

PROCESSO Nº 0012992019-3

ACÓRDÃO Nº 0356/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: TIM CELULAR S.A.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOSÉ BARBOSA DE SOUSA FILHO

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO IMOBILIZADO) -
INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES -
INCOMPATIBILIDADE ENTRE A DENÚNCIA E A NOTA
EXPLICATIVA - PROVAS - NULIDADE - VÍCIO FORMAL -
AUTO DE INFRAÇÃO NULO - MANTIDA A DECISÃO
RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A peça acusatória que determina de forma equivocada a natureza da infração, apresenta-se viciada em sua forma, fato este suficiente para ensejar sua nulidade, conforme o artigo 17, inciso II, do PAT/PB (Lei nº 10.094/2013).

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão singular que julgou nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003041/2018-22, lavrado em 27 de dezembro de 2018 contra a empresa TIM CELULAR S.A., inscrição estadual nº 16.143.665-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Em tempo, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função dos vícios formais indicados, devendo ser obedecido o prazo disciplinado no art. 173, II do Código Tributário Nacional.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar, com observação do comando do art. 11, § 9º da Lei nº 10.094/2013, uma vez que o contribuinte está com situação cadastral baixada desde 15/10/2020.

P.R.E.

Tribunal Pleno de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de julho de 2021.

PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (SUPLENTE), LEONARDO DO EGITO PESSOA, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA E LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE).

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



Processo nº 0012992019-3

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Recorrida: TIM CELULAR S.A.

Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ – CABEDELO

Autuante: JOSÉ BARBOSA DE SOUSA FILHO

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO IMOBILIZADO) –
INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES –
INCOMPATIBILIDADE ENTRE A DENÚNCIA E A NOTA
EXPLICATIVA – PROVAS – NULIDADE – VÍCIO FORMAL -
AUTO DE INFRAÇÃO NULO – MANTIDA A DECISÃO
RECORRIDA – RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- A peça acusatória que determina de forma equivocada a natureza da infração, apresenta-se viciada em sua forma, fato este suficiente para ensejar sua nulidade, conforme o artigo 17, inciso II, do PAT/PB (Lei nº 10.094/2013).

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003041/2018-22, lavrado em 27 de dezembro de 2018 contra a empresa TIM CELULAR S.A., inscrição estadual nº 16.143.665-0, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/04/2018 a 30/04/2018, consta a seguinte denúncia, *ipsis litteris*:

0577- CRÉDITO INDEVIDO (ATIVO IMOBILIZADO - CIAP) >> O contribuinte reduziu o recolhimento do ICMS, por ter aproveitado crédito fiscal, concernente à aquisição de ativo fixo immobilizado, sem observância das formalidades impostas pela legislação.

NOTA EXPLICATIVA: O CONTRIBUINTE APROVEITOU CRÉDITO NO VALOR DE R\$ 703.409,53, INFORMADO NO REGISTRO E111 DA EFD/SPED DO MÊS DE ABRIL DE 2018, REFERENTES A AQUISIÇÕES PARA O ATIVO IMOBILIZADO DOS MESES DE SETEMBRO, OUTUBRO, NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2012, QUANDO JÁ NÃO TINHA O DIREITO DE APROPRIAR-SE DOS REFERIDOS CRÉDITOS, VISTO QUE FORAM ATINGIDOS PELO PRAZO DECADENCIAL. ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS A INFRAÇÃO COMETIDA AO ARTIGO 81 DO RICMS/PB.

Foram dados como infringidos, além do dispositivo destacado na Nota Explicativa do Auto de Infração, o artigo 78 do RICMS/PB e o art. 1º § 3º, V; art. 2º e 3º, § 5º do Decreto nº 30.478/09, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “h” da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 1.406.819,06 (um milhão, quatrocentos e seis mil, oitocentos e dezenove reais e seis centavos), sendo R\$ 703.409,53 (setecentos e três mil, quatrocentos e nove reais e cinquenta e três centavos) de ICMS e R\$ 703.409,53 (setecentos e três mil, quatrocentos e nove reais e cinquenta e três centavos) a título de multa por infração.

Documentos instrutórios às fls. 04 a 22.

Cientificada, por via postal da ação fiscal em 11 de fevereiro de 2019, a autuada apresentou reclamação tempestiva (fls. 24 a 30), por meio da qual afirma, em síntese, que:

- a) Apresentou pedido de aproveitamento de crédito extemporâneo ao fim do prazo decadencial, em 26.09.2017;
- b) Que os fatos geradores dos créditos cujo estorno foi solicitado remontam aos meses de outubro a dezembro de 2012, não se aplicando a decadência;
- c) Não pode ser prejudicado pela demora na apreciação do pedido, lhe sendo facultado o aproveitamento dos créditos caso não haja decisão administrativa dentro do prazo de 90 dias, nos termos da Lei Complementar nº 87/1996 e Lei Estadual nº 6.379/1996 (art. 34);
- d) Que a multa apresenta caráter confiscatório.

Após conclusos, os autos foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, oportunidade na qual foram distribuídas ao julgador monocrático João Lincoln Diniz Borges, que decidiu pela nulidade do feito fiscal, nos termos da ementa que abaixo reproduzo:

CRÉDITO INDEVIDO CIAP. REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA PENDENTE DE ANÁLISE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRADIÇÃO NA DENÚNCIA FRENTE À NOTA EXPLICATIVA. INEXISTÊNCIA DE EFEITO DECADENCIAL. PEDIDO DE APROVEITAMENTO EXTEMPORÂNEO NO PRAZO LEGAL. NULIDADE DA DENÚNCIA.

Constatou-se um equívoco cometido pela Fiscalização que caracteriza uma contradição entre o fato infringente constante em nota explicativa que colide com a descrição da infração, fazendo padecer de insegurança jurídica a peça acusatória, caracterizando nulidade por vício formal.

“In casu” a natureza delitiva não se adequa a hipótese ventilada na nota explicativa em face do pedido de apropriação de crédito extemporâneo ter ocorrido dentro do prazo legal permissivo, na forma do art. 168, I do CTN, aliada a falta de manifestação do órgão fazendário responsável pela análise do pedido de utilização extemporânea de crédito fiscal oriundo de ativo permanente, conforme constatação no registro E111 do SPED FISCAL.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador fiscal recorreu de sua decisão a esta instância ad quem.

Cientificada da decisão de primeira instância, por meio de DTe, em 04/09/2019, a autuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos, os autos, a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso de ofício interposto contra decisão de primeira instância que julgou nulo o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003041/2018-22, lavrado em 27 de dezembro de 2018 contra a empresa TIM CELULAR S.A, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

O contribuinte apresentou impugnação na qual suscita que o ajuste na apuração do ICMS relativo ao aproveitamento de crédito do Ativo Imobilizado lançado no período de abril de 2018 e contestado pela fiscalização, correspondente ao valor de R\$ 703.409,53 (setecentos e três mil, quatrocentos e nove reais e cinquenta e três centavos), decorrente do requerimento administrativo que informa a utilização de crédito extemporâneo (Processo nº 1476822017-7 – protocolado em 26/09/2017), no qual foi demonstrado erro sistêmico que impediu a apropriação das parcelas relativas aos períodos de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012.

No entender da autuada, o procedimento fiscal deve ser considerado improcedente uma vez que o requerimento administrativo ocorreu em momento anterior à configuração da decadência e, nos termos da Lei Complementar nº 87/96 e Lei Estadual nº 6.379/96, inexistindo manifestação da Administração Pública no prazo de 90 (noventa) dias após a formalização do processo, fica autorizado o creditamento do valor objeto do pedido, *ipsis litteris*:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 10. 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.

§ 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

Lei Estadual nº 6.379/96:

Art. 34. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado, segundo os mesmos critérios aplicados ao tributo.

De plano, percebe-se que o contribuinte protocolou a petição administrativa antes do decurso do prazo dos cinco anos, porém, por se tratar de utilização de crédito extemporâneo, deveria o contribuinte ter aguardado a manifestação da Secretaria de Estado da Fazenda, uma vez que, apenas após análise do processo administrativo, seria possível concluir se o crédito em questão foi ou não alcançado pela decadência.

Tal premissa se demonstra insuperável uma vez que a utilização destes créditos fiscais possui temperamentos que estão disciplinados nos seguintes dispositivos do RICMS/PB, a saber, Arts. 78, I, II e III do RICMS/PB¹, restando perfeitamente delimitados

¹ Art. 78. Para efeito do disposto no art. 72, relativamente aos créditos decorrentes das aquisições, a partir de 1º de janeiro de 2001, de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, deverá ser observado (Lei nº 7.334/03):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

os procedimentos que devem ser utilizados pelos contribuintes para validação dos referidos créditos.

Assim, não há liberalidade do contribuinte no creditamento extemporâneo do ICMS relacionado com a aquisição de ativo imobilizado, estando estabelecido, no RICMS/PB, diversos mecanismos de controles do crédito do imposto, em outras palavras, o creditamento está condicionado ao cumprimento das disposições da legislação tributária.

Ademais, os dispositivos indicados pelo sujeito passivo que buscam justificar o lançamento independente da apreciação do caso pela Administração Tributária tratam de uma relação obrigacional que possui em sua matriz a sistemática de tributação calcada na Substituição Tributária, cuja operacionalização possui características próprias, não devendo, portanto, ser aplicada ao caso em análise, que trata de uso de crédito extemporâneo.

Por sua vez, o diligente julgador monocrático apontou os seguintes motivos que ensejaram o reconhecimento da nulidade do procedimento fiscal, devendo ser destacado o seguinte trecho da decisão:

Vislumbra-se, ao analisar as peças dos autos, que a acusação versa sobre apropriação indevida de créditos fiscais oriundas de lançamento realizado no Registro E111 do Bloco E do SPED FISCAL sem observância das formalidades previstas no CIAP, porém a nota explicativa informa o perdimento do direito de o contribuinte apropriar-se dos referidos créditos visto que foram atingidos pelo prazo decadencial.

Com relação à infração em análise, devo reconhecer a existência de contradição entre o fato infringente constante em nota explicativa que colide com a descrição da infração descrita na exordial.

Tal fato caracteriza um vício de natureza formal no lançamento indiciário, motivando plena insegurança jurídica e, como consequência, cerceamento do direito de defesa do contribuinte, já que em primeiro plano a denúncia remete a hipótese de creditamento indevido por inobservância da formalidade e consequente ilegitimidade dos créditos fiscais, sem antes ter conhecimento do desfecho do pedido de aproveitamento extemporâneo de crédito feito pelo contribuinte no Processo de nº 14768222017-7, datado de 28/9/2017.

Em segundo plano, se tem notícia, em nota explicativa, da ocorrência de efeito decadencial como fator desencadeador do perdimento do direito de apropriação dos créditos fiscais requeridos, situação não materializada na análise cronológica dos fatos ocorridos, quando se evidencia que os créditos extemporâneos decorrem de fatos geradores entre outubro a dezembro de 2012 e pleito requerido no Processo nº 14768222017-7, foi formalizado em setembro de 2017, portanto, dentro dos 5 (cinco) anos previstos para a solicitação e/ou requerimento de restituição e/ou autorização de creditamento extemporâneo, na forma disposta pelo art. 168, I do CTN, copilado pelo art. 123, I da Lei nº 10.094/2013, senão vejamos:

De fato, a análise dos autos demonstra a “existência de contradição entre o fato infringente constante em nota explicativa que colide com a descrição da infração descrita na exordial”, porém, com a devida vênia ao entendimento do ilustre julgador monocrático, entendo que tal incompatibilidade advém de motivo diverso do delimitado na decisão singular.

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado mensalmente será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;

Pois bem, ao delimitar a relação obrigacional, a autoridade fiscal apresentou a infração como fundada na inobservância das formalidades impostas pela legislação para aproveitamento do crédito fiscal concernente à aquisição do ativo imobilizado, tendo anexado aos autos o Registro Fiscal da Apuração do ICMS no qual consta, no período de Abril de 2018, no demonstrativo de ajustes o crédito decorrente do Cód. PB020011 no qual está descrito “Ativo Imobilizado – Valor do Crédito do Ativo Imobilizado – CIAP CIAP-PB Ref. Set/12 a Dez/12 **Proc. 1476822017-1**” com valor de R\$ 703.409,53 (setecentos e três mil, quatrocentos e nove reais e cinquenta e três centavos).

Desta feita, a autoridade fiscal vinculou de forma precisa a infração ao conteúdo do lançamento extemporâneo, ou seja, está caracterizado nos autos a inobservância da formalidade decorrente do desrespeito ao Proc. 1476822017-1, uma vez que não há previsão legal que autorize ao contribuinte a utilização do crédito extemporâneo caso seja ultrapassado o período de 90 dias após o protocolo da petição administrativa.

Diante de tal situação, a Lei nº 10.094/2013 – Lei do PAT, estabelece, em seus arts. 16 e 17, que os Órgãos Julgadores, ao se depararem com vícios de forma, devem reconhecer, de ofício, a nulidade, senão veja-se:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

(...)

II – à descrição dos fatos;

Assim, acompanho a decisão da instância a quo, no sentido de reconhecer a nulidade, por vício formal, do lançamento, registrando a viabilidade realização de novo procedimento fiscal, nos termos do art. 173, II do CTN.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão singular que julgou nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003041/2018-22, lavrado em 27 de dezembro de 2018 contra a empresa TIM CELULAR S.A., inscrição estadual nº 16.143.665-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Em tempo, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função dos vícios formais indicados, devendo ser obedecido o prazo disciplinado no art. 173, II do Código Tributário Nacional.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar, com observação do comando do art. 11, § 9º da Lei nº 10.094/2013, uma vez que o contribuinte está com situação cadastral baixada desde 15/10/2020².

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de julho de 2021.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
Conselheiro Relator



² § 9º Para efeitos do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, a intimação, quando o sujeito passivo não estiver com sua inscrição ativa perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, deverá ser realizada:

I - no endereço do sócio administrador da empresa;

II - no endereço do representante legal constante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, caso a pessoa jurídica não tenha sócio administrador;

III - por edital, publicado no Diário Oficial Eletrônico - DOe-SER, no caso de devolução do Aviso de Recebimento (AR) sem lograr êxito na entrega da intimação, nos termos dos incisos I e II deste parágrafo.