

A. I. Nº - 110085.0601/15-2
AUTUADO - MEGABMART BRINQUEDOS E PRESENTES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ARNALDO BRITO MOITINHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/09/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-03/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Incerteza da acusação fiscal e falta de liquidez do lançamento. Art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99. Infração nula. Recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2015, para exigência de ICMS no valor total de R\$176.802,86, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - **01.02.06**. Utilização de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de maio de 2013 e outubro de 2014. Exigido o valor do de R\$93.494,71, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - **02.01.01**. - Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio, julho e dezembro de 2013, fevereiro a maio, julho e setembro a dezembro de 2014. Exigido o valor do de R\$83.308,15, acrescido da multa de 60%.

Consta como complemento: “Ano de 2013: - a) Foi apurado uso indevido de crédito fiscal de ICMS, oriundo de transferências de mercadorias de outros estabelecimentos da empresa, por serem as mercadorias substituídas no primeiro estabelecimento, ou seja, no estabelecimento da compra direta de outros Estados. Essas transferências não podem levar crédito fiscal de ICMS por serem mercadorias substituídas. O valor do ICMS utilizado foi de R\$86.306,67, com data de 30.06.2013, conforme Demonstrativos em Planilhas em anexos ao presente processo e com valor levado ao Demonstrativo de Débito do presente Auto de Infração. - b) Foi apurado valores a recolher de ICMS em decorrência de glosa dos créditos no mês de junho, desarrumando a conta corrente fiscal, e dando origem a saldos a recolher em alguns meses ao invés de saldo credor para o período seguinte, conforme demonstrativo em Planilhas anexas ao presente processo. Os valores a recolher totalizam o valor de R\$9.074,63, nos meses e valores constantes no Demonstrativo de Débito do auto presente. Ano de 2014 - **a)** Foi apurado uso indevido de crédito fiscal de ICMS, como Outros Créditos, no mês de outubro de 2014, no valor de R\$8.000,00 como saldo Devedor transferido para a Matriz, quando não havia saldo Credor a transferir. O valor apurado foi levado para o Demonstrativo de Débito do presente auto. - **b)** Foi apurado valores a recolher de ICMS em decorrência da glosa dos créditos no mês de junho de 2013, desarrumando o conta corrente fiscal, e dando origem a saldos a recolher em alguns meses ao invés de saldo credor para o período seguinte, conforme demonstrado em planilhas anexas ao presente processo. Os valores a recolher para 2014 totalizam o valor de R\$74.233,52, nos meses constantes no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração e Planilhas do Levantamento Fiscal em anexo ao

presente processo, dezembro R\$4.164,17. Todos os valores foram levados ao Demonstrativo de Débito deste Auto de Infração.”

Inicialmente, o autuado, em sua defesa tempestiva, às fls. 171 a 174, transcreve os dois itens da autuação destaca que reconhece o cometimento da infração 01 e informa que está providenciando seu pagamento com o intuito de aproveitar os benefícios concedidos pela Lei nº 13.499/2015.

Assevera que, em relação à infração 02, discorda integralmente do seu lançamento, por se tratar de sobreposição de lançamentos, já que uma vez pagos os valores da infração 01 - crédito fiscal indevidamente utilizado e glosado, os valores da infração 02, já estariam abarcados pelo pagamento dos valores creditados indevidamente.

Observa que da simples análise das infrações descritas no Auto de Infração, verifica-se que tratam de uma mesma infração no mesmo período de apuração, não podendo prosperar o item 02 da autuação.

Prossegue esclarecendo que o crédito deixado de ser recolhido na infração 02 foi decorrente de compensação realizada com o crédito glosado na infração 01. Assevera que, em se realizando o pagamento do crédito, não haveria que se falar em cobrança por falta de recolhimento de tributo, uma vez que o crédito glosado anula os pagamentos complementares.

Explica que, por questão de lógica, ou se mantém a glosa do crédito indevidamente aproveitado, ou se cobra o ICMS devido desconsiderando a compensação indevidamente realizada, sob pena de se incorrer em sobreposição de cobranças.

Requer a realização de diligência fiscal que poderá ficar a cargo do próprio fiscal autuante ou, em último caso pela ASTEC-CONSEF.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, reconhecendo-se a nulidade da infração 02, por se tratar de reflexo do imposto cobrado na infração 01, através de glosa do crédito objeto de compensação.

O autuante presta informação fiscal, fl. 179, depois de revelar o argumento central da defesa de que a exigência apurada na infração 01, acha-se sobreposta a apurada na infração 02, apresenta as ponderações resumidas a seguir.

De início, esclarece que ao levantar o uso indevido de crédito fiscal de ICMS tratou de refazer a conta corrente fiscal do contribuinte.

Frisa que seguiu a mesma linha de raciocínio da escrituração fiscal, ou seja, o contribuinte utilizou o crédito fiscal indevido e continuou se debitando na saída, como se as mercadorias não fossem do regime de substituição tributária.

Assevera ter ocorrido um engano de ambas as partes, sua e do autuado.

Registra que, no seu entendimento, o procedimento por ele adotado estaria correto, se as mercadorias fossem todas tributáveis, ou seja, fora da substituição tributária.

Afirma que, depois dos argumentos da defesa apresentada, analisando mais friamente e refletindo melhor, chegou a conclusão que o impugnante está correto com relação à segunda infração.

Esclarece que ao cobrar o uso indevido das mercadorias já substituídas anteriormente esse crédito não mais deve ser levado adiante para os outros meses. Explica que as mercadorias substituídas, que são a quase totalidade no ramo de atividade do autuado, não geram débito de ICMS a recolher pelas saídas dessas mercadorias. Esclarece que nesse regime de pagamento o imposto de substituição ou antecipação tributária sobre as notas fiscais de compra, encerra a fase de tributação nas saídas.

Conclui reconhecendo como correta a exigência contida na infração 01, por uso indevido de crédito fiscal, conforme se encontra no Auto de Infração no demonstrativo de débito, com o total

a recolher no valor R\$93.494,71, tornando sem efeito a infração 02, pelo fato de inexistir, no regime de substituição tributária débito nas saídas.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento da utilização indevida de créditos fiscais de ICMS referente à aquisição de mercadorias com o pagamento do imposto por substituição - infração 01 e falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios - infração 02.

Em suas razões de defesa o impugnante, de plano, reconheceu o cometimento da infração 01, informando, inclusive, que providenciaria o recolhimento da exigência apurada. Assim, resta mantido esse item da autuação.

No que diz respeito à infração 02, o defendente pugnou pela nulidade, sob o fundamento de que a exigência consignada nesse item da autuação representa sobreposição de lançamentos, uma vez que exigidos os valores dos créditos fiscais indevidamente utilizados e glosados na infração 01, já se encontram nela abarcados.

Ao prestar informação fiscal o autuante acatou a alegação da defesa e reconheceu que cometera equívoco registrando que, ao cobrar o uso indevido de crédito fiscal das mercadorias já substituídas anteriormente na infração 01, esse crédito não deve mais ser levado adiante para os outros meses. Concluiu pela manutenção do item 01 da autuação e pela improcedência da Infração 02.

Depois de examinar os elementos que compõem a acusação fiscal atinente aos dois itens do Auto de infração, constato que a tese esposada pelo autuante, em sede de informação fiscal, não deve prosperar, eis que, mesmo tendo sido exigido o uso indevido do crédito, glosado que fora na infração 01, o levantamento fiscal elaborado para apuração da infração 02, deve considerar os valores atinentes às operações sujeitas a tributação normal, e assim, verificar o efetivo valor da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Portanto, na forma em que foi apurada pelo autuante a exigência da infração 02 incluindo os créditos glosados na infração 01, restou evidenciada a falta de segurança e certeza nos valores exigidos, bem como tolhendo o exercício da ampla defesa pelo autuado.

Ante a inexistência nos autos de elementos suficientes para determinação com segurança do cometimento o item 01 da autuação, com repercussão no exercício da ampla defesa do sujeito passivo, entendo ter sido violado o art. 18, incisos II, IV, alínea "a", do RPAF-BA/99, motivo pelo qual o lançamento em lide deve ser julgado nulo.

Assim, concluo pela nulidade do item 02 do Auto de Infração. Nos termos do art. 21, do RPAF-BA/99, deverá a autoridade competente providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110085.0601/15-2**, lavrado contra **MEGABMART BRINQUEDOS E PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$93.494,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do

CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA