

A. I. N ° - 152629.0002/13-4
AUTUADO - TC COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ALICIO BORGES DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 07.04.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-02/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Imputação reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Confirmada a utilização dos aludidos créditos. Mantida a exigência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2013, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$133.120,09, em decorrência de:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor histórico autuado R\$ 10.095,08.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor histórico autuado R\$123.025,01.

O autuado apresentou defesa, fl. 1.374, reconhecendo à infração 01 e impugnou à infração 02, alegando que os créditos destacados pelo auditor não corresponde à realidade dos fatos, pois houve erro na escrituração fiscal dos livros, uma vez que as notas fiscais de entrada foram escrituradas com os CFOP 6101, 5101, 5401 e 6401 que são de vendas, por este motivo os créditos foram registrados no livro, mas a empresa não utilizou os créditos fiscais para se beneficiar.

Solicita o cancelamento da infração 02, com base no art. 236, inciso I do Decreto nº 13.780/2012 que regulamenta o ICMS-BA.

Requer autorização para reconstituição dos livros fiscais.

Na informação fiscal, fls. 1.390 e 1.393, o autuante, em relação à infração 02, ressalta que o próprio autuado confessa a prática da infração, entretanto, alegou que incorreu em erro na escrituração fiscal.

Salienta que os lançamentos efetuados pelo próprio autuado em seus livros fiscais fazem prova que o mesmo apropriou indevidamente em seus livros fiscais Registro de Entradas de Mercadorias, fls. 604 a 675 e 1260 a 1323, e Registro de Apuração do ICMS, fls. 676 a 707 e 1324 a 1361, créditos de ICMS referentes a aquisições de mercadorias com imposto pago por antecipação tributária.

Assegura que os argumentos que fundamentam a defesa não elidem a responsabilidade de pagar o crédito reclamado. Independente de sua intenção ou não de utilizar os créditos fiscais apropriados em seus livros fiscais, o aspecto volitivo não é determinante para a configuração da infração. A Lei n.º 7.014/96, no capítulo que trata das infrações e das penalidades, dispõe o seguinte no art. 40, § 2º:

***Art. 40.** Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.*

§ 2º A responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. (Grifo do autuante).

Destaca que o entendimento atual do CONSEF é no sentido de que a discussão não pode se restringir aos efeitos econômico-financeiros do lançamento, sendo imperioso que se observe os efeitos jurídicos da ação do sujeito passivo, e que o lançamento indevido feito a crédito nos livros fiscais do contribuinte já é suficiente para configurar a irregularidade tributária, na medida em que propicia ao contribuinte a oportunidade de, a qualquer momento, reduzir o imposto que seria devido ao Estado.

Transcreve trecho do Acórdão CJF Nº 0395-12/05, da lavra da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, apreciando a mesma matéria em discussão.

No tocante à reconstituição da escrita fiscal requerida pelo autuado, ressalta que o RICMS/BA (Decreto n.º 13.780/12) no seu art. 236 e respectivos incisos, diz que a escrita fiscal somente será reconstituída quando, evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos, e a requerimento do contribuinte, for autorizada pela repartição fazendária a que estiver vinculado, ou, ainda, se determinada pelo fisco, mas que, em qualquer caso, mesmo fazendo a reconstituição da escrita fiscal, o contribuinte não se eximirá do cumprimento da obrigação principal e das obrigações acessórias, mesmo em relação ao período em que estiver sendo efetuada.

Destaca que o CONSEF não é a instância competente para apreciar e deliberar sobre pedido de reconstituição da escrita fiscal como pretendido pela defesa.

Finalmente, destaca que a ação fiscal foi realizada com amparo legal e de forma transparente. O auto de infração, juntamente com os demonstrativos e cópias dos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS acostadas ao processo, contém todos os elementos necessários à perfeita compreensão da ação fiscal.

Às folhas 1.395 a 1.397, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o parcelamento do valor histórico de R\$ 10.095,08, correspondente a infração 01.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 02 (duas) infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece a procedência da infração 01, tendo efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, entendo que a mesma restou caracterizada.

Assim, no caso em tela a lide persiste em relação à infração 02, a qual passo a analisar. Nela é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Em sua defesa o autuado reconhece que registrou as notas fiscais objeto da autuação, de forma indevida, com o lançamento de créditos fiscais. Entretanto, alega que não utilizou destes créditos para se beneficiar, solicitando o cancelamento da infração, com base no art. 236, inciso I do RICMS/12. Requer, ainda, autorização para reconstituição dos livros fiscais.

Em relação ao pedido para reconstituição dos livros fiscais, devo destacar que tal matéria encontra-se normatizada no artigo 236, do RICMS/12, abaixo transcrito:

***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;*

II - em qualquer caso, a reconstituição, que se fará em prazo fixado pela repartição fiscal, não eximirá o contribuinte do cumprimento da obrigação principal e das obrigações acessórias, mesmo em relação ao período em que estiver sendo efetuada;

III - o débito apurado em decorrência da reconstituição ficará sujeito aos acréscimos moratórios.

Parágrafo único. Independente da sistemática de escrituração utilizada pelo contribuinte usuário de ECF, este deve emitir uma Leitura da Memória Fiscal por período de apuração e mantê-la à disposição do fisco juntamente com as Reduções Z emitidas no respectivo período.

Da inteligência dos dispositivos acima, resta claro que o pedido de reconstituição da inscrita deve ser dirigido a repartição fazendária a que estiver vinculado o contribuinte, não podendo ser analisado nos autos do presente processo.

Não acolho o argumento defensivo de que não utilizou estes créditos para se beneficiar, uma vez que o lançamento de créditos fiscais indevido nos livros fiscais do contribuinte já é suficiente para configurar a irregularidade tributária, na medida em que propicia ao contribuinte a oportunidade de, a qualquer momento, reduzir o imposto que seria devido ao Estado, inclusive produzindo efeitos em relação a decadência, pois decorrido o prazo de 05 (cinco) anos o Estado não poderá realizar o estorno do crédito fiscal indevido.

Ressalto que o auto de infração, juntamente com os demonstrativos e cópias dos livros Registro de Entradas de Mercadorias, fls. 604 a 675 e 1260 a 1323, e Registro de Apuração do ICMS, fls. 676 a 707 e 1324 a 1361, contêm todos os elementos necessários à perfeita caracterização da infração, fato acatado pela defesa, conforme já dito acima.

Logo, a infração 02 é procedente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO (em separado, quanto à infração 2)

Trata a infração 2 do Auto de Infração nº 152629.0002/13-4 da seguinte exigência:

INFRAÇÃO 02-01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor autuado histórico R\$123.025,01, relativo a fatos geradores inerentes aos exercícios de 2010 e 2011, cujo enquadramento legal é o previsto no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Apesar de concordar com o entendimento do Relator de julgar procedente a citada infração, divirjo da fundamentação do seu voto, pois vislumbro que, conforme dispositivo legal acima citado, até 27/11/07, lançava-se o valor correspondente ao crédito fiscal utilizado indevidamente, acrescido da multa equivalente a 60% desse valor, pois a legislação até então vigente não atrelava a utilização indevida do crédito fiscal a um eventual descumprimento de obrigação principal. Bastava ocorrer a escrituração do crédito fiscal para que justificasse a exigência do imposto e da correspondente multa. Tal entendimento foi seguido pela fiscalização, bem como pelo CONSEF nas lides que envolveram utilização indevida de crédito fiscal.

No entanto, com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, a legislação tributária referente à utilização indevida de crédito fiscal foi modificada, passando a exigir da autoridade administrativa encarregada da sua aplicação uma análise conjunta do disposto nos incisos II, “f”, e VII, “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para que se chegasse à multa e ao valor a ser lançados, ou seja:

1) em determinado mês, no caso de apuração de saldo credor do ICMS em valor superior ao crédito indevido, vale dizer que não importou em descumprimento de obrigação principal, a punição é a multa de 60% do valor do crédito fiscal indevido, nos termos do art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, sem prejuízo da exigência do estorno, de modo a observar a repercussão financeira deste estorno nos meses subsequentes, até o momento que resultasse em saldo devedor do imposto;

2) no caso de apuração de saldo devedor ou credor inferior ao crédito indevido, o que importa em descumprimento de obrigação principal, cobra-se o valor do crédito indevido na primeira hipótese (saldo devedor) ou da diferença entre o crédito indevido e o saldo credor, na segunda hipótese, nos termos do art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Para um melhor entendimento, transcrevo a seguir o disposto no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente a partir de 28/11/07:

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; (grifo nosso)

[...]

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

No caso em análise, observa-se que os fatos relacionados na Infração 2 são referentes aos exercícios de 2010 e 2011, período que o sujeito passivo apresentou saldo devedor, conforme recolhimentos do ICMS próprio no período, ínsito no extrato de Informações do Contribuinte do Sistema da SEFAZ, sendo cabível a exigência do crédito fiscal indevido e da multa de 60%, previsto no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Diante destas considerações e sob estas fundamentações, voto subsistente a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152629.0002/13-4**, lavrado contra **TC COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$133.120,09**, acrescido das multas de 50% sobre R\$10.095,08, e de 60% sobre R\$123.025,01, previstas no art. 42, incisos I, “a”, VII, “a”, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2014.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR