

**PROCESSO** - A. I. Nº 206951.0007/12-9  
**RECORRENTE** - CASA SILVA CALÇADOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0110-05/13  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 28.11.2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0361-12/13

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO. Correta a “glosa” dos créditos fiscais por se tratar de mercadorias com a fase de tributação encerrada. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência e perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JJF Nº 0110-05/13, a qual, unanimemente, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/12/2012, para cobrar ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$50.088,93, decorrente de cinco infrações, sendo objeto do presente Recurso, apenas a infração 05:

*Infração 05 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de março a novembro de 2010, conforme demonstrativos de cálculo no anexo III. ICMS no valor de R\$21.276,18.*

O autuado apresentou, tempestivamente, impugnação ao Auto de Infração (fls. 280 a 284), tendo a autuante, às fls. 312/313, prestado a informação fiscal de praxe.

Em sequência, a 5ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, consoante fundamentação adiante transcrita:

*“Observo que o Auto de Infração é composto por cinco imputações, das quais o contribuinte acatou as infrações 1 a 4. Desta forma, não existe lide a respeito dessas imposições tributárias. Considerando, ademais, que de acordo com os demonstrativos e demais elementos, acostados ao PAF, as exigências em questão se encontram devidamente caracterizadas.*

*Na infração 5 foi lançado o tributo em razão da utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por antecipação tributária.*

*O sujeito passivo não nega o cometimento da infração apenas entende que o débito deve ser reduzido, considerando o refazimento da sua conta corrente fiscal, em que foi excluído os créditos glosados pela fiscalização.*

*Ocorre que o artigo 356 do RICMS/97 é claro ao estabelecer que “Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária”.*

*Essa vedação ao uso do crédito se justifica porque a apuração do ICMS devido em razão da substituição tributária é feita de forma sumária, deduzindo-se, do débito calculado, o valor do imposto destacado na nota fiscal como crédito fiscal. Como as operações internas subsequentes são feitas sem a incidência do imposto estadual, não há que se falar em direito ao crédito que já foi devidamente considerado.*

*Ademais, verifico que no presente caso, mesmo após o refazimento da conta corrente fiscal, pelo próprio contribuinte, remanesce saldo devedor do ICMS. Assim, também não é admissível a conversão do imposto em multa de 60% do valor do crédito fiscal utilizado indevidamente, prevista no Inciso VII, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois esta somente é cabível quando os créditos aproveitados não resultar em obrigação*

*principal a ser exigida. Portanto, não há o que ser modificado no lançamento de ofício.*

*Por tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, de forma extremamente sucinta, objetivando a reforma do julgado (fl. 340), sustentando que a infração 05 necessitava de diligência, pois a empresa estava sendo lesada pelo Fisco Estadual.

Sequenciando, em relação ao mérito, o contribuinte, textualmente, assim se posicionou:

*“INFRAÇÃO 05 – 01.02.05. DESCRITA PELO AUDITOR*

*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária.*

*A empresa não utilizou os créditos de ICMS conforme descrita pela auditora, mas reconhece que houve erro na escrituração dos livros fiscais. A alegação do fisco conforme pagina dois linhas 21 a 24 do ACÓRDÃO DE JULGAMENTO FISCAL JJF Nº 0110-05/13, “Pelo fato da Empresa fazer parte de uma rede de loja com filiais no Estado da Bahia” não justifica a manutenção da infração, pois o crédito não foi transferido. Está claro, que houve apenas um erro de escrituração, na qual solicitamos ao estado o direito nos termos do Art. 236 do Decreto nº 13.780/2012 que regulamenta o ICMS-BA, inciso I, autorização para reconstituição dos livros fiscais. Conforme CD apresentado em 1ª instância contendo dois arquivos denominados “Apuração de ICMS 2010 e Apuração de ICMS 2010 retificado, a existência de Débitos após reconstituição será de R\$ 1.440,76 na qual a empresa compromete-se a recolher este débito. (inciso III do Art. 236 do Decreto nº 13.780/2012).”*

Nestes termos, concluiu pedindo o deferimento das suas razões recursais.

**VOTO**

Da análise do PAF epigrafado, verifica-se versar o Recurso Voluntário sobre a irrisignação do autuado com o julgamento do Auto de Infração supra identificado, onde, apesar de lhe ser imputado o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS, resultando na exigência do valor total de R\$50.088,93, acrescido de multas, apenas se insurge contra a infração 05, que trata da utilização indevida de crédito fiscal referente às mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por antecipação tributária, na oportunidade repetindo os mesmos argumentos apresentados na impugnação, e arguindo a necessidade de o processo ser objeto de diligência por entender que *“a empresa está sendo lesada pelo fisco Estadual.”*

Ocorre que o pedido de diligência, à luz do disposto no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA, não pode ser acatado, porquanto os elementos informativos constantes do feito se apresentam mais que suficientes para embasar o julgamento da lide, bem assim não ter o sujeito passivo trazido aos autos, no momento do Recurso, nenhum levantamento ou demonstrativo capaz de elidir as inconsistências apontadas.

As provas e documentos que poderiam instruir a súplica se encontram na posse do Recorrente e deveriam ter sido por ele juntadas à procedimentalidade, conforme estabelecido na invocada norma, *verbis*:

*Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

Nesse contexto, a legislação do contencioso administrativo do Estado da Bahia, RPAF/BA, no art. 123, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com arrimo em provas.

O Recurso Voluntário, portanto, é um instrumento que visa, precipuamente, a desconstituição, parcial ou total, da Decisão hostilizada, devendo o recorrente apresentar argumentos e elementos hábeis à alteração almejada, para tanto especificando as incorreções, equívocos, pontos do

Julgado que entendeu ser objeto de reapreciação, ou mesmo, trazendo argumentos novos que permitissem uma melhor análise da questão envolvida.

Assim, em consonância com o artigo 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a autuação fiscal.

Dúvidas inexistem de que, segundo a legislação fiscal vigente, os créditos lançados indevidamente são passíveis da exigência fiscal e, no caso sob comento, os lançamentos se encontravam em desacordo com o disposto no art. 97, IV, "b", do RICMS/BA, posto que advindos de operações de aquisição de mercadorias com o ICMS já pago por substituição tributária ou antecipação, com a fase de tributação encerrada, dispondo:

*Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:*

*(...)*

*IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:*

*a) estiver beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;*

*b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);*

*Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.*

*Art. 359. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: "ICMS pago por substituição tributária" (Ajuste SINIEF 4/93).*

Ressalte-se que as exceções contempladas no texto antes reproduzido revelam situações de emprego na industrialização, insumo de produtor rural, preparo de refeições com tributação no regime normal, todas incompatíveis com as operações objetos desta autuação.

Sucedendo que, visando elidir a infração que lhe foi imputada, o recorrente afirma que houve apenas um erro de escrituração e que a reconstituição dos livros fiscais, consoante disposto no art. 236 do Decreto 13.780/2012, indicaria um débito a recolher no valor de R\$1.440,76, que, de pronto, reconhecia e se comprometia a quitar.

Entretanto, razão não assiste ao Recorrente, pois existem requisitos para a reconstituição de uma escrita fiscal, inclusive dependendo de prévia autorização da repartição fiscal, conforme se verifica da leitura do teor da norma:

*Art. 236. No tocante à reconstituição da escrita fiscal do contribuinte, observar-se-á o seguinte:*

*I - a escrita fiscal somente será reconstituída quando, evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos, for:*

*a) autorizada pela repartição fazendária a que estiver vinculado, a requerimento do contribuinte;*

*b) determinada pelo fisco;*

Concludentemente, a vedação à apropriação de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com o imposto pago por antecipação tributária é expressa, inexistindo respaldo legal para o procedimento adotado pelo recorrente, o qual assumiu as consequências advindas desse procedimento irregular, de igual sorte, estatuídas na legislação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, por se encontrar em estrita consonância com os ditames legais, devendo ser homologados os valores recolhidos mediante parcelamento de débito obtido com os benefícios da Lei 12.903/13, consoante documento de fl. 361.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206951.0007/12-9** lavrado contra **CASA SILVA CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$50.038,93**, acrescido das multas de 60% sobre R\$45.265,50 e de 100% sobre R\$4.773,43, previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, estabelecida no inciso XXII, do mesmo artigo e Lei citados, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos mediante parcelamento de débito obtido com os benefícios da Lei 12.903/13, consoante documento de fl. 361.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS