



DECISÃO Nº: 90/2011
PROTOCOLO Nº: 86249/2010-6
PAT Nº.º: 207/2010-1ª URT
AUTUADA: MYOSÓTIS COMERCIAL LTDA
FIC/CPF/CNPJ: 20.215.976-0
ENDEREÇO: Av. Afonso Pena, 383, Loja 2, Alamanda Mall Natal-RN

EMENTA – ICMS – Utilização de crédito transferido em desacordo com a legislação competente. Aproveitamento de crédito sem a observância das regras contidas no art. 106-A, §1º a 6º do Dec. 18.149/2005. Denúncia comprovada através de robusto conjunto probatório. A aplicação da penalidade, *in casu*, far-se-á sem prejuízo da exigência do imposto acaso devido. Penalidade proposta em perfeita sintonia com a conduta descrita na inicial. O lançamento (aproveitamento) de créditos fiscais recebidos em desacordo com a legislação regente, por si só, enseja a aplicação da penalidade contida na alínea “d”, inc. II do art. 340 do RICMS. A exigência do imposto em decorrência desse mesmo fato, como providência aditiva ou complementar, é que depende da efetiva comprovação da imprestabilidade dos créditos inadequadamente aproveitados. Conhecimento e Acolhimento **em parte** da Impugnação. Afastamento do imposto, por não se comprovar a ilegitimidade ou inidoneidade dos créditos aproveitados – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO FISCAL - APELO OFICIAL QUE SE INTERPÕE.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 06682/2010 – 1ª URT, onde se denuncia utilização de crédito indevido proveniente de transferências entre lojas em desacordo com a legislação, infringindo o art. 150, inciso XIII, c/c art. 108 ou 113, todos do decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, inciso II, alínea “d”, do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

A composição do crédito tributário, segundo os autores do feito, é a multa no valor de R\$ 26.632,07 (vinte e seis mil seiscentos e trinta e dois reais e sete centavos), mais o ICMS devido no valor de R\$ 17.754,71 (dezesete mil setecentos e cinquenta e quatro reais e setenta e um centavos), perfazendo o montante de R\$ 44.386,78 (quarenta e quatro mil trezentos e oitenta e seis reais e setenta e oito centavos).

Ludnilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa autuada, demonstrativos do débito da ocorrência e registro de apuração de ICMS.

2. IMPUGNAÇÃO

Contrapondo-se às denúncias, alegou a autuada, através de sua impugnação às fls. 17 a 21:

- que, de acordo com o art. 106-A “*poderão ser compensados os saldos credores e devedores entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado*”;
- a sua filial localizada na Rua Raimundo Chaves, 2170, Lagoa Nova em Natal/RN, por se localizar fora de um shopping center e por isso ter uma maior capacidade de armazenamento de mercadorias, atua como responsável pela maioria das compras da empresa, e em seguida as distribui para as demais filiais;
- que esse estabelecimento efetua o pagamento antecipado do imposto, com valor agregado de 20%, deste modo, o sempre possui saldo credor de ICMS;
- acredita ser possível aproveitar esse crédito, tendo em vista sua legitimidade, de acordo com o artigo 106-A, supracitado;
- o estabelecimento ora autuado possui créditos desconsiderados pelo atuante, anexando tabela com os valores desses créditos;
- anexa, ainda, decisão da COJUP, nº 33/2003, autorizando esse tipo de aproveitamento;
- por não ter se utilizado de créditos ilegítimos, não se justifica a multa de 150% aplicada pelos autuantes.

A autuada anexou à sua impugnação o Registro de Apuração de ICMS de 2008.

Diante do exposto, requer improcedência do Auto de Infração, cancelando todos os débitos tributários ora reclamados.

3. CONTESTAÇÃO

Instados a contestar a impugnação da autuada, os ilustres autores, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 73 a 78, alegaram que:

- a autuada estava fazendo uso de um regime especial de apuração e recolhimento do ICMS a revelia da legislação da SET, resultando num recolhimento menor do imposto, nem ser autorizada para tanto;



- que de acordo com o §2º do art. 106, o contribuinte deve comunicar a compensação de créditos à URT competente;
- que a decisão nº 33/2003 da COJUP não se aplica ao caso, tendo em vista que em 2005 houveram essas modificações na legislação;
- a transferência do saldo credor ou devedor não foi realizada mediante emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito ou débito, na qual deveria ser indicado o valor do saldo a ser transferido, a data e a descrição da transferência;
- quanto ao enquadramento da multa aplicada, informam que adotaram a forma prevista na legislação competente.

Por fim, concluem pela manutenção integral do auto de infração, mantendo os valores originais de autuação.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 15) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

DO MÉRITO

Contra a infração denunciada pelo fisco de utilização de crédito indevido, em desacordo com a legislação, defende-se a autuada com base na decisão nº 33/2003 da COJUP e sustentando que os créditos existem efetivamente, inclusive discorrendo sobre a motivação de sua existência.

De logo, observo que a impugnação preenche os quesitos de admissibilidade, motivo pelo qual dela conheço.

Igualmente, não vislumbro qualquer reproche que se possa impingir ao trabalho do fisco, quanto às formalidades e princípios regentes do Processo Administrativo Tributário.

Com efeito, os autos estão bem instruídos com relatórios e demonstrativos, analíticos e consolidados, que propiciam à defesa a produção de suas razões adequadamente, prestigiando-se, assim, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Quanto à questão de fundo, penso que razão **não** assiste à ora impugnante, exceto no que se refere à exigência da obrigação principal.

De fato, como bem observam os ilustres autuantes, a decisão paradigma ocorreu antes edição do Decreto nº 18.149/2005, que trouxe modificações na matéria. A partir



da vigência do novel legislativo, a transferência de saldos credores e devedores entre estabelecimentos de uma mesma empresa passou a se sujeitar a regras (obrigações acessórias), bem definidas, que se constituíram em verdadeiras condicionantes ao manejo dos créditos fiscais entre as várias células de determinada empresa.

Dentre estas condicionantes, como grifou com tinta grossa os dignos autores do feito, está a obrigação da emissão de nota fiscal específica para documentar ditas transferência. Alias, nenhuma das condicionante foram satisfeitas pela ora impugnante. De sorte que, dúvida não há, quanto à aplicação da penalidade proposta na inicial, que guarda perfeita sintonia com os fatos descritos e comprovados nos autos.

Com efeito, a empresa atuada efetuou o aproveitamento dos créditos objeto de transferências efetuadas ao arrepio das obrigações de que cuidam os § 1º a 6º do art. 106-A, fato que sem sombra de dúvida se constitui em infração aos referidos dispositivos regulamentares e, como tal, enseja a infligência da penalidade de que cuida a inicial. Vale dizer, deve pagar pelo descumprimento do ritual traçado para que se efetivassem as respectivas transferências de créditos almejados.

No que concerne à alegativa da defesa de que o feito não poderia prosperar, porquanto, os créditos transferidos de forma indevida e aproveitados pela atuada são idôneos, procede, apenas em parte, para afastar a exigência relativa ao ICMS.

Indubitavelmente, este fato não tem o condão de afastar a aplicação da penalidade proposta na inicial, uma vez que tal pena objetiva punir a simples conduta de aproveitar ou apropriar em seus livros, créditos fiscais transferidos em desacordo com a legislação regente, independentemente da essência ou idoneidade dos créditos.

A rigor, pena sugerida na inicial se presta, indiscutivelmente, a repelir e desencorajar tais condutas infratoras. A questão da idoneidade dos créditos só tem relevância quando do levantamento de eventual imposto não satisfeito em decorrência da infração autônoma e de vida própria, já cometida.

Com isso, quer-se dizer que a aplicação da pena sugerida independe da efetiva existência dos créditos inadequadamente recebidos pela atuada; tanto é verdade, que ela trás como parâmetro os créditos inadequadamente recebidos e não, o imposto que eventualmente tenha deixado de ser recolhido, em decorrência de tal fato. Providência que poderá ocorrer ou não, dependendo da idoneidade dos créditos recebidos.

Destarte, temos como consequência lógica que a aplicação da penalidade de que cuida a alínea "d" do inc. II, do art. 340 do RICMS, tem sua aplicabilidade independentemente da existência efetiva dos créditos irregularmente aproveitados, basta que se materialize o primeiro evento, qual seja, a escrituração dos créditos fiscais transferidos em desacordo com a legislação regente da espécie.

Como visto, o segundo evento depende do primeiro, mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, a aplicação da pena se faz independentemente de haver ou não imposto a satisfazer naquele momento.

Nesse desiderato, razão assiste à impugnante quanto à exigência do imposto, pois em momento algum restou comprovada a graciousidade ou inidoneidade dos créditos fiscais irregularmente aproveitado.

Realmente, a defesa sustenta a idoneidade dos créditos transferidos de forma irregular, fato que os ilustres autores do feito não conseguiram colocar em xeque. A bem da verdade, as motivações elencadas pela defesa, para justificar a idoneidade e as transferências dos créditos são plausíveis, motivo pelo qual fasto a exigência do imposto que compõe o crédito tributário de que cuida a inicial.



A propósito, os créditos existem e o direito à transferência já constava da legislação remanescente. O que o novo dispositivo regulamentar acrescentou foi, somente, o ritual a ser cumprido por aqueles que objetivam transferir saldos credores, e nunca a hipótese de transferência eis que de há muito integrava o ordenamento jurídico potiguar.

Devo ressaltar, entretanto, que a irregularidade na forma de transferir não tem o condão de contaminar eventuais saldos credores legítimos e reais existentes na escrita fiscal do remetente. Com efeito, para que se pudesse acolher a pretensão do fisco, de exigir também o imposto, era necessário que este tivesse demonstrado cabalmente a inidoneidade ou efetiva inexistência dos saldos credores inadequadamente transferidos.

Destarte, o crédito tributário a subsistir é tão somente aquele referente à penalidade infligida, em decorrência da inobservância à vigência do dec. n° 18.149, de 23.03.05, vale dizer, **R\$ 26.632,07** (vinte e seis mil seiscentos e trinta e dois reais e sete centavos), **afastando a cobrança do ICMS no valor de R\$ 17.754,71** (dezessete mil setecentos e cinquenta e quatro reais e setenta e um centavos), em valores históricos.

DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa MYOSOTIS COMERCIAL LTDA, para impor à atuada a aplicação da penalidade de multa de que cuida a alínea “d” do inc. II, do art. 340 do RICMS, no valor histórico de R\$ 26.632,07 (vinte e seis mil seiscentos e trinta e dois reais e sete centavos), sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador, afastando a exigência relativamente ao ICMS, tudo, como acima posto.

Por imperativo Legal, **recurso** da presente decisão ao e. **CRF**, ao tempo em que remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 09 de Agosto de 2011.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal