

PROCESSO - A. I. N° 281081.0010/20-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TIM S/A.
RECORRIDOS - TIM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 4º JJF nº 0096-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/05/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. N° 0125-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EXTEMPORÂNEA. UTILIZAÇÃO EM DESACORDO À NORMA REGULAMENTAR. A escrituração do crédito fora do prazo estabelecido na legislação deverá ser realizada através de autorização da repartição fazendária e em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar. Indeferido o pedido pela autoridade competente, comprova-se ser o crédito fiscal indevido, quanto a parcela indeferida. Improriedade da aplicação apenas de multa já que tal ilícito importa também em descumprimento de obrigação principal. Restabelecido o crédito tributário quanto ao valor original, deduzido da parcela deferida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/09/2020, exige ICMS no valor de R\$ 250.519,34, mais multa de 60%, relativo ao mês de julho de 2019, sob a acusação de: *“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”*.

Ainda consta da acusação que:

“A empresa TIM S/A utilizou irregularmente no seu livro de apuração de ICMS, em julho/2019, crédito fiscal extemporâneo do ICMS ST sobre transposição de estoque no valor de R\$ 250.519,34, referente ao período de apuração de agosto/17 a setembro/18, ou seja, 14 meses.

A autuada protocolizou Pedido de Restituição nº 202.361/2019-4, e utilizou o crédito fiscal total em julho/2019, em um ÚNICO LANÇAMENTO FISCAL.

Porém, a empresa, de forma deliberada e irregular, optou por infringir o Artigo 73 § 5º RPAF/BA, DECRETO N° 7.629/99, e o RICMS/BA DECRETO N° 13.780/2012, nos seus artigos 314 e 315, parágrafos § 1º, 2º, 3º e 4º, que reza que o uso dos créditos deveriam se dar em tantas parcelas iguais e sucessivas quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar, ou seja, 14 meses.

Conforme exposto acima, fica devidamente caracterizado, que a empresa utilizou de forma irregular, os respectivos créditos fiscais extemporâneos referentes ao período de agosto/17 a setembro/18, através de um ÚNICO LANÇAMENTO FISCAL, ao invés de escriturar em 14 parcelas, contrariando frontalmente a legislação tributária do ICMS no Estado da Bahia.

Portanto, o crédito fiscal extemporâneo irregularmente utilizado, no valor de R\$ 250.519,34, está sendo objeto desta autuação.

Fica evidenciado que o autuado se antecipou ao prazo legal regulamentar previsto e escriturou antecipadamente e de forma não prevista os créditos extemporâneos em seu livro Registro de Apuração do ICMS em julho/2019.

Logo, por terem sido registrados em sua escrita fiscal antecipadamente, em momento não previsto na

legislação, é indubitoso que, por ocasião da escrituração antecipada, o crédito fiscal, ora em lide, é indevido.

A legislação tributária corrobora que os créditos, mesmo legítimos, se não lançados no próprio mês ou no mês subsequente, não podem ser lançados ao alvedrio do contribuinte, pois para serem devidamente utilizados, devem se submeter ao regramento estabelecido nos 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.

Acrescentamos ainda que este fato trouxe grave repercussão financeira nos recolhimentos do ICMS da empresa para o Estado da Bahia, visto que, o conta-corrente fiscal da empresa para recolhimento de ICMS apresenta saldo sempre DEVEDOR.

Importante ressaltar, que este Processo nº 202.361/2019-4 foi totalmente indeferido em 21/08/2019, conforme parecer final apenso ao PAF.

Informamos que a EFD de julho/2019, o PAF 202.361/2019-4, A intimação Fiscal 10/2020 e a resposta da TIM a intimação fiscal 10/2020, estão devidamente apensadas ao PAF em meio magnético.”

A Decisão, não unânime, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 150.311,60, após rejeitar preliminares de nulidade, diante dos seguintes fundamentos sobre as razões de mérito:

VOTO

[...]

Desta maneira está demonstrado que o autuado, escriturou créditos fiscais extemporâneos, indeferido inicialmente, pela Administração Tributária, porém, pendente de decisão final em razão da apresentação de Recurso Voluntário, ainda não apreciado pela autoridade competente. Porém, o motivo da presente exigência reside no fato de que a utilização do crédito ocorreu através de um lançamento, quando o correto seria em 14 parcelas mensais e consecutivas.

Portanto, neste lançamento não se discute se os créditos estão corretos ou não. O que se analisa é o procedimento adotado pelo contribuinte em escriturar os créditos extemporâneos em seu livro Registro de Apuração do ICMS, em uma única parcela, portanto, em desacordo com o estabelecido na legislação, que a meu ver resultou na ocorrência de um descumprimento de obrigação acessória.

Desta forma, considero não ser razoável a exigência de valor relacionado a crédito fiscal, pois como visto a decisão proferida pela Administração Tributária ainda não é definitiva no âmbito administrativo, não podendo se afirmar se o crédito ora glosado é ou não ilegítimo. Todavia, vejo que restou evidenciado que o autuado se apropriou de crédito fiscal, porém, de forma não preconizada pela legislação, pois a escrituração dos créditos foi feita em momento não previsto na legislação, ou seja, em prazo diverso do estabelecido em norma regulamentar, razão pela qual, no meu entender, tal procedimento fica sujeito ao descumprimento apenas de obrigação acessória, sanção tipificada na alínea “a” do inciso VII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, in verbis:

[...]

Ressalto que este tem sido o entendimento deste Conselho ao apreciar situação similar à presente, envolvendo o mesmo autuado, a exemplo dos Acórdãos nº 0227-04/19, proferido pelo ilustre Relator Carlos Fábio Cabral Ferreira, cuja decisão foi mantida pela 2ª CJF através do Acórdão nº 0152-11/20, de relatoria do ilustre Conselheiro Luiz Alberto Amaral de Oliveira, bem assim como o Acórdão JJF nº 0223-04/19, mantido pela 1ª CJF através do Acórdão nº 0096-11/20-VD, com base no voto proferido pelo i. Conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo, cujas ementas transcrevo:

[...]

Destaco que os Acórdãos a que o autuante se reportou os de nos 005-01/20 e 0119-11/20 tratam de questão diversa da ora analisada nesta infração, pois os mesmos se referem a situação em que o lançamento do crédito extemporâneo foi objeto de indeferimento quando do pedido de restituição, em decisão definitiva no âmbito da Administração Tributária. Mesmo tendo sido cientificado da decisão o mesmo manteve em sua escrita fiscal os referidos créditos, contrariando o disposto no art. 78 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Assim, fica afastada a glosa dos créditos fiscais e mantida a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo abaixo:

[...]

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 150.311,60 em razão da exclusão do imposto exigido no valor de R\$ 250.519,34, porém, mantendo a multa de 60% sobre este valor.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia para divergir do voto prolatado pela I. Relatora, quanto a conclusão à qual chegou em relação ao presente PAF.

[...]

Portanto, por uma questão de coerência e de convicção, porém, com o devido respeito, mantenho meu entendimento esposado pelo voto que ali proferi, o qual segue abaixo transcrito e integra este voto divergente:

“A acusação que se debruça nestes autos é no sentido de que o autuado “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”.

Consta que em relação ao crédito extemporâneo utilizado, o sujeito passivo “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 agosto 2019. 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”.

Está posto nos autos que o sujeito passivo apesar de ter sido notificado do indeferimento do pedido de utilização extemporânea de créditos fiscais, efetuou o registro de tais créditos em sua escrita fiscal, e que ingressou com Recurso Voluntário contra a decisão pelo indeferimento do pedido anteriormente formulado, Recurso este ainda não decidido.

Portanto, o que se tem nestes autos, de forma pontual e específica, é que houve uma utilização irregular de crédito fiscal, decorrente de pedido de utilização de créditos extemporâneos, o qual foi indeferido, entretanto se encontra ainda pendente de decisão em sede de recurso, não havendo, pois, nestes autos, qualquer análise quanto a legitimidade de tais créditos, situação esta que certamente deverá ser examinando quando da apreciação do pedido constante do Processo nº 348600/2019-4 de Recurso Voluntário, ainda pendente de julgamento.

Vê-se, portanto, que a autuação não se refere a ilegitimidade dos créditos fiscais escriturados de forma extemporânea, e, sim, do lançamento em si, de crédito extemporâneo decorrente de Pedido de Restituição nº 221.826/2019-9, objeto de indeferimento, tendo, como consequência, o Recurso Voluntário acima citado, ainda pendente de decisão, repito.

Nesta situação, a manutenção de tais créditos, conforme o entendimento da I. Relatora, com aplicação apenas da multa de 60%, significa que se está dando legitimidade a tais créditos, os quais, poderão ser indeferidos, por ilegitimidade, quando da decisão a ser proferida na apreciação do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo.

O posicionamento da I. Relatora, ao meu entender, com a máxima vênia, resulta em uma situação embaraçosa, pois, ocorrendo o indeferimento da utilização de tais créditos, por ocasião da apreciação do Recurso Voluntário, o Fisco terá que, obrigatoriamente, lavrar outro Auto de Infração, observando o prazo decadencial, para exigir novamente o ICMS creditado indevidamente, de forma extemporânea, o que já foi feito através deste Auto de Infração e que, ao meu ver, foi equivocadamente mantido, legitimando tais créditos sem qualquer análise do seu conteúdo e origem, vez que excluiu a exigência do imposto e manteve apenas a multa de 60%.

Em relação aos acórdãos nº 0227-04/19 e nº 0152-11/20, mencionados pela I. Relatora para consubstanciar seu Voto, se revestem em situação diversa dos presentes autos, pois naqueles casos ficou consignado que os créditos eram realmente legítimos, diferentemente deste que se aprecia, pois não ocorreu, até o presente momento, o reconhecimento da legitimidade de tais créditos, razão pela qual, a exigência deve ser mantida em sua integralidade.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA integral do presente Auto de Infração”.

Por oportuno, considero importante me referir ao Acórdão nº 0227/04-19, no qual fui o relator, citado pela I. Relatora em seu voto, o qual entendo que não pode ser tomado como paradigma para a presente decisão, visto que reflete situação diversa da que aqui se enfrenta. Para fim de avaliação, extraí excerto do referido voto, o qual transcrevo abaixo:

(...)

A este respeito, vejo apesar de constar na acusação que a utilização de tal crédito extemporâneo “trouxe grande repercussão financeira nos recolhimentos de ICMS para o Estado da Bahia, visto que, o saldo de seu conta-corrente na apuração do ICMS é sempre DEVEDOR”, o autuante iniciou sua Informação Fiscal pontuando que “não há questionamento, da sua parte, quanto a legitimidade do crédito fiscal” e, mais adiante, concluiu que “evidenciado que não ocorreu descumprimento da obrigação principal, remanesce patente nos autos como ponto incontroverso o inadimplemento, pelo autuado, de obrigação acessória expressamente estatuída na legislação tributária vigente, qual seja, a apropriação antecipada dos citados créditos, razão pela manteve a exigência fiscal”.

*Isto posto, ao meu ver, resta patente que o autuante não põe em dúvida a legitimidade do direito da utilização dos créditos fiscais pelo autuado e nem o seu montante. Neste contexto, vejo que a questão caminha no sentido de que houve, por parte do autuado inobservância de uma formalidade legal, a qual ao meu ver, não possui o condão de tornar ilegítimos os créditos de ICMS a que tem direito, eis que estes não foram alvo de qualquer questionamento pelo autuante quanto à sua legitimidade, mesmo porque **promoveu as devidas verificações e conferiu todos os lançamentos realizados nos livros fiscais do autuado sem que houvesse qualquer controvérsia acerca da natureza das operações ali registradas.***

Por igual, o Acórdão nº 0223-04/19, do qual também fui o relator, também converge em situação diversa da que ora se enfrenta, consoante se pode observar através do excerto extraído do referido voto;

O autuante, por sua vez, manteve o lançamento em sua integralidade, destacando inicialmente que não há questionamento, por sua parte, quanto a legitimidade do crédito fiscal, enquanto que o Auto de Infração se caracteriza, exclusivamente, pela utilização irregular do crédito fiscal extemporâneo, destacando que o autuado protocolizou o pedido para utilização do crédito extemporâneo e que aguardou o prazo legal de 90 dias para efetivar o lançamento, porém, como não houve pronunciamento pela SEFAZ, nesse interregno optou por utilizar o crédito no valor de R\$ 1.440.129,97, de uma única vez, infringindo o Art. 73, § 5º RPAF/BA e o RICMS/BA nos seus artigos 314 e 315, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, que rezam que o uso dos créditos deveriam se dar em tantas parcelas iguais e sucessivas quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar, ou seja, neste caso, 02 (dois) meses. Desta maneira considerou que o crédito fiscal extemporâneo de um dos períodos objeto do pedido, no valor de R\$ 720.064,98 (R\$ 1.440.129,97/2meses), foi irregularmente utilizado pela empresa e foi o objeto da autuação.

Isto posto, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

Considerando que a desoneração ao sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, a 4ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado com a Decisão proferida o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, às fls. 97 a 101 dos autos, visando a reapreciação da Decisão, no qual diz que, apesar do acertado entendimento dos julgadores da JJF acerca da improcedência da autuação quanto ao crédito fiscal extemporâneo relacionado ao ressarcimento de ICMS Substituição Tributária sobre Transposição de Estoque, a multa equivalente a 60% do valor principal é absolutamente abusiva e ilegal, além de possuir nítido caráter confiscatório, razão pela qual deve ser parcialmente reformado o Acórdão para que seja cancelada.

Sustenta que a multa, correspondente a 60% do valor do imposto, na forma do art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 é por descumprimento de obrigação acessória e que, não há dúvidas de que o efeito confisco deve ser um conceito aberto para comportar a relativização dos referenciais adotados pela autoridade fiscal na prática, devendo ser analisado o dimensionamento do gravame cometido pelo contribuinte para que se revele, em concreto, a razoabilidade e a proporcionalidade na sanção que lhe deva ser aplicada, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da multa.

Destaca que, no presente caso, o suposto ilícito cometido não repercutiu no montante do tributo devido a título de ICMS, visto que o próprio autuante reconheceu que fazia jus à integralidade do crédito do ICMS utilizado no período de agosto/2017 até setembro/2018.

Assim, diz ser inquestionável que a sanção aplicada, que supera mais da metade do valor do crédito do ICMS utilizado, é totalmente desproporcional à conduta do recorrente, que sequer causou prejuízos ao Erário, sendo abusiva e tem caráter confiscatório, do que invoca o art. 150, IV, da CF e manifestação do STF, que considera adequadas as multas aplicadas no percentual de 20% a 30% do valor do débito.

Ante o exposto, requer que seja provido o Recurso Voluntário para julgar improcedente o Auto de Infração, cancelando-se também a cobrança da multa correspondente a 60% do valor do imposto.

Registra-se presença na sessão de videoconferência, o autuante Sr. Ricardo Rodeiro Macedo Aguiar, no qual exerceu o direito de fala.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido, em montante superior ao valor de R\$ 200.000,00, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Inicialmente, do exame das razões do Recurso de Ofício, a desoneração do débito nominal de R\$ 250.519,34 para R\$ 150.311,60 (corrigido de: R\$ 416.137,67 para R\$ 159.495,63 – fl. 89) decorreu do entendimento, não unânime, da Junta de Julgamento Fiscal de que, no caso concreto, restou evidenciado que a escrituração dos créditos foi feita em prazo diverso do estabelecido em norma regulamentar, ficando sujeito ao descumprimento apenas de obrigação acessória, conforme excertos:

Portanto, neste lançamento não se discute se os créditos estão corretos ou não. O que se analisa é o procedimento adotado pelo contribuinte em escriturar os créditos extemporâneos em seu livro Registro de Apuração do ICMS, em uma única parcela, portanto, em desacordo com o estabelecido na legislação, que a meu ver resultou na ocorrência de um descumprimento de obrigação acessória.

Desta forma, considero não ser razoável a exigência de valor relacionado a crédito fiscal, pois como visto a decisão proferida pela Administração Tributária ainda não é definitiva no âmbito administrativo, não podendo se afirmar se o crédito ora glosado é ou não ilegítimo. Todavia, vejo que restou evidenciado que o autuado se apropriou de crédito fiscal, porém, de forma não preconizada pela legislação, pois a escrituração dos créditos foi feita em momento não previsto na legislação, ou seja, em prazo diverso do estabelecido em norma regulamentar, razão pela qual, no meu entender, tal procedimento fica sujeito ao descumprimento apenas de obrigação acessória, sanção tipificada na alínea “a” do inciso VII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Assim, a JF concluiu que tal procedimento fica sujeito à sanção tipificada na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que estabelece a multa de 60% do valor do crédito fiscal, *que não importe em descumprimento de obrigação principal*, sem prejuízo da exigência do estorno, quando da utilização indevida de crédito fiscal.

Contudo, vislumbro que no caso concreto não há como aplicar tal dispositivo legal, o qual estabelece, como condição “*sine qua non*” para aplicação apenas da penalidade, que o crédito fiscal utilizado irregularmente não importe em descumprimento de obrigação principal, o que, no caso em lide, não restou comprovado principalmente por se tratar de créditos fiscais que sequer podemos certificar sobre sua legalidade, tanto em relação ao direito de utilização, no que diz respeito à legitimidade e documentação probatória, quanto à sua liquidez, como previsto no art. 315 do Decreto nº 13.780/12.

Para corroborar com tais incertezas, constam dos autos que tais considerações, apesar de submetidas ao crivo da autoridade competente para a devida avaliação e comprovação, teve seu pedido indeferido, em 21/08/2019, conforme Parecer Final relativo ao processo de Pedido de Restituição nº 202.361/2019-4, às fls. 49 v, sob os seguintes fundamentos:

“Portanto, o período de agosto/2017 a novembro/2017 (04 meses), estão de pronto indeferidos por duplicidade de pedido. Em relação ao período de dezembro/2017 a setembro/2018, informamos que a fiscalização, ao analisar o processo, verificou que nenhuma documentação suporte foi apresentada pela empresa para comprovar suas alegações. A empresa não anexou ao PAF nenhuma memória de cálculo, ou seja nenhuma planilha de apuração dos cálculos realizados para demonstrar como chegou ao valor pleiteado. Além disso, a empresa não informou as notas fiscais suporte dos referidos Créditos fiscais, nem de saída, nem de entrada. Acrescentamos que nenhuma guia de recolhimento do ICMS ST, foi entregue. Enfim, a empresa não oferece nenhuma prova material concreta que possa demonstrar o direito sobre os créditos pleiteados. Nada foi anexado ao Processo.”

Logo, inexistente a consequente autorização pelo titular da repartição fiscal, prevista no art. 315 do RICMS, o qual, ainda, estabelece que o uso dos créditos, deverão se dar em tantas parcelas iguais e sucessivas quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar, o que torna tais créditos fiscais inválidos pelo Fisco, em que pese o contribuinte ter informado que apresentou recurso.

Assim, por vislumbrar que o pedido para utilização extemporânea de crédito fiscal foi indeferido, consoante Parecer Final às fls. 49v do PAF, o crédito fiscal é indevido, sendo, portanto, temerária a conclusão, contida na Decisão recorrida, de aplicar **apenas** a multa prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, objeto deste Recurso de Ofício, cujo dispositivo legal prevê apenas a penalidade aplicada quando **não importe em descumprimento de obrigação principal**, ou seja, quando não há repercussão no conta corrente do ICMS, o que não se verificou no caso concreto, especialmente com o indeferimento do aludido pedido, ocorrido em 21/08/2019.

Em consequência, no caso em análise, cabe sim a exigência do imposto, acrescido da multa de 60%, cujo ilícito fiscal está previsto no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, cuja penalidade cabível é apenas **proposta** pelo autuante, nos termos do art. 142 do CTN.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal; (grifei)

Registre-se, ainda, que os dados processuais citados no “VOTO DIVERGENTE” (Restituição através do PAF nº 221.826/2019-9 e de Recurso Voluntário nº 348.600/2019-4) são estranhos ao feito e dizem respeito aos Autos de Infração nºs: 281081.0007/20-6 e 281081.0010/21-5, e em nada se relacionam com este PAF, relativo aos processos de: Restituição nº 202.361/2019-4 e Recurso Voluntário de nº 348.597/2019-6. Contudo, por se tratar de voto divergente, em nada prejudicou o curso processual, ora em análise.

Diante de tais considerações, concluo pelo Provimento do Recurso de Ofício para restabelecer o valor original do crédito tributário.

Inerente ao Recurso Voluntário, as razões recursais **restringem-se** as alegações de que foi reconhecida a existência de crédito líquido e certo, logo, passível de aproveitamento, sendo, em consequência, a multa de 60%, por descumprimento de obrigação acessória, abusiva e ilegal, além de confiscatória.

Inicialmente, repise-se que em momento algum a Decisão recorrida reconheceu ser o crédito fiscal líquido e certo, como afirma o recorrente, muito pelo contrário, o voto condutor consignou “... não podendo se afirmar se o crédito ora glosado é ou não ilegítimo”.

Porém é fato comprovado que no modo utilizado o crédito fiscal é indevido, pois o apelante teve seu pedido de uso extemporâneo indeferido pela autoridade competente e, em consequência, descumpriu disposição legal prevista na legislação baiana, em especial o que estabelece o § 2º, do art. 315 do Decreto nº 13.780/12, no sentido de que “*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*”.

Logo, concluo que as razões do Recurso Voluntário não são suficientes à reforma **total** da Decisão recorrida, até porque o aludido Processo SIPRO nº 348.597/2019-6, relativo ao Recurso Voluntário *da decisão do indeferimento*, está perfeitamente definido, líquido e certo, após a decisão pelo deferimento parcial do Recurso Voluntário, **em 10/10/2020**, mediante o Parecer nº 8.998/2020, 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\$ 1.009,80 (MIL E NOVE REAIS E OITENTA CENTAVOS), em uma única parcela, referente ao mês de agosto de 2018, sob forma de autorização do uso de crédito fiscal, visto se tratar de devolução de ICMS a contribuinte do imposto, Regime Normal de Apuração, consoante determinação do Art. 75, inciso I e § 5º do Art.. 73, ambos do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999.

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 contribuinte foi cientificado da necessidade de que, na hipótese de já ter utilizado o referido crédito em valores diversos de R\$ 1.009,80, deveria estorná-los e lançar conforme foi deferido, o que implica crédito fiscal indevido utilizado no valor de **R\$ 249.509,54** (R\$ 250.519,34 – R\$ 1.009,80).

Quanto à alegação de que a multa de 60% é de descumprimento de obrigação acessória, abusiva e confiscatória, há de registrar que se trata de penalidade legalmente prevista para a infração apurada, cuja análise resta-nos prejudicada em decorrência do previsto no art. 125, III do COTEB (Lei nº 3.956/81), que estabelece não se incluir na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Por fim, quanto ao pleito recursal para que as intimações sejam em nome dos advogados Ernesto Johannes Trouw, OAB/RJ nº 121.095, e Fábio Fraga Gonçalves, OAB/RJ nº 117.404, recomenda-se que seja atendido o pleito do requerente, em que pese salientar que, nos termos do art. 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, **independentemente da ordem**.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de **R\$ 249.509,54**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER EM PARTE** o Recurso de Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281081.0010/20-7**, lavrado contra **TIM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 249.509,54**, 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, 17 de abril de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS