

PROCESSO	- A. I. N° 281081.0010/21-5
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- TIM S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0001-03/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 24/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0029-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EXTEMPORÂNEA. VALOR UTILIZADO A MAIS. GLOSA DO EXCEDENTE. O Autuado não trouxe ao processo provas da legitimidade do crédito fiscal utilizado, conforme avaliação da repartição fazendária da sua circunscrição fiscal. Restou configurado que o presente lançamento tributário contém elementos suficientes para se determinar com segurança e liquidez a infração apontada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/09/2021, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 01.02.86 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, no mês de agosto de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.196.176,33, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Em complemento, consta a informação de que a TIM S.A. registrou crédito fiscal extemporâneo no livro de apuração de ICMS, no mês de agosto de 2019, no valor de R\$ 2.831.661,37, referente ao seu ativo permanente (CIAP), do período de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2016.

A empresa protocolou um Pedido de Restituição através do PAF nº 221.826/2019-9, no valor de R\$ 2.831.661,37. Este pedido foi indeferido, conforme parecer final apenso ao PAF.

O Recurso Voluntário foi deferido parcialmente, no valor de R\$ 1.635.485,04, conforme Parecer Final, em 12/04/2021. Foi mantido o indeferimento sobre o valor de R\$ 1.196.176,33, e a empresa tomou conhecimento em 16/04/2021 quanto ao valor deferido e também o valor indeferido.

A ciência ocorreu através do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), conforme extrato apenso ao PAF. Apesar de estar ciente do indeferimento do valor de R\$ 1.196.176,33, não realizou o devido estorno do crédito e o recolhimento dos acréscimos legais cabíveis, dentro do prazo de quinze dias.

Além disso, de acordo com a resposta da empresa proferida em atendimento à intimação fiscal 18/2019, confirma que tomou conhecimento do indeferimento de seu recurso voluntário e confirma que não fez o estorno do crédito indeferido, ficando comprovado que o Contribuinte contrariou frontalmente a Legislação Tributária do Estado da Bahia, conforme estabelece o RPAF/BA, artigos 78, parágrafo único; 81, 122, inciso V e 173, inciso IV. A Lei 7.014/96 em seu art. 33, parágrafos 2º e 3º.

A Fiscalização, através deste Auto de Infração, glosa o crédito fiscal indevido, que fora utilizado no mês de agosto de 2019, no valor de R\$ 1.196.176,33.

A 3ª JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0001-03/22-VD (fls. 176 a 186), com base no voto a seguir transrito:

"O presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, mês de agosto de 2019.

Em complemento, consta a informação de que a TIM S. A. registrou crédito fiscal extemporâneo no livro de apuração de ICMS, no mês de agosto de 2019, no valor de R\$ 2.831.661,37, referente ao seu ativo permanente (CIAP), do período de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2016.

De acordo com a descrição dos fatos, a empresa protocolou um Pedido de Restituição através do PAF nº 221.826/2019-9, no valor de R\$ 2.831.661,37. Este pedido foi indeferido, o Recurso Voluntário foi deferido parcialmente, no valor de R\$ 1.635.485,04, ficando mantido o indeferimento sobre o valor de R\$ 1.196.176,33,

e a empresa tomou conhecimento em 16/04/2021, quanto ao valor deferido e também o valor indeferido. Apesar de estar ciente do indeferimento do valor de R\$ 1.196.176,33, não realizou o devido estorno do crédito e o recolhimento dos acréscimos legais cabíveis, dentro do prazo de quinze dias.

O Defendente alegou que os débitos constantes na presente autuação se encontram com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, inciso IV do Código Tributário Nacional, na medida em que são objeto do Auto de Infração nº 281081.0007/20-6, que ainda aguarda julgamento definitivo perante este Conselho.

Em relação ao auto de Infração citado pela defesa, nº 281.081.0007/20-6, lavrado em 14/09/2020, o Autuante informou que a Fiscalização autuou exclusivamente o uso irregular de crédito fiscal extemporâneo, relativo aos meses de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2016, que foi utilizado através de único lançamento fiscal, em agosto de 2019, ao invés de escriturá-lo em 04 meses, conforme determina o art. 315 do RICMS/BA/2012.

No mencionado Auto de Infração, julgado em primeira instância (ACÓRDÃO JJF Nº 0066-04/21) consta: Infração 01 - 01.02.73 – “Escriturou 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”.

Em complemento, consta a seguinte informação: “A empresa TIM Celular utilizou irregularmente no seu livro de apuração de ICMS, em agosto/2019, crédito fiscal extemporâneo no valor total de R\$ 2.831.661,37, referente ao seu Ativo Permanente (CIAP), do período de apuração de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2016, ou seja, 0 meses. A empresa protocolizou um Pedido de Restituição através do PAF nº 221.826/2019-9, e utilizou crédito fiscal total, em seu livro de apuração do ICMS no mês de agosto2019. Porém a empresa, de forma deliberada e irregular, optou por infringir o Artigo 73 § 5º RPAF/BA, DECRETO Nº 7.629/99, e o RICMS/BA DECRETO Nº 13.780/2012, nos seus artigos 314 e 315, parágrafos § 1º, 2º, 3º e 4º, que rezam que o uso dos créditos deveria se dar em tantas parcelas iguais e sucessivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar, ou seja 04 meses”.

Foi decidido pela procedência parcial do Auto de Infração, com o entendimento de que “O não cumprimento das regras para a escrituração extemporânea, estatuídas no RICMS/BA, não veda o uso de créditos legalmente permitidos, mas resulta na aplicação de multa pelo descumprimento dessa determinação regulamentar. Convertida a exigência do imposto em multa de 60% do valor do crédito fiscal escriturado de forma extemporânea”. Portanto, em decisão não unânime, a 4ª JJF julgou procedente em parte o referido Auto de Infração, para pagamento da multa pecuniária no valor de R\$ 1.698.996,82, e a mencionada decisão foi objeto de recurso de ofício ainda não apreciado pela Segunda Instância.

O Autuante afirmou que o auto de infração em lide tem fato gerador diverso, sendo lavrado pelo uso de crédito fiscal ilegítimo, em razão de indeferimento do processo de restituição, e não cabem mais recursos a esta decisão que considerou os créditos fiscais autuados ilegítimos. A ilegitimidade dos créditos é fato incontrovertido perante o fisco baiano, portanto, não cabe mais discussão sobre o tema, concluindo que os autos de infração 281081.0010/21-5 e 281081.0007/20-6, não são idênticos, e possuem fato gerador diverso.

O Defendente apresentou o entendimento de que se revela imperativo o cancelamento da cobrança em comento, na medida em que o Auto de Infração nº 281081.0007/20-6, discute os mesmos débitos da presente autuação e ainda aguarda julgamento. Ressaltou a existência de óbice ao processamento da presente autuação, na medida em que existe outra tramitando simultaneamente, com identidade das partes, da causa de pedir, do pedido e do objeto, qual seja, a cobrança dos débitos constituídos através do Auto de Infração nº 281081.0007/20-6.

Observo que no presente Auto de Infração consta que foi lançado em agosto de 2019, crédito de imposto constante em pedido de restituição posteriormente indeferido, e no Auto de Infração lavrado anteriormente trata de “Escrituração de crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria”, o que se poderia entender que se tratam de fatos diferentes e não teria qualquer relação entre uma e outra autuação fiscal.

Entretanto, a base utilizada para ambas as autuações está no fato de que o Contribuinte protocolizou um Pedido de Restituição através do PAF nº 221.826/2019-9, e utilizou crédito fiscal total, em seu livro de apuração do ICMS no mês de agosto2019. No primeiro Auto de Infração a acusação é de crédito extemporâneo, enquanto o presente Auto de Infração é de falta de estorno da parcela do referido crédito, considerada como indevida.

Como já mencionado, o primeiro Auto de Infração ainda aguarda decisão definitiva por este CONSEF em Segunda Instância. Se reformada a decisão da 4ª JJF para a procedência total da autuação fiscal, o valor exigido neste Auto de Infração já estaria incluído no valor da autuação anterior, que glosou a totalidade do crédito lançado pelo Contribuinte.

Na hipótese de se confirmar a decisão da 4ª JJF, a multa foi apurada sobre o valor total creditado e no presente lançamento também é exigida multa sobre o valor considerado indevido e sem o respectivo estorno. Ou seja, haveria lançamento da multa de 60% sobre o mesmo valor em dois Autos de Infração.

Por outro lado, existe a hipótese em que a decisão do Auto de Infração anterior não interfere no presente lançamento, que é de nulidade ou improcedência daquela autuação.

Dessa forma, considerando que o recurso de ofício da decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, quando essa decisão for total ou parcialmente favorável ao sujeito passivo, e considerando o montante do débito exonerado pela referida decisão, o recurso de ofício tem efeito suspensivo.

Neste caso, entendo que a lavratura deste Auto de Infração somente deveria acontecer após o julgamento em segunda instância, em razão do efeito suspensivo decorrente do recurso de ofício da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou o Auto de Infração anterior parcialmente procedente.

Trata-se de nulidade do lançamento, porque diz respeito à identificação do fato e das provas, bem como à aplicação do direito, implicando falta de certeza e liquidez.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar com segurança e liquidez a infração, impõe-se sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99.

O Defendente forneceu o endereço e telefone de seus procuradores, informando que qualquer comunicação deve ser dirigida aos cuidados do Dr. André Gomes Oliveira, inscrito na OAB/RJ sob o nº 85.266, sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

A 3ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Túlio Lorena Cavalcante Lopes - OAB/RJ nº 161.099 e o Auditor Fiscal autuante da empresa autuada.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por ter lançado valor constante em pedido de restituição posteriormente indeferido.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$ 2.024.528,43, conforme extrato (fl. 188), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O julgamento pela nulidade do presente Auto de Infração decorreu do entendimento da JJF de que há a duplicitade parcial em relação ao Auto de Infração nº 281081.0007/20-6, lavrado em 14/09/2021, já que aquela autuação exigiu todo o valor do imposto pela escrituração de crédito fiscal fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito, lançado no mês de agosto de 2019, tendo sido exigido ICMS no valor de R\$ 2.831.661,37.

Entretanto, após a lavratura do Auto de Infração nº 281081.0007/20-6, o pedido de restituição anteriormente indeferido foi parcialmente deferido no valor de R\$ 1.635.485,04, sendo lavrado o Auto de Infração ora julgado no valor correspondente ao valor indeferido de R\$ 1.196.176,33.

O Auto de Infração nº 281081.0007/20-6 foi julgado parcialmente procedente pela 4ª JJF, excluindo o valor do imposto e mantendo a multa aplicada, em razão da escrituração irregular dos créditos fiscais, tendo sido mantido por esta 2ª CJF, sob a minha relatoria, nesta mesma sessão de julgamento, com o não provimento dos seus Recursos de Ofício e Voluntário.

Tendo sido definido o julgamento do Auto de Infração nº 281081.0007/20-6, mantendo a exigência apenas de multa em razão da escrituração irregular, não há porque manter a nulidade desta autuação, posto que o fato está perfeitamente definido, líquido e certo, após a decisão pelo deferimento parcial do Recurso Voluntário, em 10/10/2020, mediante o Parecer nº 8.999/2020,

ratificado em 12/04/2021, com ciência ao Autuado em 16/04/2021, o qual foi finalizado da seguinte forma:

“Assim, pelas razões já expostas, o Diretor de Administração Tributária da Região Metropolitana de Salvador se manifesta pelo ACOLHIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, mantendo a decisão da IFEP SERVIÇOS de Deferimento Parcial no valor de R\$ 1.635.485,04 (um milhão seiscentos e trinta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e quatro centavos) relativo a créditos de ICMS de CIAP nos períodos de outubro, novembro e dezembro de 2016, conforme o Art. 315 do RICMS.

Vale salientar que, na hipótese da Requerente já ter utilizado o referido crédito em valores diversos daqueles previstos na Conclusão deste Parecer, caberá ao Contribuinte estorná-los e lançar conforme foi deferido, lembrando que deverão ser recolhidos os acréscimos legais cabíveis, vide Art. 78 do RPAF - Dec. 7.629/1999.

‘Art. 78. Tratando-se de valores relativos ao ICMS, uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.’’

Ressalto que o Autuado possuía o prazo de 15 (quinze) dias para efetuar o estorno, mas mesmo após 5 (cinco) meses, não o fez.

Embora desconstitua a nulidade decretada pela 3ª JJF, deixo de devolver o processo para a Primeira Instância por entender que a questão se encontra madura para julgamento, o que permite avanço para apreciação do mérito, amparado no permissivo previsto no Art. 1.013, § 3º, II do CPC (abaixo reproduzido), aplicável subsidiariamente ao processo administrativo.

“Art. 1.013 prevê que: A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

*...
§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:*

*...
II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;
...”*

Os argumentos apresentados pelo Autuado em sua Defesa estão vinculados ao Recurso Voluntário, exposto no Parecer nº 8.999/2020, ratificado em 12/04/2021, no qual foi explicitado o valor do crédito fiscal utilizado indevidamente no valor de R\$ 1.196.176,33, em que não há mais Recurso na esfera administrativa.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, julgando PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Discordo, data vénia, do ilustre Relator, quanto ao Provimento do Recurso de Ofício, pelos motivos abaixo identificados.

O voto do relator Arivaldo de Sousa Pereira, proferido no âmbito do Acordão nº 0001-03/22-VD é impecável e não deve ser provido, motivo pelo qual concordo na íntegra com a decisão, sob todos os aspectos e fundamentos, conforme parte do acórdão que reproduzo:

“De acordo com a descrição dos fatos, a empresa protocolou um Pedido de Restituição através do PAF nº 221.826/2019-9, no valor de R\$ 2.831.661,37. Este pedido foi indeferido, o Recurso Voluntário foi deferido parcialmente, no valor de R\$ 1.635.485,04, ficando mantido o indeferimento sobre o valor de R\$ 1.196.176,33, e a empresa tomou conhecimento em 16/04/2022, quanto ao valor indeferido. Apesar de estar ciente do indeferimento do valor de R\$ 1.196.176,33, não realizou o devido estorno do crédito e o recolhimento dos acréscimos legais cabíveis, dentro do prazo de quinze dias.

Em outro texto do voto, o relator diz: “Neste caso, entendo que a lavratura deste Auto de Infração somente deveria acontecer após o julgamento em segunda instância, em razão do efeito suspensivo decorrente do

recurso de ofício da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou o Auto de Infração anterior parcialmente procedente”.

Vejo que os argumentos apresentados pelo autuado em sua defesa são totalmente plausíveis e foram acertadamente acolhidos pelo julgamento de primeira instância.

Assim, adoto o entendimento apresentado pelo julgador de piso e voto pela manutenção da nulidade proferida em Primeira Instância, com o NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0010/21-5**, lavrado contra **TIM S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.196.176,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Marcelo Mattedi e Silva, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Fernando Antônio Brito de Araújo, Gabriel Henrique Lino Mota e Antonio Dijalma Lemos Barreto.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Maurício Souza Passos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

MARCELO MATTEDEI E SILVA - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS