

PROCESSO	- A. I. Nº 281081.0001/22-4
RECORRENTE	- TIM S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0286-06/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/05/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0120-11/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CONVÊNIO ICMS 17/2013. INFRAÇÃO 01; **b)** OPERAÇÕES DE TRANSPOSIÇÃO DE ESTOQUE. INFRAÇÃO 02; **c)** IMPOSTO SOBRE MEIOS DE REDE. INFRAÇÃO 03. O contribuinte não estornou os créditos referentes aos pedidos de restituição indeferidos (transitados em julgado administrativamente) e descumpriu a regra do art. 33, § 3º da Lei nº 7.014/96. Incompetência deste Conselho para efetuar o reexame dos processos cujos pedidos foram indeferidos, por absoluta falta de previsão legal. Infrações 01 a 03 caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 6ª JJF Nº 0286-06/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 06/06/2022, formaliza a exigência de crédito tributário de R\$704.242,57, sob a acusação do cometimento das 03 (três) irregularidades a seguir indicadas.

Infração 01 – 001.002.086: Utilização indevida de crédito, por ter lançado valor constante de pedido de restituição posteriormente indeferido. Consta que o sujeito passivo lançou no livro de Apuração do ICMS de setembro de 2020 valores referentes a janeiro de 2015 e julho de 2017, concernentes ao Convênio ICMS 17/2013. O contribuinte teve o pedido de restituição indeferido, por meio do processo 616.513/2019-7. Recorreu por intermédio do processo 012.798/2021-3 e o indeferimento foi mantido. O autuado deveria ter efetuado o estorno do crédito indeferido (art. 33, § 3º da Lei 7.014/96). R\$ 403.100,97 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 001.002.086: Utilização indevida de crédito, por ter lançado valor constante de pedido de restituição posteriormente indeferido. Consta que o sujeito passivo lançou no livro de Apuração do ICMS de outubro de 2020 valores referentes a novembro de 2018 e setembro de 2019, concernentes ao ICMS-ST sobre operações de transposição de estoque. O contribuinte teve o pedido de restituição indeferido, por meio do processo 056.067/2020-1. Recorreu por intermédio do processo 014.092/2021-3 e o indeferimento foi mantido. O autuado deveria ter efetuado o estorno do crédito indeferido (art. 33, § 3º da Lei 7.014/96). R\$ 228.415,64 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 001.002.086: Utilização indevida de crédito, por ter lançado valor constante de pedido de restituição posteriormente indeferido. Consta que o sujeito passivo lançou no livro de Apuração do ICMS de setembro de 2020 valores referentes a janeiro de 2015 e junho de 2017, concernentes ao ICMS sobre meios de rede. O contribuinte teve o pedido de restituição indeferido, por meio do processo 616.512/2019-0. Recorreu por intermédio do processo 014.791/2021-7 e o indeferimento foi mantido. O autuado deveria ter efetuado o estorno do crédito indeferido (art. 33, § 3º da Lei 7.014/96). R\$ 72.725,96 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 01/11/2022 (fls.232/235) e julgou o Auto de Infração Procedente, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

O auditor expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Decido que não é o caso de realização de diligência ou perícia, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Quanto ao mérito, nos termos do art. 73 do RPAF/99, 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.

É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

A restituição total ou parcial do tributo deverá ser acompanhada da devolução, na mesma proporção, das multas e dos acréscimos tributários pagos a mais ou indevidamente.

Caso o contribuinte possua débito constituído em caráter definitivo no âmbito administrativo, a importância a ser restituída será utilizada para quitação da dívida.

A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, que não é este Conselho de Fazenda, a quem não cabe apreciá-lo, muito menos reexaminá-lo.

Deve conter ainda a referida petição a indicação do valor da restituição pleiteada, a indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, prova de nele estar enquadrado e cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido (art. 74 do RPAF/99).

Já a Lei 7.014/96, no seu art. 33, especialmente no § 3º, dispõe que serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto, multas e demais acréscimos legais recolhidos indevidamente, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição e decadência.

Quando se tratar de contribuinte que não utilize créditos fiscais, a restituição do indébito, poderá ser feita em dinheiro ou mediante certificado de crédito fiscal.

Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago, por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar, observadas as regras pertinentes.

Entretanto, sobrevindo decisão contrária irrecorribel, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

O sujeito passivo em nenhum momento atacou o mérito das infrações em lide, mas o mérito dos processos de pedidos de restituição, que já transitaram em julgado administrativamente e que não são da competência deste Conselho.

Conforme assinalou o auditor, todas as argumentações defensivas foram analisadas e totalmente indeferidas pelas autoridades competentes nos processos 616.513/2019-7 e seu recurso respectivo, nº 012.798/2021-3, na cifra de R\$ 403.100,97; 056.067/2020-1 e seu recurso respectivo, nº 014.092/2021-3, no montante de R\$ 228.415,64; e 616.512/2019-0 e seu recurso respectivo, nº 014.791/2021-7, na quantia de R\$ 72.725,96.

Infrações 01 a 03 caracterizadas.

Quanto ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim seja feito, tendo em vista a prescrição do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Relativamente à multa, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade ou para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 245/260.

No Recurso Voluntário, a Empresa/ Recorrida não apresenta preliminares.

No mérito **quanto a infração 02**, defende que foi correta a apropriação do crédito do ICMS, em observância ao princípio da não-cumulatividade (LC 87/96, art.19, art. 10, § 1º). Aduz que os **débitos são originários de pedido de crédito extemporâneo requerido no Processo nº 056.067/2020-1 (V. Doc. 03 da Impugnação)**, o qual analisou a restituição do valor de ICMS ST, referente ao período de novembro de 2018 a setembro de R\$228.415,64. Defende que pelo princípio da não-cumulatividade, é possível concluir que o entendimento adotado pela recorrente para apropriação dos créditos é absolutamente legal e amparado pela Constituição Federal, Legislação Federal e Legislação Estadual. Informa também, que o pedido de restituição foi indeferido em sua totalidade, sob justificativa de que o crédito não seria devido em razão da escrituração simultânea das notas fiscais. E mais uma vez defende o Recorrente que o fato de parte das NFs de entrada apresentarem datas posteriores e/ou idênticas às NFs de saída, são derivadas de um procedimento interno e que apesar das divergências nas informações das notas fiscais, a adoção dessa sistemática não tem o condão de trazer prejuízos ao erário estadual e encontra-se de acordo com a Cláusula Terceira do Convênio ICMS 81/1993 e com os artigos 299, IV, § 3º e 301, § 3º do Decreto nº 13.780/2012, art. 73, § 1º do RICMS/Ba. Afirma que o ICMS ST é pago de forma antecipada, contudo, o fato gerador inicialmente presumido não ocorreu, diante da remessa das mercadorias em operação de transposição de estoque ao ativo permanente.

Argui que em relação **as infrações 01 a 03** a metodologia de cálculo aplicada pelo recorrente, nos **Processos Administrativos de Restituição nºs 616.513/2019-7 e 616.512/2019-0**, relacionados ao período de janeiro de 2015 a julho de 2017, fora correta e que o fisco negou o direito de crédito sob o fundamento de impossibilidade de apresentação de consumo próprio não foi possível a análise do crédito.

E apresenta tese recursal de que o direito ao crédito de operações de cessão onerosa de redes de telecomunicações está lastreado nos Convênios ICMS 126/98 e 17/2013, e também o Ato COTEPE ICMS nº 13/2013. Aduz que: “O conceito de “consumo próprio”, como o nome indica, está relacionado a serviços que as empresas utilizam como **usuária final**. Por sua vez, o direito creditório da Recorrente decorre de operações de **cessão onerosa de redes de telecomunicações**”.

Defende ser impossível a cobrança de tributo por descumprimento de obrigação acessória. Afirma ser evidente que, no presente caso, o que ocorreu foi descumprimento de obrigação acessória, que pode ser comprovado pelo enquadramento legal da multa aplicada pela Autoridade Fiscal que lavrou o Auto de Infração (artigo 42, VII, “a” da Lei nº 7.011/1996).

E por fim alude ser confiscatória a multa aplicada.

VOTO

Não há dúvidas da possibilidade de restituição do crédito tributário, quando preenchidos os requisitos dos arts. 73, 74 do RPAF/99 c/c a Lei nº 7.014/96, no seu art. 33, especialmente no § 3º. Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

Entretanto, no caso do presente PAF, objeto do recurso ora em debate, as infrações 01, 02 e 03 estão relacionadas com três processos de pedidos de restituição (**Processos nºs 056.067/2020-1, 616.513/2019-7 e 616.512/2019-0**), julgados improcedentes.

Ainda ressalto, que segundo o auditor, em sua informação, as alegações defensivas apresentadas pelo Recorrente já haviam sido analisadas e totalmente indeferidas pelas autoridades competentes nos Processos nº 616.513/2019-7 e seu Recurso Respectivo, nº 012.798/2021-3, na cifra de R\$403.100,97; 056.067/2020-1 e seu Recurso Respectivo, nº 014.092/2021-3, no montante de

R\$228.415,64; e 616.512/2019-0 e seu Recurso Respectivo, nº 014.791/2021-7, na quantia de R\$72.725,96.

No recurso, fica claro que o Recorrente não ataca o mérito das infrações do Auto de Infração do PAF em tela, mas sim o mérito dos **processos de pedidos de restituição, que por sua vez, já transitaram em julgado administrativamente.**

Não há previsão legal que possibilite a Administração pública, findo o julgamento Administrativo, como é o caso dos autos, onde os três processos de pedidos de restituição nos Processos nºs 056.067/2020-1, 616.513/2019-7 e 616.512/2019-0 foram julgados improcedentes, rever o que por ela foi decidido, ainda que a pedido para corrigir suposta ilegalidade, quando esgotados os recursos administrativos cabíveis.

Assim, também pensa a doutrina. Segundo Bandeira de Melo, a coisa julgada administrativa diz respeito a situações nas quais a Administração haja decidido contenciosamente determinada questão, assumindo formalmente a posição de aplicar o direito ao tema litigioso, com as indicações do contraditório (in: *Curso de Direito Administrativo*, 26. ed. rev., atual, São Paulo: Malheiros, 2009). Da mesma forma, aborda Carvalho Filho, a coisa julgada administrativa significa que determinado assunto decidido na via administrativa não poderá mais sofrer alteração nessa mesma via administrativa (in: *Manual de Direito Administrativo*, 30.ed.rev., atual. e amp., São Paulo: Atlas, 2016).

Este também foi o entendimento do E. STJ:

DIREITO TRIBUTÁRIO. REVISÃO DO LANÇAMENTO. ERRO DE DIREITO.

O lançamento do tributo pelo Fisco com base em legislação revogada, equivocadamente indicada em declaração do contribuinte, não pode ser posteriormente revisto. O erro de fato é aquele consubstanciado na inexatidão de dados fáticos, atos ou negócios que dão origem à obrigação tributária. Tal erro autoriza a revisão do lançamento do tributo, de acordo com o art. 149, VIII, do CTN. Por outro lado, o erro de direito é o equívoco na valoração jurídica dos fatos, ou seja, desacerto sobre a incidência da norma à situação concreta. Nessa situação, o erro no ato administrativo de lançamento do tributo é imodificável (erro de direito), em respeito ao princípio da proteção à confiança, a teor do art. 146 do CTN. Precedentes citados: EDcl no REsp 1.174.900-RS, DJe 9/5/2011, e REsp 1.130.545-RJ, DJe 22/2/2011. AgRg no Ag 1.422.444-AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/10/2012.

Pelo exposto, mantenho o julgamento de Procedência das infrações 01 a 03.

No que toca à multa, este CONSEF não tem competência para exercer controle de constitucionalidade ou para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Assim, não merece acolhida a alegação recursal.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 281081.0001/22-4, lavrado contra TIM S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$704.242,57**, 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, 28 de abril de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

