

A. I. Nº - 210404.0043/09-6
AUTUADO - ESPLENDOR DA MODA COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA DIAS FILHO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 15/05/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0097-03/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Comprovado nos autos o lançamento em duplicidade na escrita fiscal do contribuinte. Diligência realizada comprova utilização do crédito fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 18/03/2011, para exigir ICMS no valor de R\$ 32.631,64 em razão da irregularidade abaixo descrita pelo autuante, nos seguintes termos:

“No mês de setembro de 2010, o contribuinte utilizou crédito fiscal que já tinha sido utilizado no mesmo mês do ano anterior, em função de pagamento de ICMS devido por antecipação parcial.”

O autuado, através de seu advogado regularmente constituído (procuração anexa – fl.31), apresentou defesa, às fls. 26/30, impugnando o Auto de Infração. Afirma que, em que pese a leitura da descrição indicada acima, a ocorrência de suposta ilicitude na conduta da Impugnante, não ocorreu. Afirma que o agente fiscal deixou de observar em sua fiscalização fatos que levam a total improcedência da infração por ele posta.

Diz que conforme pode ser verificado na documentação que instrui o Auto de Infração, bem como nos documentos que anexa a defesa, o contribuinte de fato, não utilizou crédito indevido no valor de 32.631,64 no mês 09/2010 conforme afirma peremptoriamente o Autuante.

Assevera que ocorreu um equívoco, e o motivo que talvez tenha levado o Autuante a chegar a esta conclusão equivocada decorre de um erro no Sistema Operacional de Informática (Software) utilizado pelo Autuado.

Declara que notadamente no “Resumo da apuração do Imposto” nos períodos de 09/2009 e 09/2010, verifica-se que o valor apresentado para Antecipação parcial é o mesmo para os dois períodos: R\$ 32.631,64. Ressalta que aí surge o equívoco de cunho meramente formal o qual, não causou qualquer prejuízo ao erário, porém fez nascer o Auto de Infração que impugna.

Esclarece que ao dar o comando para fechamento da apuração do ICMS do mês 09/2010 o sistema de informática utilizado pelo contribuinte trouxe a descrição do mês de competência (10/2010) e o valor da antecipação parcial (do mês 09/2009), diferentes daquele realmente pago no período citado e que lhe dá direito ao crédito na forma do artigo 93, I, “a” que é a competência 08/2010 paga em 09/2010, por sua vez, no valor de R\$ 50.199,52, conforme pode ser verificado na folha 17 do PAF, correspondente a cópia do livro de apuração do ICMS.

Argumenta que a situação real que existiu em razão do erro cometido pelo Software foi a de que utilizou-se de crédito de ICMS a menos do que de fato tinha direito, deixando assim de creditar-se da quantia de R\$ 17.567,88 no mês 09/2010, já que deveria creditar-se em função de antecipação parcial paga no valor total de R\$ 50.199,52, conforme xerox anexa, referente a competência de 08/2010, e utilizou-se somente do valor lançado no campo outros créditos do RAICMS com a rubrica “Antecipação parcial ref. 10/2010” de 32.631,64 conforme diz provar.

Reitera que ocorreu apenas o que está explícito, um erro na escrituração fiscal do contribuinte, erro este, oriundo do sistema operacional de informática (software) utilizado pelo autuado para a escrituração fiscal e que em nada prejudicou o Fisco, muito pelo contrário, prejudicou, o contribuinte, já que pagou o imposto a mais no valor de R\$ 17.567,88 (dezesete mil quinhentos e sessenta e sete reais e oitenta e oito centavos).

Cita e transcreve o artigo 93, VIII, do RICMS/BA, para reafirmar o direito ao crédito fiscal em virtude de erro de fato que leve a pagamento indevido de imposto.

Diz que pode se verificar pela lavratura do presente Auto que o Autuante desconsiderou o fato de que o contribuinte recolheu corretamente o ICMS antecipação parcial referente a competência 08/2010 no valor de 50.199,52 no mês 09/2010, cujo DAE de pagamento encontrava-se em seu poder já que estava fiscalizando os exercícios de 2009 e 2010 tendo, assim, utilizado crédito a menor e não crédito indevido. Alega que o erro do contribuinte não justifica o erro do Auditor conforme diz demonstrar.

Ressalta ainda que o enquadramento da autuação está equivocado, pois não se trata de operação com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cita e transcreve o art. 356 do RICMS/BA, para amparar seu argumento.

Requer a nulidade do lançamento nos termos do art. 18, IV, alínea “a”, do RPAF/BA e finaliza requerendo a improcedência da autuação.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 48/50 do PAF. Após fazer uma breve síntese da autuação e das alegações defensivas, frisa que o Auto de Infração resultou do fato de a empresa ter utilizado crédito fiscal em duplicidade. Afirma que mediante aplicação de procedimentos de auditoria, como revisão de cálculos e inspeção documental, observou que, no mês de setembro de 2010, o contribuinte utilizou crédito fiscal que já tinha sido utilizado no mesmo mês do ano anterior. No que se refere à natureza desse crédito, verificou-se que o mesmo resulta de pagamento de ICMS devido por antecipação parcial, conforme demonstrativos acostados ao processo (fl. 20/24). Ou seja, o montante que a empresa recolheu ao erário a título de antecipação parcial do ICMS no mês de setembro de 2009, conforme cópia de DAE apensa à fl. 18 foi novamente utilizado como crédito fiscal no mês de setembro de 2010 (fl. 17). Como se pode observar, em relação ao exercício a que se refere a ação fiscal (2010), o uso do referido crédito torna-se indevido haja vista que o mesmo fora utilizado no mês de setembro de 2009, conforme evidencia cópia do livro de apuração do ICMS (fl. 15).

Salienta que em praticamente toda a extensão da peça defensiva a autuada alega ter sido vítima de erro provocado pelo sistema de escrituração fiscal. Diz que nesse particular, é preciso esclarecer que a exigência tributária em apreço não se escora na presunção de que o contribuinte atuou com a intenção de causar prejuízo ao erário. Pelo contrário, o auto em lide se apoia em documentos que atestam claramente o uso de crédito em duplicidade, sem considerar se o infrator agiu deliberadamente ou não. Afirma que o autuado acaba admitindo que incorreu em erro ao reaproveitar o crédito de R\$ 32.631,64, mas tenta se eximir de sua responsabilidade alegando que este fato fora provocado pelo sistema de escrituração fiscal. Salienta que essa tentativa de descaracterizar o ilícito fiscal não encontra guarida na órbita do Direito Tributário. Salienta que nesse particular, o próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 136, deixa claro que a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Portanto, não lhe cabe investigar se o ilícito tributário foi cometido de forma intencional ou não.

Diz que a alegação de que teria sido induzido a erro na interpretação dos fatos pela suposta coincidência existente entre os valores recolhidos por antecipação parcial nos períodos de 09/2009 e 09/2010, não tem a menor procedência. Em primeiro lugar, porque, como menciona a própria requerente em sua defesa, o imposto pago a título de antecipação parcial em setembro de 2010 foi de R\$ 50.199,52. Em contraposição, o imposto pago a título de antecipação parcial em setembro de

2009 foi de R\$ 32.631,64. Portanto, não se observa nenhuma coincidência entre os valores recolhidos a título de antecipação parcial nos meses referidos. Em segundo lugar, nota-se que a própria requerente acaba provando a falsidade de sua alegação por meio da Planilha de Cálculos que acosta ao processo (fls. 40/45). Essa planilha atesta que o montante devido por antecipação parcial no mês de setembro de 2010 foi de R\$ 50.199,52 e não R\$ 32.631,64. Afirma que é levado a considerar a hipótese de que a autuada assim agiu para confundir a autoridade julgadora. Diz que a autuada procura se deslocar do território de infrator para ocupar o espaço de vítima, afirmando ter efetuado recolhimentos em montante superior ao devido como consequência do suposto erro atribuído ao sistema de escrituração fiscal. Afirma que em nada este fato pode contribuir para descaracterizar o ilícito fiscal e desautorizar a cobrança do montante que lhe fora exigido através do auto em questão.

Finaliza dizendo que não se pode descartar a hipótese de que realmente a utilização indevida do crédito fiscal tenha sido provocada por erro atribuível ao sistema operacional da autuada, conforme insistente alegação contida em sua defesa, mas de acordo com a legislação vigente, esse fato é totalmente irrelevante para determinar o desfecho da ação fiscal, cita e transcreve Art. 136 do CTN. Conclui pela manutenção integral da autuação acrescida das cominações legais.

O processo foi convertido em diligência, fl.56, a fim de que o autuante verificasse se o mencionado crédito fiscal recolhido a título de Antecipação Parcial no mês de agosto de 2010, foi efetivamente utilizado pelo autuado.

Cumprida a diligência, fls. 80/81, o autuante presta informação. Inicialmente resume os fatos que deram origem ao lançamento fiscal. Traça uma síntese das alegações defensivas.

Sustenta que a ação fiscal não se apoia na presunção de que o contribuinte atuou com a intenção de causar prejuízo ao erário. Salienta que os documentos constantes do processo atestam claramente o uso de crédito em duplicidade, ignorando-se o fato de o infrator ter agido deliberadamente ou não. Diz que o CTN estabelece que a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos fatos.

Esclarece que em cumprimento à diligência requerida examinou a documentação apresentada com o objetivo de verificar se o autuado utilizou até a data da diligência os referidos créditos. Afirma que a análise dos documentos evidencia que com exceção do crédito utilizado no mês de setembro de 2010, todos estão devidamente comprovados por documentação hábil e escriturados no livro Registro de Apuração de ICMS. O alegado crédito de R\$50.199,52 não se encontra registrado, em nenhum exercício, no livro de Apuração apresentado, fls.59/79.

Informa que todos os créditos fiscais escriturados no livro RAICMS inclusive os decorrentes de recolhimentos efetuados a título de antecipação parcial, foram utilizados até a data da realização da diligência. Diz que a empresa cessou suas atividades e que a última apuração do ICMS se deu no mês de agosto de 2011, resultante num montante a recolher na ordem de R\$83.013,62, após a absorção de todos os créditos a que tinha direito, fl.79.

Conclui que como todos os créditos fiscais regularmente escriturados, inclusive os decorrentes de recolhimentos efetuados a título de antecipação parcial, foram inteiramente absorvidos na apuração do ICMS até o mês em que a empresa se encontrava em atividade, conclui ser devido o montante do presente lançamento fiscal.

Diz não ter sido possível apurar se a infração que deu causa à autuação foi motivada por erro atribuído ao sistema operacional, como alega a Impugnante. Entretanto argumenta que esse fato em nada influencia o desfecho da ação fiscal nos termos normativos do artigo 136 do CTN.

Conclui pela manutenção integral do auto de infração.

À folha 82 consta termo de devolução dos livros e documentos recebidos para possibilitar a diligência, bem como, o fornecimento de cópias de todos os documentos acostados aos autos dando ciência ao contribuinte da diligência realizada para que se manifestasse, querendo.

Decorrido o prazo regulamentar o autuado permaneceu silente.

VOTO

Trata-se de auto de infração em que se acusa o Autuado de ter utilizado em duplicidade o crédito do ICMS antecipação parcial pago anteriormente, no valor de R\$ 32.631,64, nos meses de setembro de 2009 e setembro de 2010.

Cumprindo inicialmente observar que nos autos existem elementos suficientes para que se faça a apreciação das questões substanciais, contidas na peça inaugural do processo, nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração e na peça defensiva. A questão de mérito se encontra centrada basicamente na análise jurídica dos fatos, não havendo quanto a estes qualquer dúvida de ordem fática.

Compulsando os autos vejo que consta da cópia do livro RAICMS - Registro de Apuração do ICMS, fls. 15/17, valor de R\$32.631,64, lançado como crédito referente a antecipação parcial, no mês de setembro 2009 e no mesmo mês do exercício de 2010, associados aos períodos 08/2009 e 08/2010, respectivamente.

Relativamente ao pagamento do imposto antecipação parcial referente exercício de 2009, consta dos autos, fl. 18, cópia do DAE quitado no valor de R\$ 32.631,64, bem como demonstrativos do cálculo da antecipação a ele inerente, fls. 20/24, portanto é indiscutível a regularidade da utilização de tal valor como crédito, pelo contribuinte para aquele período.

Entretanto, relativamente ao valor da antecipação parcial com mês de referência 08/2010, o autuado alega que uma falha do sistema *software* utilizado em sua escrituração fiscal é responsável pela irregularidade apontada, mas que este fato não trouxe prejuízo ao erário estadual, considerando que pelo mesmo motivo anteriormente alegado deixou de lançar, e consequentemente utilizar crédito fiscal, conforme cópia do DAE quitado, fl. 39, no valor de R\$ 50.199,52 e planilha demonstrativa, fls. 40/45, relacionando as notas fiscais inerentes a tal período o que lhe daria direito ao crédito.

O processo foi convertido em diligência para que o autuante verificasse se o contribuinte teria absorvido o crédito escriturado indevidamente em seu conta corrente fiscal, o que ficou devidamente constatado, visto que o preposto fiscal informa que a empresa cessou suas atividades e que a última apuração do ICMS se deu no mês de agosto de 2011, resultante num montante a recolher na ordem de R\$83.013,62, após a absorção de todos os créditos a que tinha direito, fl.79.

O preposto fiscal diz que como todos os créditos fiscais regularmente escriturados, inclusive os decorrentes de recolhimentos efetuados a título de antecipação parcial, foram inteiramente absorvidos na apuração do ICMS até o mês em que a empresa se encontrava em atividades, o contribuinte realizou dupla utilização de crédito fiscal referente ao recolhimento do ICMS antecipação parcial, no mês de setembro de 2009 e setembro de 2010.

No tocante à alegação do autuado de que teria deixado de registrar o valor de R\$ 50.199,52 referente ICMS antecipação parcial, inerente ao mês 08/2010, poderá o contribuinte requerer junto à Inspeção Fiscal de origem, que o valor deste auto de infração seja compensado com o mencionado crédito fiscal a que tem direito e que não foi utilizado, nos termos do art. 108 do RICMS/BA.

Na sessão de julgamento do presente auto de infração, a procuradora da empresa autuada requereu que as intimações relativas ao presente feito sejam enviadas para seu escritório,

conforme consta da procuração, fl. 31, considerando o encerramento das atividades do autuado com o respectivo fechamento do local de seu estabelecimento.

Quanto a este pedido, ressalto que nada obsta ao atendimento deste pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda poderá enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Concluo pela procedência do auto de infração, pois restou devidamente comprovada a utilização em duplicidade do ICMS recolhido a título de antecipação parcial, nos meses de setembro de 2009 e setembro de 2010.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Não houve, absolutamente, utilização indevida de crédito fiscal neste caso. Muito pelo contrário, o que houve foi utilização de crédito fiscal a menos.

No mês de setembro de 2010 o contribuinte tinha direito de creditar-se do valor de R\$ 50.199,52, conforme fl. 17 dos autos, que foi o valor da antecipação parcial pago relativamente ao mês anterior. Isso não se discute. Realmente o contribuinte tinha direito ao crédito de R\$ 50.199,52. Ao escriturar esse crédito de R\$ 50.199,52, o contribuinte, por equívoco, apenas se creditou de R\$ 32.631,64 – creditou-se a menos. Além do equívoco de se creditar a menos, incorreu noutro equívoco, que consistiu na descrição do “histórico” do lançamento, reportando-se a outro período – em vez de setembro de 2010, citou setembro de 2009. Como o crédito de setembro de 2009 já havia sido utilizado, o fiscal entendeu que teria havido duplicidade de lançamento.

Porém está claro que o contribuinte não voltou a utilizar outra vez o crédito que já havia utilizado antes. Apenas se equivocou ao citar o mês errado. Mas, a rigor, matemática e efetivamente, não houve de forma alguma utilização de crédito a mais. Repito: o contribuinte tinha direito ao crédito de R\$ 50.199,52; ao escriturar esse crédito de R\$ 50.199,52, o contribuinte, por equívoco, apenas se creditou de R\$ 32.631,64 – creditou-se a menos.

Por ter se creditado a menos, o contribuinte tinha – e ainda tem – o direito ao crédito remanescente, de R\$ 17.567,88. Claro que ele poderia depois escriturar o crédito que utilizou a menos. O problema é que ele encerrou suas atividades. Restaria apenas o direito de pedir a restituição.

Na sessão de julgamento ficou claro que o contribuinte tem o direito ao crédito remanescente, já que o crédito foi utilizado a menos.

Com base nesse entendimento de que o contribuinte tem direito a esse crédito, o voto da nobre Relatora é no sentido de que, ao quitar este Auto, ele faça uso desse crédito a que tem direito. Ou seja, na quitação do Auto, o crédito ao qual o contribuinte tem direito seria reconhecido pela repartição, abatendo-se, no ato da homologação, o valor do crédito.

Com esse raciocínio, fica reconhecido que o contribuinte tem direito ao crédito que utilizou a menos, a ser compensado na quitação do Auto.

Considerou-se que isso seria o mesmo que julgar o Auto improcedente e o contribuinte pedir depois a restituição do crédito utilizado a menos.

Não é o mesmo. E direi por que esta solução não chega ao mesmo resultado: é que, como este Auto está sendo julgado “procedente” – apesar de na sessão de julgamento ter havido consenso de todos os membros desta Junta de que realmente o contribuinte tem direito ao crédito que utilizou a menos –, o fato de ser julgado procedente implica o acréscimo da multa, e em virtude desse acréscimo haverá um desequilíbrio, pois o valor lançado no Auto aumentará com a correção monetária e a multa, porém o crédito utilizado a menos pelo contribuinte não terá nem uma coisa nem outra, será o valor histórico.

Não vejo como se reconhecer que o contribuinte tinha direito ao crédito de R\$ 50.199,52 e apenas se utilizou de R\$ 32.631,64, mas mesmo assim se considerar este Auto de Infração “procedente” pelo fato de no histórico da escrituração ter sido feita menção a outro mês.

O processo foi baixado em diligência para que fosse verificado se o contribuinte utilizou posteriormente o crédito de R\$ 50.199,52. Não utilizou.

Na sessão de julgamento esteve presente a representante do contribuinte, que assegurou que o crédito de R\$ 50.199,52 não foi utilizado.

Propus então, na sessão de julgamento, que se baixasse o processo em diligência para que fosse confirmado isso, ou seja, para que não restasse dúvida de que o crédito de R\$ 50.199,52 não havia sido utilizado.

Porém esta Junta concluiu que não havia necessidade de diligência, pois estava claro que o crédito não foi utilizado.

Não entendo então por que o Auto de Infração é “procedente”.

A veemência com que faço este voto, repetindo e repisando as coisas, reflete o meu espírito de Justiça, que é a tônica da minha atuação neste Conselho, na defesa dos interesses legítimos do Estado, respeitando os direitos legítimos do contribuinte.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 210404.0043/09-6**, lavrado contra **ESPLENDOR DA MODA COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 32.631,64** acrescido da multa de 60% prevista na alínea “a”, Inciso VII do artigo 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE