

A. I. Nº - 298636.0003/17-1
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP – SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/03/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0015-03/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Escriturou crédito fiscal fora do período legal. A escrituração do crédito fora dos períodos legais dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 19/09/2017, exige ICMS no valor de R\$474.449,40, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade, relativa ao período de janeiro a dezembro de 2016:

Infração 01 – 01.02.73: “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”.

Descrição dos fatos: “O autuado utilizou créditos extemporâneos, referentes aquisições de bens do ativo permanente (CIAP), sem prévia autorização do titular da repartição fazendária, como estabelece o art. 315 do RICMS/BA. Os créditos foram lançados na EFD (Escrituração Fiscal Digital)”. “O autuado é reincidente nesta infração pois em 15/06/2016 foi lavrado um auto de infração de número 298636.3001/16-1 no valor de R\$650.236,30 referente a créditos extemporâneos lançados sem autorização do titular da repartição fazendária.”

Enquadramento Legal: art. 31, parágrafo único, da Lei nº 7.014/96 C/C artigos 314 e 315, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado impugna o lançamento às fls. 13 a 21, inicialmente alertando sobre sua tempestividade e fazendo uma síntese da autuação.

Em seguida argui a inconstitucionalidade do art. 315, do RICMSBA, trazendo os seguintes argumentos:

“De acordo com o inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, o ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

“É o princípio da não-cumulatividade do ICMS, que visa evitar a cumulação do imposto sobre operações, com a incidência do ICMS sobre o valor do próprio imposto, o que produziria uma tributação em cascata. O princípio da não-cumulatividade tem como objetivo resguardar que o tributo incida tão somente sobre o valor agregado em cada etapa da cadeia produtiva”.

“Para que o princípio da não-cumulatividade seja aplicado na sua integralidade, é fundamental que se reconheça o direito ao crédito do ICMS pago na operação anterior, passível de compensação com débitos do imposto em operações subsequentes”.

“O art. 315 do RICMS-BA, apontado como fundamento para o lançamento, consiste em mera obrigação acessória, ex vi §2º do art. 113 do CTN, uma vez que “decorre da legislação tributária e

tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos””.

“Contudo, a exigência do art. 315 do RICMS-BA supracitado, com base na qual foi efetuado o lançamento, é completamente ilegal e inconstitucional, pelo fato de tal dispositivo estar sendo empregado no sentido de obstaculizar o creditamento que é direito subjetivo do contribuinte e indispensável à realização do princípio da não-cumulatividade, nos termos do art. 155, §29, inciso I, da CF/88 e pelo art. 19 da Lei Complementar nº 87/96”.

“Isto é, em lugar de exigir tão somente o pagamento de multa formal pelo descumprimento de obrigação acessória, o Auto de Infração procede à verdadeira glosa dos créditos da IMPUGNANTE, impedindo o gozo de direito constitucionalmente assegurado”.

“É importante frisar que a exigência do Fisco volta-se exclusivamente à ausência de prévia concordância da Fazenda Estadual quanto ao aproveitamento dos créditos extemporâneos, sem que o Auto de Infração tenha em qualquer momento questionado a existência ou quantitativo dos créditos ou a idoneidade da documentação na qual se lastreia”.

“Ou seja, o Auto de Infração está a admitir a legitimidade dos créditos, contudo, a eles se opõe exclusivamente em razão da inobservância do disposto no art. 315 do RICMS-BA”.

“Tal circunstância, porém, só pode caracterizar inadimplemento de obrigação acessória, repita-se, passível de multa formal, mas que já não pode dar margem à total desconSIDERAÇÃO dos créditos, uma vez que esta excessiva penalização, como se viu, viola o princípio da não-cumulatividade”.

“É neste sentido, inclusive, que tem se manifestado a jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Conselho de Contribuintes dos demais Estados. Veja-se, aliás, que em circunstâncias semelhantes e sob semelhantes o Pleno do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, em 21 de abril de 2011, ao julgar o Acórdão nº 6.100...”.

“No mesmo sentido, confira-se também o Acórdão nº 15.689 da Segunda Turma do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, de 21 de fevereiro de 2017, que julgou caso idêntico de interesse da própria IMPUGNANTE”.

“Diante disso, repita-se que a ausência de comunicação à repartição fiscal do domicílio do contribuinte não pode ser considerada como um descumprimento capaz de invalidar o crédito tributário. A falta de cumprimento de uma obrigação acessória não pode inibir o crédito que lhe é assegurado e nem penalizá-lo com multa que não aquela própria da obrigação acessória”.

“Constatada a legitimidade dos créditos pela autoridade fiscal, é ilegítima a sua glosa, apenas pelo fato de a empresa haver efetuado o creditamento sem comunicação à repartição fiscal do seu domicílio. A legitimidade do crédito decorre da lei, isso é inegável, e não de autorização do titular da repartição fazendária”.

“Afim, como apontou Carrazza, “não é dado aos deveres instrumentais tributários atropelar direitos subjetivos dos contribuintes, como o de serem tributados de acordo com os ditames constitucionais ou de fruírem das isenções que a ordem jurídica lhes confere”.

“Desse modo, não há dúvidas de que o fato de o contribuinte não ter comunicado a repartição fiscal do seu domicílio não o impede de usufruir, por inteiro, do direito à não-cumulatividade, direito esse que será tolhido na hipótese de a autoridade tributária insistir em apurar o valor devido com base na aplicação da alíquota de 17% sobre”.

“Diante do exposto, outra conclusão não há senão reconhecer a inconstitucionalidade e a ilegalidade da exigência formulada com base no art. 315 do RICMS/BA, por violação ao inciso I do §25 do art. 155 da Constituição Federal e ao art. 19 da Lei Complementar n. 87/1996, cabendo tão somente a exigência de multa neste caso”.

Ao fim, o autuado apresenta fundamentação jurídica, decisões de alguns tribunais, bem como ensinamentos de doutrinadores do direito, com o intuito de demonstrar que a multa aplicada tem

efeitos confiscatórios e que deveria ser cobrada a estipulada no art. 42, XXII, da Lei Estadual nº 7.014/1996, ou seja, no valor de R\$ 460,00.

O autuante presta informação fiscal à fl. 51, dizendo que ao utilizar créditos extemporâneos sem a autorização fazendária, o contribuinte está se beneficiando de créditos que não foram fiscalizados e comprovados. Aduz que tais créditos se referem a exercícios anteriores, fato que impossibilita a verificação da legitimidade dos mesmos, na presente ação fiscal, uma vez que na ordem de serviço são disponibilizados apenas os documentos e arquivos da fiscalização em comento. Ressalta que por este motivo o art. 315, do RICMS/BA, estabelece que a utilização de créditos extemporâneos depende de autorização do titular da repartição fazendária. Acrescenta que o contribuinte teria que entrar previamente com um processo requerendo a mencionada autorização, para que a fiscalização comprovasse sua existência e autenticidade. Ao final, dizendo que o referido artigo tem por objetivo resguardar a fazenda pública, pede o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente processo exige ICMS pelo fato do autuado ter escriturado crédito fiscal fora do período em que se configurou o direito à utilização do mesmo.

O autuado não nega o procedimento que motivou autuação, apresentando em sua peça defensiva uma vasta fundamentação jurídica, porém limitando-se a questionar a constitucionalidade do art. 315, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Todavia, conforme estabelece o art. 167, I, do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Como bem frisou o autuante em sua informação fiscal, ao utilizar créditos extemporâneos sem a autorização fazendária, o contribuinte está se beneficiando de créditos que não foram fiscalizados e comprovados. Dessa forma, o art. 315, do RICMS/BA, estabelece que a utilização de créditos extemporâneos depende de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, ocasião em que se poderá comprovar a autenticidade dos mesmos.

Destaco que o direito ao crédito fiscal não se perpetua com o cumprimento da obrigação acessória da escrituração. Caso o atuado cumprisse o disposto no § 1º do art. 315 do RICMS/BA, poderia escriturar e compensar os créditos fiscais no prazo de 180 dias da protocolização do pedido, caso não houvesse deliberação do fisco. A protocolização do pedido de autorização de crédito extemporâneo visa a investigação da regularidade do crédito fiscal pretendido, o que evitaria o uso indevido e uma eventual posterior reclamação de crédito tributário pelo fisco.

Portanto, ao utilizar créditos fiscais extemporâneos ao arrepio do que determina o dispositivo legal acima mencionado, o contribuinte está sujeito a glosa dos mesmos, conforme efetuada na ação fiscal ora analisada, além da aplicação da multa de 60%, cuja tipificação se encontra expressa no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, descabendo a multa pleiteada em sua peça defensiva (art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/1996), porque esta última se refere a uma multa por descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei.

Ressalto, ainda, que não há do que se falar em abuso ou confisco, em relação a multa aplicada, tendo em vista que, conforme já mencionado acima, a mesma está prevista no ordenamento legal, sendo que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, com base no que determina o art. 167, III do RPAF/BA.

Do exposto, acrescentando que o autuado é reincidente na prática da infração em comento, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2986360003/17-1, lavrado contra NEXTEL

TELECOMUNICAÇÕES LTDA, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$474.449,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA