prestações de SMP na modalidade pré-paga, as quais têm como destinatários os consumidores finais, pessoas físicas não

contribuintes do imposto.

Logo, ainda que o estorno se refira ao imposto destacado em documento fiscal, esse documento foi emitido a não contribuintes do imposto, ou seja, na hipótese dos autos não há que se falar na hipótese de os destinatários se creditarem do imposto que foi objeto de estorno pela recorrente.

Salienta que o art. 307 do RICMS veda o estorno de tributo destacado em documento fiscal justamente para evitar situações em que o destinatário de boa-fé aproveite o crédito de ICMS que foram destacados em notas fiscais de venda de bens ou mercadorias, ou prestações de serviços, mas sem o correspondente recolhimento aos cofres públicos.

Assim, se o destaque do ICMS nos documentos fiscais emitidos pela recorrente não traz qualquer reflexo fiscal, pois tal imposto não é passível de aproveitamento pelos tomadores dos serviços não estando a recorrente, portanto, sujeita à vedação trazida pelo supracitado dispositivo legal. Consequentemente, não há que se falar no cometimento da infração.

iii)DO DIREITO AO ESTORNO DOS DÉBITOS.

Diz que, embora o Acórdão JJF tenha esquivando-se da análise da validade dos créditos aproveitados, obviamente não se pode olvidar do tema para julgar a procedência da autuação, pois, como visto, as operações que deram origem aos estornos foram as prestações de SMP na modalidade pré-paga, as quais têm como destinatários os consumidores finais, pessoas físicas não contribuintes do imposto.

Para tanto, emite as correspondentes Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicação – Modelo 22 – NFST por ocasião da ativação dos créditos de telefonia (recargas) pelos usuários finais, com destaque do imposto sobre a parcela desses créditos que se destinar à prestação do serviço de comunicação que se efetivar, nos termos do Convênio ICMS 55/2005. Contudo, devido a um erro sistêmico ocorrido nos períodos de apuração de janeiro e julho de 2018, não procedeu ao rateio do imposto referente aos serviços pré-pagos faturados por meio da série G das NFSTs, ocasionando, portanto, em erro na apuração da base de cálculo do ICMS, visto que o imposto acabou incidindo sobre a parcela da NFST correspondente ao Serviço de Valor Adicionado – SVA prestado.

Porém, tendo verificado tal equívoco nos próprios períodos de apuração, procedeu ao estorno de parte do ICMS destacado em tais NFSTs (relativo ao SVA), a fim de evitar o recolhimento a maior do imposto, lançando-os como “OUTROS CRÉDITOS PRÉ PAGO SÉRIE G” em janeiro de 2018, no valor de R\$ 975.991,38, e como “OUTROS CRÉDITOS FATURAMENTO PRE PAGO - 07/2018”, em julho de 2018, no valor de R\$ 34.085,06.

O recorrente diz que não há dúvida de que as operações sobre as quais recaiu o ICMS estornado não devem ser tributadas, por não se referirem a prestação de serviços de telecomunicações, tanto que não há qualquer questionamento por parte da Fiscalização Estadual neste sentido, tendo a acusação se restringido ao alegado descumprimento de questões procedimentais para validar este estorno.

Neste contexto, segundo o apelante, resta afastada a possibilidade de manutenção da glosa realizada, eis que a eventual inobservância de procedimento formal pelo contribuinte não pode inviabilizar o direito ao estorno, quando este é líquido e certo, pois o fisco jamais poderia forçar o contribuinte à quitação de um imposto sobre prestações reconhecidamente não tributadas (como é o caso), levando-o, posteriormente, à restituição do indébito, o que configuraria verdadeiro arbítrio fiscal, repudiado pela Constituição Federal e pelo STF desde a década de 1960, do que passa a discorrer sobre a certeza e liquidez do estorno realizado, citando doutrina, legislação e jurisprudência, a fim de evidenciar a improcedência da exação.

Concluiu que, indiscutivelmente, tais atividades possuem a natureza de serviços de valor adicionado, nas modalidades de disponibilização de conteúdo (música e revista eletrônica) e de armazenamento de dados, estando, portanto, no campo de tributação dos Municípios (conforme corroborado pela LC nº 157/2016) e fora da competência dos Estados por não possuir a natureza de serviço de comunicação (conforme ampla jurisprudência do STJ).

Portanto, por não se confundir com serviço de telecomunicação, os SVA prestados pela recorrente

não sofrem a incidência do ICMS, razão pela qual devem ser cancelados os débitos ora vergastados.

iv) DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO ESTORNO REALIZADO PELA RECORRENTE.

Repisa que a acusação fiscal é de que a recorrente teria estornado irregularmente o ICMS destacado em documentos fiscais, em desacordo com o artigo 307 do RICMS-BA, pois deveria ter apresentado pedido de restituição, nos termos dos artigos 73 e 74, do Decreto nº 7.629/1999.

Porém, segundo a recorrente, eventual inobservância de mera formalidade legal não tem o condão de tornar ilegítimos os estornos de débitos a que tem direito, eis que estes são manifestamente líquidos e certos, como evidenciado nos tópicos acima e, ainda, porque a fiscalização promoveu as devidas verificações e conferiu todos os lançamentos realizados nos livros fiscais sem que houvesse qualquer controvérsia acerca da natureza das operações ali registradas, tendo encerrado os trabalhos fiscais sem qualquer questionamento acerca da liquidez e certeza dos estornos realizados.

Assim, se não houve violação material das normas atinentes ao direito creditório ou deficiência na apuração realizada, certamente que não podem ser glosados os estornos aproveitados, do que, neste sentido, cita Acórdão JJF nº 0219-03/19.

Por outro lado, aduz a recorrente que, ainda que se entenda que o fisco não reconheceu a legitimidade dos estornos glosados, mas tão somente deixou de apreciá-la neste momento, considerando o escopo do presente Auto de Infração, nada impede que seja aberta nova ação fiscal para análise da validade de tais estornos de débitos ICMS, de modo que, nos termos do art. 2º do RPAF, prevaleça a verdade material e o informalismo, sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio.

Assim, tem-se que a infração depende, exclusivamente, de apreciação da verdade material, que pode ser encontrada através dos documentos que instruem a presente impugnação, cujo direito creditório, na medida em que, da análise dos documentos apresentados na fase de fiscalização, em nenhum momento o fisco questionou a natureza dos créditos aproveitados.

Logo, tendo a recorrente prestado todas as informações necessárias para a análise da validade dos estornos promovidos, vê-se que o estorno de débito, sem a prévia autorização da fiscalização, não tem o condão de tornar indevidos tais créditos, de forma a justificar a glosa feita através do Auto de Infração, do que ressalta que, em caso semelhante, autuações desta natureza têm sido canceladas pelos Tribunais Administrativos, a exemplo de duas decisões do Estado do Rio de Janeiro.

Concluiu que os presentes débitos de ICMS são improcedentes, razão de confiar no cancelamento do Auto de Infração.

Entretanto, caso não se entenda que os elementos trazidos pela recorrente para a comprovação da improcedência da exigência fiscal são insuficientes, protesta pela realização de diligência, nos termos do que dispõe os art. 2º, c/c § 2º do art. 7º do RPAF, bem como em atenção ao princípio da busca da verdade material, princípio norteador do processo administrativo no Estado da Bahia.

v) DA MANUTENÇÃO DA EXIGÊNCIA DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA.

Por fim, a recorrente aduz que não merece subsistir a cobrança da multa de ofício proporcional ao valor do crédito glosado, pois a razão da multa ser proporcional é simples: essa penalidade é reservada para aqueles contribuintes que aproveitaram créditos sobre os quais não tinham esse direito. Assim, a multa proporcional tem a função de, ao mesmo tempo, sancionar os contribuintes pelo aproveitamento de crédito ilegítimo, bem como desincentivá-los à reiteração dessa prática.

E, conforme demonstrado na peça impugnatória, não é o caso da recorrente, a qual aproveitou créditos legítimos, motivo pelo qual merece ser cancelada a multa aplicada na presente autuação.

Ressalta que a jurisprudência já houve por bem afastar a imposição de penalidade quando não verificado qualquer ato lesivo aos cofres públicos, de modo que o mero descumprimento de obrigação acessória, sem dolo e quando a obrigação principal foi devidamente adimplida, enseja

o afastamento da penalidade aplicada, sendo, fundamental e necessária a observância à razoabilidade e à proporcionalidade em casos como o presente, em respeito ao que determina a jurisprudência do STJ, do que cita doutrina e vasta jurisprudência.

Deste modo, segundo a recorrente, resta necessário o cancelamento da vultuosa quantia de R\$ 606.045,87, a título de multa de ofício, na medida em que tal manutenção caracteriza violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que norteiam o processo administrativo tributário, assim como, deve ser seguido entendimento firmado pelo STF sobre a matéria.

Segundo a recorrente, ainda que assim não se entenda, na pior das hipóteses, caberia apenas a exigência de multa formal pela irregularidade no aproveitamento de créditos extemporâneos, o que não é o caso da multa de ofício aplicada na presente autuação, cuja previsão, segundo o artigo 42, II, “a”, (f) da Lei nº 7.014/1996, é para “*registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;*”. Todavia, não existe penalidade específica para esta infração prevista na legislação baiana, devendo ser aplicada, na pior das hipóteses, a penalidade de que trata o artigo 42, XXII da Lei nº 7.014/1996.

Diante de tais considerações, requer seja conhecido e provido o Recurso Voluntário, para anular o Acórdão recorrido ou ao menos seja reformado a fim de que seja cancelada a multa de ofício exigida e, caso assim não se entenda, esta deve, ao menos, ser substituída pela multa formal por alegado descumprimento de obrigação acessória, prevista no artigo 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

Presente na sessão de julgamento, via videoconferência, o Advogado do recorrente, Dr. Rayffy Marques Chagas – OAB/RJ nº 234.115, o qual exerceu o seu direito de sustentação oral.

Este é o Relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, proferida pela 2ª JJF - Acórdão JJF nº 0247-02/21-VD, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS de R\$ 1.010.076,44, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de que o recorrente efetuou estorno de débito de ICMS, destacado em documento fiscal, em desacordo com a legislação, nos meses de janeiro e julho de 2018.

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência fiscal para análise da legitimidade dos créditos, em respeito ao princípio da verdade material, pois o objeto da exação fiscal é a falta de legitimidade do estorno do débito fiscal, através da rubrica “OUTROS CRÉDITOS PRÉ PAGO SÉRIE G” na Escrita Fiscal Digital (EFD), estando em segundo plano a discussão sobre a legitimidade do crédito fiscal, a qual só ocorreria através do rito processual próprio, conforme excerto da Decisão recorrida, a seguir:

Destaco que não está em discussão o direito do contribuinte de utilizar, para pagamento do imposto, de créditos fiscais legalmente existentes, mas a forma de fazê-lo, inclusive através da modalidade estorno de débito, em atenção à legislação posta.

E não se trata aqui de desconsiderar os créditos fiscais alegados existirem por erros quanto da emissão de documentos fiscais líquidos e certos, mas o procedimento do contribuinte em recuperá-los de forma contrária ao da legislação.

Assim, é o procedimento adotado pelo contribuinte em proceder ao estorno de débito que não possui respaldo legal, razão de negar o pedido de diligência para análise da legitimidade do crédito fiscal, cuja análise ocorreria através de rito processual próprio e competência específica, previstos nos artigos 73 a 83 do RPAF, desconsiderados pelo sujeito passivo, consoante previsto no art. 31 da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 307 do Decreto nº 13.780/12, a seguir transcritos:

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.

Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

Diante de tais razões, indefiro o pedido de diligência para análise da legitimidade do crédito fiscal, cuja competência, no âmbito do DAT Metro, é do titular da Coordenação de Processos, conforme estipulado no art. 79, I, “a” do RPAF.

Em consequência, por falecer competência, torna-se prejudicada a análise das alegações recursais relativas ao direito ao estorno dos débitos e da liquidez e certeza do estorno realizado pela recorrente, pois conforme dito, no caso de destaque do imposto no documento fiscal pelo contribuinte, o débito fiscal não poderá ser estornado diretamente pelo próprio sujeito passivo, cabendo-lhe proceder ao recolhimento do imposto, e em seguida peticionar à autoridade competente para a restituição do indébito, através do rito processual próprio, no qual se analisará todas as consequências legais, dentre as quais as intrínsecas ao direito e à liquidez do estorno de débitos, nos termos previstos nos artigos 73 a 83 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto à alegação de *ausência do cometimento de infração*, restou evidente que não há respaldo legal, o procedimento adotado pelo contribuinte de proceder diretamente em sua escrita fiscal o estorno de débito do imposto destacado no documento fiscal de sua emissão, cujo procedimento contraria a legislação, logo, em consequência, procede a acusação fiscal de estorno de débito de ICMS irregular.

Por fim, falece competência a este órgão julgador, a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 125, inciso III do COTEB (Lei nº 3.956/81), restando prejudicada a análise da alegação da multa aplicada, no tocante à razoabilidade e proporcionalidade.

Inerente ao pleito para aplicação apenas de multa “formal”, entendida como por descumprimento de obrigação tributária acessória, pela irregularidade no aproveitamento de crédito extemporâneo, não se aplica ao caso em espécie, pois restou caracterizado o descumprimento de obrigação principal, nos termos previstos no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 (*inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal*).

Diante de tais considerações, conclui-se que tais razões recursais são insuficientes à reforma da Decisão recorrida.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0001/20-8**, lavrado contra **TIM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.010.076,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS