

A.I. Nº 279692.0018/22-0
AUTUADO CLARO S.A.
AUTUANTE PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS
ORIGEM DAT METRO/IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO- INTERNET – 18/11/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-01/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESCRITURAÇÃO EXTEMPORÂNEA. Autuado manteve em sua escrituração lançamentos de crédito fiscal mesmo após decorrido o prazo de estorno em razão de indeferimento de pedido de restituição. Não cabe ao tribunal administrativo a retomada da análise do mérito dos pedidos de restituição. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/06/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 3.087.542,07, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (01.02.73) – escrituração de 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 configurou o direito à sua utilização, ocorrido em fevereiro de 2019 a janeiro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.129.455,32, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O autuante explicou que o autuado tomou ciência em 07/07/2021 do Parecer nº 4229/2021 que deferiu parcialmente pedido de utilização de crédito fiscal no valor de R\$ 52.618,85, ficando indeferido o valor ora exigido que jamais foi estornado.

Infração 02 (01.02.73) – escrituração de 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 configurou o direito à sua utilização, ocorrido em fevereiro a julho de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 958.086,75, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96. O autuante explicou que o autuado tomou ciência em 26/10/2021 do Parecer nº 3904/2021 que deferiu parcialmente pedido de utilização de crédito fiscal no valor de R\$ 702.250,27, ficando indeferido o valor ora exigido que jamais foi estornado.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração das fls. 39 a 61. Explicou que os pedidos de restituição apresentados decorreram de recolhimento a maior do ICMS-ST em razão da utilização de base de cálculo presumida superior à base de cálculo efetiva da operação realizada com o consumidor final.

Disse que os pedidos foram analisados e, em decorrência de auditoria realizada, foi constatado também no período recolhimento a menor do ICMS por ter realizado operações com base de cálculo superior à presumida, ocasião em que foi efetuada uma compensação com base no art. 9º-A da Lei nº 7.014/96.

Argumentou que tal prática utilizada pelo fisco para compensação da restituição é ilegal e inconstitucional e que a multa aplicada no percentual de 60% extrapola os limites da razoabilidade e viola o Princípio do Não Confisco.

Destacou decisão do STF na ADI nº 2.777 e no Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, Tema 201 de repercussão geral, que estabeleceu o direito ao substituído de ressarcimento do imposto retido a maior pelo substituto tributário quando a operação praticada ocorrer com valor inferior ao que serviu de base de cálculo para a antecipação tributária.

Declarou que realizou operações com consumidor final no período de novembro de 2016 a julho de 2018 utilizando valor da operação inferior ao que serviu de base de cálculo presumida.

Informou que o art. 9º-A da Lei nº 7.014/96 somente foi publicado em 13/12/2019, após a ocorrência dos fatos geradores, não podendo ser aplicada no caso. Considerou que, ainda que tivesse sido publicada antes da ocorrência dos fatos geradores, esse dispositivo fere o Princípio da Legalidade, previsto no art. 150, inciso I, da Constituição Federal. Concluiu que o art. 9º-A da Lei nº 7.014/96 trouxe majoração da carga tributária.

Acrescentou que o art. 9º-A da Lei nº 7.014/96 é ofensa à garantia constitucional da reserva de lei complementar para tratar de normas gerais de direito tributário, na forma do art. 146, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal.

Solicitou a realização de diligência para comprovar as questões de fato expostas nesta defesa. Anexou comprovantes de recolhimento do ICMS-ST e planilhas demonstrando as operações de entrada e saída de cada mês. Indicou assistente técnico à fl. 54 e apresentou os seguintes quesitos a serem respondidos:

1 – queira o ilustre perito responder se houve o recolhimento do ICMS a maior em razão da aplicação da base de cálculo presumida superior à efetiva da operação realizada com o consumidor final;

2 – em confronto com a informação acima, queira o ilustre perito responder se a auditoria realizada nos autos do Processo nº 472455/2019-2 e 475437/2019-8 levou em conta as mesmas operações indicadas pela impugnante na documentação ora acostada.

Disse que a taxa de juros utilizada pelo Estado da Bahia e o índice de correção monetária são inconstitucionais, pois extrapolam a taxa SELIC. Lembrou que os juros e a correção monetária são matérias de direito financeiro, devendo se limitar à legislação federal.

Requeru que as intimações sejam dirigidas ao seu patrono, indicado à fl. 61.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 156 a 161. Explicou que o autuado utilizou os créditos fiscais considerados ilegítimos pela SEFAZ em processos formalizados pelo autuado em pedidos de restituição. Disse que, mesmo intimado da decisão, o autuado não providenciou o estorno dos créditos fiscais considerados ilegítimos.

Acrescentou que o autuado ainda apresentou recursos administrativos não previstos na legislação e descumpriu o disposto no art. 78 do RPAF ao não proceder ao estorno dos valores creditados indevidamente. Considerou o pedido de diligência como procrastinatório.

Esteve presente na assentada de julgamento a patrona da empresa a Advogada Drª Maíhira Rei Pereira OAB/RJ 223.898.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Indefiro o pedido de diligência requerido pelo autuado para comprovação das questões expostas na defesa. As respostas das questões trazidas pelo autuado não se mostram imprescindíveis para a solução da lide, como veremos na análise do mérito.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa e dos acréscimos moratórios aplicados no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. As multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e os acréscimos moratórios na Lei nº 3.956/81.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo

diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

A presente lide reside na legitimidade do aproveitamento de lançamentos de créditos fiscais oriundos de recolhimento a maior do ICMS-ST em razão da utilização de base de cálculo presumida superior à base de cálculo efetiva da operação realizada com o consumidor final, cuja apropriação foi indeferida parcialmente pela SEFAZ nos respectivos processos de pedido de restituição, conforme Pareceres nº 3904/2021 (fls. 22 e 23) e 4229/2021 (fls. 08 e 09).

O art. 78 do RPAF estabelece que, na hipótese de processos referentes a pedidos de restituição, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo ali previsto, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

O autuado tomou ciência dos referidos pareceres em julho e outubro de 2021, mas não procedeu aos devidos estornos dos valores cuja apropriação foi indeferida. Assim, em junho de 2022 o presente auto de infração foi lavrado.

O autuado em sua defesa traz argumentações que supostamente justificariam o deferimento integral dos seus pedidos de restituição. Entretanto, se encerrada as possibilidades de recursos na esfera administrativa contra a decisão que indeferiu o pedido de restituição mediante apropriação dos respectivos valores em lançamentos de crédito fiscal na sua escrita, não será no tribunal administrativo que a análise do mérito do pedido de restituição será retomada.

É inadmissível a manutenção da apropriação de lançamentos de créditos fiscais na escrita fiscal quando a autoridade administrativa indeferiu expressamente o seu uso.

Assim, 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 **279692.0018/22-0**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.087.542,07**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR