

A. I. Nº - 299430.0013/17-1
AUTUADO - INTERSTEEL AÇOS E METAIS LTDA.
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.05.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0052-04/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mantidos os lançamentos em relação aos períodos em que, comprovadamente, não ocorreram pagamento do imposto. Quanto aos demais períodos, onde o imposto foi pago e ocorreu a utilização antecipada do crédito, foi aplicada a regra prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, afastando a exigência do imposto, porém mantendo a penalidade aplicada no percentual de 60%. Previsão legal da multa aplicada. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi expedido em 08/06/2017 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$251.832,89 mais multa de 60% prevista pelo Art.42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: “*Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) objeto de “antecipação parcial”, antes mesmo do seu recolhimento – com repercussão.*”

Nos meses de novembro e dezembro de 2016, utilizou de crédito da antecipação parcial sem o recolhimento do imposto. Já nos meses de junho e novembro de 2016 e fevereiro de 2017, utilizou crédito de antecipação parcial recolhida no mês seguinte da apuração. Seguem em anexo, extratos da EFD e do recolhimento da antecipação parcial”.

Regularmente notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação, fls. 23 a 33, onde, após produzir uma síntese dos fatos contidos nos autos, ingressou na seara do Direito, onde passou a arguir a legitimidade dos créditos fiscais utilizados, de acordo com os argumentos que seguem.

Após mencionar o Art. 309, II do RICMS/BA, que trata da utilização do crédito fiscal decorrente da antecipação parcial do imposto, destaca os meses e a motivação da autuação, para afirmar em seguida que faz jus ao aproveitamento dos créditos fiscais em discussão.

Cita o princípio da não-cumulatividade insculpido pelo Art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal, cujo conceito consiste na compensação do valor do imposto incidente em cada operação com aquele incidente nas operações anteriores. Tece considerações e argumentos outros acerca do princípio da não-cumulatividade do imposto, o mecanismo do seu lançamento no livro Registro de Entradas e destaca que procedeu ao recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, conforme comprovam os documentos acostados aos autos (doc. 02).

Sustenta que o fato do recolhimento ter ocorrido no mês seguinte, não tem por si o condão de tornar ilegítimos os créditos a que tem direito os adquirentes das mercadorias provenientes de fornecedores localizados em outras unidades federativas, já que o direito ao crédito do imposto

com base na não-cumulatividade independe do prévio pagamento do imposto, bastando que tenha ocorrido a incidências na operação precedente.

Desta maneira, considera legítima a apropriação do crédito no período de apuração correspondente, pois se trata do regime de competência, o qual determina que os efeitos das operações sejam reconhecidos no período a que se referem. Assim, sustenta que não há razões para que o creditamento do imposto possa ser obstado pelo Estado da Bahia, destinatário da mercadoria, se foi integralmente destacado na nota fiscal.

Nessa linha sustenta que caso se mantenha a exigência fiscal, estar-se-á diante de evidente cobrança em duplicidade, uma vez que o ICMS já foi recolhido aos cofres estaduais, ainda que de forma extemporânea.

Aduziu que caso não seja reconhecido o direito ao aproveitamento do crédito nos períodos em questão, infere-se que o valor poderá ser computado em sua escrita para uso em outros períodos, respeitando-se, desta forma, a sistemática constitucional do ICMS, razão pela qual o presente lançamento deverá ser cancelado.

Passou a impugnar a multa aplicada, a qual considera abusiva, frisando que seu comportamento não gerou qualquer lesão à arrecadação estadual, visto que o imposto foi apurado e recolhido adequadamente.

Cita o Art. 150, IV da Constituição Federal, para destacar que a cobrança de multa nos termos da autuação reveste-se de inconstitucionalidade e de ilegalidade, vez que, por se tratar de penalidade pecuniária a obrigação tributária de caráter acessório converte-se em principal e se subsumi ao princípio constitucional do não confisco.

Após citar doutrina e jurisprudência oriunda de Tribunais Superiores, conclui pugnando pela total improcedência do Auto de Infração bem como da multa aplicada.

Por fim, requer o provimento da presente Impugnação para reconhecer a legitimidade dos créditos apropriados, ou, na hipótese de assim não entender, que seja reconhecido que o ICMS pago extemporaneamente poderá ser computado na escrita para uso em outros períodos, e, subsidiariamente, caso não atendido o pedido anterior, que seja afastada a multa imposta, ante ao seu percentual abusivo.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal, fls. 69 e 60, aduzindo que de acordo com o descrito na infração, nos meses de novembro e dezembro de 2016 o contribuinte utilizou crédito da antecipação parcial, mas sem que o valor correspondente a esta antecipação tenha sido recolhido aos cofres do Estado.

Já nos meses de junho e novembro de 2016 e fevereiro de 2017 citam que foram utilizados créditos de antecipação parcial recolhida no mês seguinte ao período de apuração, em desrespeito ao inciso II do artigo 309 do RICMS/BA, citado pelo autuado às fls. 25 de sua Defesa.

Dizem que o autuado apresentou sua Defesa baseado no princípio da “não-cumulatividade”, portanto nada que diga respeito à infração identificada.

No que diz se relaciona aos créditos de antecipação parcial recolhida em mês posterior à apuração, citam que foi juntado cópia dos DAEs (fls. 48 a 57) que apenas comprovam que o imposto foi recolhido no mês seguinte ao vencimento da obrigação tributária, portanto o crédito decorrente deste recolhimento só poderia ser utilizado na apuração do ICMS nesse mês seguinte.

Observam que o autuado, com propriedade, argui que tais créditos, cujos recolhimentos foram feitos em mês posterior, “poderão ser utilizados pela Impugnante em períodos subsequentes”, mas desde que ele pague este Auto de Infração e observe o disposto no artigo 315 do RICMS/BA, já que o aproveitamento do crédito se dará fora dos períodos de que cuida o art. 314.

Concluem mantendo o lançamento na sua totalidade.

VOTO

O Auto de Infração em lide, apesar de indicar apenas uma infração, esta tem a seguinte formatação:

a) Para os meses de novembro e dezembro/2016 o autuado utilizou crédito fiscal a título de antecipação parcial, nos valores respectivos de R\$69.451,11 e R\$49.168,88, porém não efetuou tais pagamentos.

b) Para os meses de junho/16, novembro/16 e fevereiro/17, utilizou crédito fiscal a título de antecipação parcial nos valores respectivos de R\$31.626,52, R\$52.284,56 e R\$49.271,83, cujos pagamentos ocorreram no mês subsequente, configurando utilização antecipada de crédito fiscal.

Em sua defesa o autuado centra seus argumentos, basicamente, na legitimidade da utilização de tais créditos ao arrimo do princípio da não-cumulatividade do imposto previsto pelo Art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal.

Analisando tais fatos constatei que em relação ao item “a” acima, os créditos foram utilizados sem que tenham ocorrido os pagamentos respectivos. Este é o fato concreto, pois o autuado, não apresentou os DAEs que comprovassem a realização dos pagamentos, mesmo que de forma extemporânea.

Portanto, o argumento de que é legítima a apropriação do crédito no período da apuração correspondente, não se aplica ao presente caso vez que não ocorreu o pagamento da antecipação parcial, logo, não poderá ser utilizado como crédito valor não recolhido anteriormente.

Desta maneira, as exigências nos valores de R\$69.451,11 e R\$49.168,88 referente aos meses de novembro e dezembro/16 ficam mantidas.

Já em relação aos meses citados no item “b” acima, teço as seguintes considerações:

- mês de junho/2016: os autuantes não anexaram o registro da EFD apontando que houve a utilização do crédito antecipado no valor de R\$31.656,52. Entretanto, de acordo com o documento de fl. 14, este valor se refere ao período de referência do mês 05/2016, cujo pagamento ocorreu em 01/07/2016, fls. 48 e 49. Consequentemente, esse crédito só seria possível de utilização no mês de julho/16, entretanto foi utilizado antecipadamente, fato este não contestado pelo autuado.

- mês de setembro/16: o valor de R\$52.284,56 apesar de constar no enunciado do Auto de Infração como sendo novembro/16, esta indicado como data de ocorrência o mês de setembro/16, que é o correto, já que, o mês de novembro/16 já consta em outro item acima citado. De sorte que, de acordo com o doc. fl. 14, este valor é referente ao mês 08/16 cujo pagamento ocorreu em 03/10/16, portanto, não poderia o crédito ter sido utilizado no mês 09/16, conforme ocorrido e não contestado pelo autuado.

- mês de fevereiro/17: a EFD de fl. 13 comprova que o valor de R\$49.271,83 foi creditado no mês de fevereiro/17, enquanto que o doc. de fl. 15 comprova que o pagamento ocorreu no mês de março/17, logo, só nesse mês poderia ter ocorrido a utilização do crédito, não havendo qualquer dúvida quanto a sua utilização antecipada.

Feitas estas considerações, observo que assiste razão em parte ao autuado já que apesar de ocorrer a antecipação dos créditos, caso seja mantida a exigência do lançamento em relação a estes três meses acima destacados, estar-se-ia exigindo imposto referente a um crédito legítimo, pois houve o pagamento da antecipação parcial em relação a estes meses.

Desta maneira, vejo que a legislação tributária estadual, através do Regulamento do ICMS/BA em vigor, estabelece em seu Art. 309, inciso II, “*que o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto – Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento*”. Em assim sendo, o procedimento do autuado, está irregular.

Por outro lado, a Lei nº 7.014/96, em seu Art. 42, inciso II, alínea “f” estabelece a seguinte sanção: *“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”*.

Assim é que, na situação relacionada aos meses de junho/16, setembro/16 e fevereiro/17, onde, comprovadamente, ocorreram os pagamentos da antecipação parcial, porém, houve a antecipação do registro do respectivo crédito fiscal, entendo descaber a exigência do imposto na forma consignada pela autuação, remanescendo, apenas, a cobrança da multa no percentual de 60% na forma acima mencionada e já indicada no lançamento inicial.

Assim, as exigências concernentes as ocorrências de 30/06/2016, 30/09/2016 e 28/02/2017, nos valores respectivos de R\$31.656,52, R\$52.284,56 e R\$49.271,83 ficam afastadas, remanescendo, entretanto, as multas nos valores de R\$18.993,91, R\$31.370,74 e R\$29.563,10, totalizando R\$79.927,75, equivalentes a 60% do valor do crédito fiscal utilizado antecipadamente, conforme previsão legal acima indicada.

No que diz respeito ao argumento de abusividade do percentual da multa aplicada, por possuir caráter confiscatório, ressalto que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, em seu Art. 167, inciso I, estabelece que não é da competência dos órgãos julgadores administrativos declarar inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Pontuo, entretanto, que a multa aplicada possui previsão legal, Lei nº 7.014/96, devendo, desta maneira, ser aplicada pelos órgãos julgadores.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, no sentido de que sejam mantidas as exigências concernentes aos meses de novembro e dezembro/16 nos valores respectivos de R\$69.451,11 e R\$49.168,88, totalizando R\$118.619,99, além das multas referentes aos meses de junho/16, setembro/16 e fevereiro/17 que totalizam R\$79.927,75, em face da utilização antecipada do crédito fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299430.0013/17-1** lavrado contra **INTERSTEEL AÇOS E METAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118.619,99** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas pecuniárias no total de **R\$79.927,75** previstas no mesmo dispositivo legal acima mencionado e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, em 10 de abril de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA