



DECISÃO Nº: 94/2011
PROTOCOLO Nº: 86587/2010-1
PAT N.º: 209/2010-1ª URT
AUTUADA: MYOSÓTIS COMERCIAL LTDA
FIC/CPF/CNPJ: 20.035.596-1
ENDEREÇO: Av. Sen. Salgado Filho, 2234, Loja 130, Candelária Natal-RN

EMENTA – ICMS – 1. Utilização de crédito transferido em desacordo com a legislação competente e 2 e 3. Falta de escrituração de documentos fiscais em livro próprio, com e sem incidência do imposto. 1. 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, exceto ao que se refere mês de Outubro de 2008. 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. 2. defesa comprova o registro dos documentos tidos como não lançados – IMPROCEDÊNCIA. 3 – Comprovação da regularidade de parte das operações - Ocorrência parcialmente procedente e extinta pelo pagamento do crédito remanescente. 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 06678/2010 – 1ª URT, onde se denuncia:

- I) Utilização de crédito indevido proveniente de transferências entre lojas em desacordo com a legislação regente, infringindo o art. 150, inciso XIII, c/c art. 108 ou 113;
- II) Falta de escrituração de documentos fiscais de entrada (sem incidência de imposto) em livro próprio, infringindo o art. 150, inciso XIII, c/c art. 609 e art. 108;

Ludnilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



- III) Falta de escrituração de documentos fiscais de entrada (com incidência de imposto) em livro próprio, infringindo o art. 150, inciso XIII, c/c art. 609 e art. 108, todos do decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidade foram propostas as constantes do art. 340, do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS:

- I) Inciso II, alínea “d”;
II) Inciso III, alínea “F”;
III) Inciso III, alínea “F”.

A composição do crédito tributário, segundo os autores do feito, é a multa no valor de R\$ 59.306,48 (cinquenta e nove mil trezentos e seis reais e quarenta e oito centavos), mais o ICMS devido no valor de R\$ 39.221,48 (trinta e nove mil duzentos e vinte e dois reais e quarenta e oito centavos), perfazendo o montante de R\$ 98.527,96 (noventa e oito mil quinhentos e vinte e sete reais e noventa e seis centavos).

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa autuada, demonstrativos do débito de que cuida a ocorrência e cópia do Livro Registro De Apuração de ICMS.

2. IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se às denúncias, alegou a autuada, através de sua impugnação às fls. 39 a 48:

- 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, 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 seus valores;
- anexa, ainda, decisão da COJUP, nº 33/2003, autorizando, a seu juízo, esse tipo de aproveitamento;



- por não ter se utilizado de créditos ilegítimos, não se justifica a multa de 150% aplicada pelos autuantes;
- sobre a segunda ocorrência, alega que as notas fiscais constantes na fl. 9 são notas de revenda, e não de consumo, e estão devidamente registradas;
- a única nota fiscal que não é de consumo é a nota de nº 4771, também não devidamente registrada;
- na planilha de fl. 10, as notas de nº 69.493 e nº 24.509 estão devidamente lançadas no livro de registro;
- quanto às demais, reconhece a falta de registro;
- que a fiscalização não juntou cópias das referidas notas, para comprovar que não haviam sido escrituradas;
- requer que sejam ajustadas as penalidades aplicadas a não escrituração dos documentos fiscais, considerando os argumentos acima apresentados.

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

A atuada anexou à sua impugnação o Registro de Apuração de ICMS de 2008 e as notas fiscais que alegou estarem devidamente escrituradas.

3. CONTESTAÇÃO

Instados a contestar a impugnação da atuada, os ilustres autores, dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 236 a 242, alegaram que:

- a atuada estava fazendo uso de um regime especial de apuração e recolhimento do ICMS à revelia da legislação da SET, resultando num recolhimento menor do imposto, sem 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;



- a autuada reconheceu a falta de lançamento de notas fiscais de entrada em livro próprio, questionando apenas o aproveitamento do registro de algumas notas fiscais;
- reconhece as alegações referentes às notas nº 69.493 e nº 24.509, excluindo-as da autuação;
- também exclui o mês de outubro de 2008 da primeira ocorrência.

Por fim, concluem pela manutenção parcial do auto de infração, estabelecendo os valores de autuação de R\$ 54.110,87 de multa e R\$ 36.103,96 de ICMS.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 37) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que julgo de importante a relatar.

DO MÉRITO

O presente processo trata de utilização de crédito em desacordo com a legislação, e falta de escrituração de documentos fiscais em livro próprio.

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 suastentando 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 inflicção 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. O suficiente para afastar a exigência do ICMS, não da multa.

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 **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 aproveitamento.



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 afasto 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.

Deve-se, ainda afastar a exigência relativa ao mês de agosto, porquanto, a defesa ter demonstrado a inexistência do cometimento de infração naquele período de apuração, fato plenamente constatado e agasalhado pelos ilustres autores do feito. Assim, afasta-se a penalidade de R\$ 4.549,17.

Destarte, o crédito tributário a subsistir, em relação à **1ª ocorrência**, é tão somente aquele referente à penalidade infligida, em decorrência da inobservância à vigência do dec. nº 18.149, de 23.03.05, **vale dizer, R\$ 54.022,56** (cinquenta e quatro mil vinte e dois reais e cinquenta e seis centavos), **fl. 243**, afastando a cobrança de ICMS no valor de R\$ R\$ 39.047,82 (trinta e nove mil quarenta e sete reais e oitenta e dois centavos), em valores históricos.

No que tange a 2ª (segunda) ocorrência, a atuada comprovou que as notas fiscais estavam devidamente registradas, tendo os próprios atuantes, na contestação, reconhecido a improcedência dessa denúncia, motivo pelo qual **julgo-a insubsistente, afastando-se o valor de R\$ 292,99**

Finalmente, quanto à 3ª (ocorrência), observo que a defesa provou sua insubsistência parcial, fato acolhido pelos dignos autores do feito, que convenceram-se do registro de alguns documentos tidos como irregulares, elaborando novo demonstrativo (fl. 243). Nesse particular aspecto me filio ao entendimento das partes, **julgando referida ocorrência parcialmente procedente (ICMS = 88,92; multa = 88,31), além de declarar extinto o crédito tributário remanescente, eis que alcançado pelo pagamento (fl. 267)**, ensejando em confissão tácita do cometimento parcial dessa infração.

Portanto, por ter a atuada conformado-se em realizar a quitação do imposto e penalidade propostos, entendo por procedente essa denúncia.



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 autuada a penalidade de multa no valor histórico de **R\$ 54.111,48** (cinquenta e quatro mil cento e onze reais e quarenta e oito centavos), além da exigência de imposto no valor histórico de **R\$ 88,92 (oitenta e oito reais e noventa e dois centavos)**, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador, acima referido, além de declarar extinto o crédito tributário remanescente relativo à 3ª (terceira) ocorrência, eis que alcançado pelo pagamento. Restando a ser exigido a título de multa remanescente da 1ª ocorrência o valor histórico de R\$ 54.022,56 (fl. 243) do caderno processual.

Em decorrência da decisão acima, o valor da desoneração total foi de **R\$ 44.327,51**, 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, 10 de Agosto de 2011.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal