

PROCESSO - A. I. Nº 279692.0018/22-0
RECORRENTE - CLARO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0204-01/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0082-12/23-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/06/2022, no valor de R\$ 3.087.542,07, em razão das seguintes irregularidades:

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, nos meses de fevereiro a dezembro de 2019 e janeiro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.129.455,32, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.*

Consta ainda a informação de que o Autuado tomou ciência, em 07/07/2021, do parecer final nº 4.229/2021, no Processo SIPRO nº 472.455/2019-2, que deferiu parcialmente pedido de utilização de crédito fiscal no valor de R\$ 52.618,85, tendo sido indeferido o valor ora exigido que jamais foi estornado, mesmo após passados quase 365 dias após a ciência.

Infração 02 - 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, nos meses de fevereiro a julho de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 958.086,75, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.*

Consta ainda a informação de que o Autuado tomou ciência, em 26/10/2021, do parecer final nº 3.904/2021, no Processo SIPRO nº 475.437/2019-8, que deferiu parcialmente pedido de utilização de crédito fiscal no valor de R\$ 702.250,27, tendo sido indeferido o valor ora exigido que jamais foi estornado, mesmo após passados quase 250 dias após a ciência.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0204-01/22-VD (fls. 170 a 172), com base no voto a seguir transcrito:

"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 irreversível, 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.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 182 a 202), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, após uma breve síntese dos autos, explicou que efetuou o recolhimento a maior do ICMS-ST no período de novembro de 2016 a julho de 2018, em razão da utilização de base de cálculo presumida superior à praticada na operação com o consumidor final, razão pela qual apresentou os pedidos de restituição, mas a Autoridade Fiscal concluiu pelo seu deferimento parcial, sob o argumento de suposto recolhimento a menor do ICMS-ST, atraindo a aplicação do Art. 9º-A, § 1º da Lei nº 7.014/96.

Disse que inexistia previsão normativa no período em discussão para exigência de complementação do ICMS-ST, o que só ocorreu com a Lei nº 14.183/19, que incluiu o citado Art. 9º-A à Lei nº 7.014/96, não podendo esta norma ser aplicada a fatos pretéritos.

Aduziu terem sido afrontados os princípios da legalidade, não surpresa e segurança jurídica, visto que o Estado da Bahia fixou obrigações que, se não consideradas inconstitucionais, são flagrantemente ilegítimas por descumprimento aos princípios basilares insculpidos no Art. 150, I e III, “b” e “c” da CF/88, conforme decidido pelo STF no RE 593.846/MG e na ADI 2.777.

Asseverou que a exigência da complementação de ICMS-ST sem que haja previsão por lei complementar que a autorize, seja antes ou depois da publicação da Lei nº 14.183/19, é inconstitucional por afronta direta aos princípios da legalidade e segurança jurídica, além de violar expressamente o previsto no Art. 146 da CF/88, que reservou à lei complementar a competência material para dispor sobre base de cálculo e sujeição passiva e, especialmente no caso do ICMS, substituição tributária, não cabendo a lei ordinária disciplinar matéria legislativa reservada a lei complementar, conforme decidido nos RE 567.935 e 940.769.

Reiterou o pedido de baixa dos autos em diligência para comprovar as questões de fato expostas em sua Defesa, que fundamentam as correspondentes argumentações de direito, demonstrando a inexistência de qualquer valor de ICMS devido ao Estado, indicando assistente técnica e quesitos.

Discorreu sobre a inconstitucionalidade dos juros e da correção monetária aplicados, não podendo o Estado instituir taxa superior à SELIC, estabelecida pela União por meio do Art. 13 da Lei nº 9.065/95, conforme julgado no RE com agravo 1.216.078/SP.

Requeru o conhecimento e provimento integral do seu Recurso Voluntário para reconhecer a nulidade do Auto de Infração, ou a baixa dos autos em diligência.

Solicitou que todas as notificações, intimações e publicações atinentes ao feito sejam efetuadas em nome dos seus advogados, principalmente para realização de sustentação oral, sob pena de

nulidade.

Registro a presença da advogada do Autuado que acompanhou o julgamento, Sra. Maíhira Rei Pereira, OAB/RJ nº 223.898.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da escrituração indevida de crédito fiscal extemporâneo nos meses de fevereiro de 2019 a julho de 2020, desmembrado em 2 (duas) infrações de acordo com os Pareceres nºs 4.229/2021 e 3.904/2021.

Informo que todas as intimações são efetuadas na forma do Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Saliento que a conversão do processo em diligência ou perícia não se constitui em direito subjetivo das partes, mas em instrumento a serviço do juízo administrativo, com vistas a esclarecer fatos, cujo conhecimento requeira exame de bens ou documentos, não sendo, portanto, um meio de defesa, mas um instrumento do juízo, podendo o perito (diligente) ser definido como um auxiliar do juízo.

Consoante os termos do Art. 147, I, “a” do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência, pois os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação.

Ressalto que o pedido de utilização extemporânea do crédito fiscal é um procedimento administrativo fiscal, previsto no Art. 315 do RICMS/12, *in verbis*:

“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.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado.”

Desde logo, identifico que o Autuado descumpriu o previsto no § 2º do Art. 315 do RICMS/12, pois não efetuou o estorno dos créditos lançados indevidamente, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis, após a decisão contrária ao pleito.

Os dispositivos que tratam de restituição de imposto pago indevidamente são os Arts. 73 a 83 do RPAF/99, cabendo a decisão final na esfera administrativa ao Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do Requerente, dispondo o parágrafo único do seu Art. 78 sobre a obrigatoriedade de estorno dos créditos lançados acrescido dos acréscimos legais cabíveis, *in verbis*:

“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.” (grifo nosso)

O autuado tomou ciência dos referidos pareceres nos meses de julho e outubro de 2021, mas não procedeu aos devidos estornos dos valores cuja apropriação foi indeferida, tendo o presente Auto de Infração sido lavrado em 14 de junho de 2022, posto ser inadmissível a manutenção de créditos fiscais na escrituração após ter sido expressamente indeferida a sua utilização.

O Autuado apresentou argumentações que supostamente justificariam o deferimento integral dos seus pedidos de restituição, mas, encerradas as possibilidades de recursos na esfera administrativa contra a decisão que indeferiu o pedido de restituição, não cabe a este CONSEF a análise do mérito do pedido de restituição.

Saliento ainda que tal equivocada procedimento causou a redução dos recursos pagos ao erário, tendo em vista que o Autuado possui mensalmente saldo devedor do ICMS, o que demonstra que, embora parte do referido crédito fiscal seja devido, a forma, momento e valor da sua escrituração foram indevidos, sendo, assim, ilegítima tal escrituração na apuração.

Ressalto que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99.

Esclareço, entretanto, que os acréscimos moratórios são calculados com base na Taxa SELIC acumulada mensalmente, apenas acrescida de 1% no mês de realização do pagamento, tendo em vista que a apuração do percentual da referida taxa só ocorrerá no início do mês subsequente, conforme estabelecido no § 2º, do Art. 102 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), transcrito abaixo:

“§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

...

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.”

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 279692.0018/22-0, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.087.542,07**, acrescido de 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, 20 de março de 2023.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS