

A. I. Nº - 233099.2010/13-8
AUTUADO - TRATORMASTER TRATORES PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VÍNICIUS BORGES DE BARROS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01/09/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-05/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. IMPOSTO LANÇADO EM VALOR SUPERIOR AO QUE FOI PAGO. O impugnante confessou a prática da infração quanto à obrigação acessória (lançamento de crédito retroativo), mas comprovou a inexistência de descumprimento da obrigação principal. Infração 1 improcedente. **b)** ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Ao emitir novamente as notas fiscais de saídas, com destaque de imposto, e feito o lançamento a débito na escrituração, o impugnante tem direito ao estorno de débito referente a estas notas fiscais, visto que o imposto destas mesmas operações foi pago em separado, com os devidos acréscimos moratórios, referente às notas emitidas sem o destaque de ICMS no mês de fevereiro, pelas mesmas mercadorias, conforme descrição com os números de série das máquinas. Infração 2 improcedente. **c)** UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO SEM O CORRESPONDENTE DOCUMENTO PROBATÓRIO. O impugnante não contesta o lançamento a crédito da nota fiscal, que o autuante diz ter sido feito tempestivamente em agosto, e assim, reconhece a duplicidade do lançamento do crédito, mas justifica a inexistência de descumprimento da obrigação principal. Visto neste caso, não ficar evidenciado a ausência de dolo, nem de prejuízos ao erário nos meses subsequentes, converto esta infração, nos termos do art. 157 do RPAF, em multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração 3 parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 28/06/2013, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$274.636,21 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, sendo lançado o valor de R\$198.157,71, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, sendo lançado o valor de R\$44.538,88 acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório de direito ao referido crédito, sendo lançado o valor de R\$31.939,62

acrescido da multa de 60%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 68/73, por discordar da lavratura do auto, conforme razões abaixo, requerendo que a impugnação seja processada e julgada procedente por esta Junta Julgadora, e pede que todas as notificações/intimações sejam endereçadas para a sede da Recorrente, conforme endereço fornecido no preâmbulo, ou via mensagem eletrônica para os endereços também fornecidos na peça impugnatória.

No que diz respeito à infração 1, aduz que em 02/2010 a empresa fez um lançamento no campo “outros créditos” da apuração do ICMS, por conta do pagamento da antecipação parcial relativa ao mês 01/2010, no valor R\$ 197.554,99; que tal valor está inserido no montante de R\$ 224.157,71, disposto na Declaração e apuração Mensal do ICMS –DMA (doc. 1.3), e no livro Registro de Apuração de ICMS (doc. 1.2), período de referência 02/2010. Ressalta que o valor de R\$ 197.554,99, foi recolhido através de DAE conforme doc. 1.1, gerando assim, um crédito legítimo.

Que segundo o autuante, não poderia utilizar esse valor por ter recolhido o referido montante (acrescido dos incrementos moratórios) em posterior período, não estando o crédito, apto a servir à compensação do imposto devido no período em tela, qual seja, 02/2010. Não discorda que a tese do agente fazendário seja verdadeira, contudo, argumenta que o autuante não percebeu que não houve utilização do referido crédito no período alegado, apesar de tê-lo registrado no livro, por mero erro de lançamento, sem causar nenhum dano ao Fisco.

Que conforme pode-se observar no livro Registro de Apuração ICMS, do período de 01/02/2010 a 28/02/2010 (doc. 1.2), constam créditos como entradas de prestações, no valor de R\$65.842,64; um estorno de débito no valor de R\$ 16.803,71; outros créditos de R\$ 224.157,71.

Que além disso, ainda tinha um crédito relativo a períodos anteriores, da ordem de R\$ 473.793,63, que juntos, atingiam um montante de da ordem de R\$780.657,69, para fazer face a um débito de R\$533.630,51. Assim, argumenta que expurgando-se do total dos créditos, o valor ora alegado como utilizado de forma indevida, constatar-se-á que ainda assim, teria crédito suficiente para fazer face aos débitos exigidos, de acordo com a demonstração abaixo:

CRÉDITO REGISTRADO NO LIVRO: R\$ 780.597,69(A)
EXPURGO DO CRÉDITO SUPOSTAMENTE REALIZADO: R\$ 197.554,99(B)
SALDO DE CRÉDITO REMANESCENTE APÓS O EXPURGO: (A-B) = R\$ 583.042,70.
DÉBITO EXIGIDO: R\$ 533.630,51
CRÉDITO REMANESCENTE: R\$ 49.412,19

Conclui-se desta forma que, em não utilizando o crédito aludido pela fiscalização, o resultado prático seria o mesmo, ou seja, havia crédito suficiente para pagar seus débitos e ainda usufruir de saldos para períodos seguintes, portanto, sem nenhuma lesão ao erário que justifique autuações e multas.

Isto posto, dispõe que resta comprovado que não se *utilizou a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior*, razão pela qual requer a anulação do referido Auto de Infração que lhe foi imputado de forma injusta.

Quanto à infração 2, alega que em 02/2011 a empresa emitiu as Notas Fiscais nºs 7934 e 7935, em demonstração para dentro do Estado, tendo como destinatário a empresa Fape Terraplenagem e Construção Ltda., Inscrição Estadual nº 54.615.414(docs. 2.1 e 2.2), com o permissivo legal de não destacar o imposto. Ocorreu que o destinatário da demonstração não emitiu a NF de devolução da remessa para demonstração, e foram emitidas outras duas notas, desta feita, de vendas (doc 2.5 e 2.6) para o mesmo cliente, notas estas que ensejaram débitos de ICMS.

Ocorre que a empresa já havia feito o recolhimento destes tributos, como pode ser comprovado através dos DAE anexos (doc. 2.3 e 2.4) pagos no dia 08/06/11, juntamente com os acréscimos moratórios pelo atraso. Daí o estorno perpetrado pelo contribuinte e mal entendido pelo agente

fiscalizador. Protesta que resta comprovado que não *efetuiu estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto*, conforme vaticinou de forma equivocada o autuante.

Quanto à infração 3, explica que em 15/07/2011 foi emitida uma nota fiscal de remessa em demonstração, tendo como destinatário, sua filial localizada em Aracaju, portanto fora do Estado, o que enseja a obrigação legal do destaque do Imposto. Que a referida nota de demonstração de nº 010.719 (doc. anexo 3.2) foi emitida obedecendo todas as formalidades legais, e que por sua vez, a devolveu em 25/08/2011 através da Nota Fiscal nº 0015 (anexo doc. 3.1) com destaque do Imposto, gerando assim, um crédito para a matriz.

Aduz que este crédito não foi utilizado de imediato, em virtude de falha na comunicação interna da impugnante, sendo que esta só fez uso do seu direito de crédito no mês 10/2011. Desta forma, a empresa utilizou seu direito de crédito relativo a essa devolução da remessa de demonstração, em período diverso daquele que normalmente faria, ou seja, ao invés de usar no mês 08/2011, utilizou em 10/2011; que o fato de haver utilizado crédito em período diverso daquele que seria devido, induziu o Autuante ao erro de interpretar que havia a ocorrência de um uso indevido de crédito.

Que assim, restou claro que o sujeito passivo da relação tributária em momento algum *utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito*, porquanto, comprovando cabalmente que cumpriu com suas obrigações tributárias não infringindo nenhum dispositivo legal, credenciando-se a obter a anulação deste Auto de Infração.

Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, é incabível a manutenção do Auto de Infração, pelas seguintes razões e motivos:

- 1- Ocorreu equívoco do agente fiscal ao autuar a Recorrente, pois seu auto se baseou em premissa falsa de que o contribuinte se utilizou de crédito a maior para deduzir o Imposto que deveria recolher aos cofres públicos, pois restou comprovado que apesar do erro de apuração do crédito, este não foi utilizado para diminuir suas obrigações tributárias, portanto inexistiu lesão ao Erário;
- 2- A autoridade fazendária foi levada a engano por não ter percebido que o Contribuinte já houvera pago o imposto pretensamente devido e conseqüentemente efetuou o estorno de débito de ICMS, exercendo seu direito em consonância com a legislação deste imposto. Não infringiu, portanto, nenhum dispositivo legal nem muito menos deu prejuízo ao Erário. Conclui-se, desta forma, que seria enriquecimento sem causa, a fazenda exigir novo pagamento de tributo pela incidência de um mesmo fato gerador.
- 3- Inexistiu qualquer prejuízo ao erário público, muito menos má-fé da Autuada. Simplesmente, o Autuante se confundiu em virtude do contribuinte não ter utilizado o crédito no período que qualquer detentor de crédito faria, ou seja, na primeira oportunidade. Que não o fez, em decorrência de questões internas que não lhe permitiram ter ciência em tempo de exercer seu direito de imediato, e, portanto postergou o exercício de seu direito, que por fim acabou contribuindo involuntariamente para confundir a análise da autoridade que imaginou ter azo na imposição do auto.

Nestes termos, pede a completa anulação do referido Auto de Infração.

À fl. 110, o autuante prestou informação fiscal, quando diz que com relação à infração 1, cabe lembrar que o crédito de valores referente à antecipação parcial é condicionado ao efetivo pagamento no referido mês, e que o contribuinte se creditou indevidamente sem o efetivo pagamento da antecipação parcial, conforme demonstrado no anexo à folha 7 do PAF.

Com relação à infração 2, diz que o contribuinte estornou um débito que sequer foi gerado, uma vez que nas Notas Fiscais de Saída de nºs 7.934 e 7.935, não foi destacado o ICMS (fl. 06 do PAF), e com relação à infração 3, o contribuinte escriturou um crédito à maior que o de direito, não comprovando devidamente com documentação pertinente (ver anexo à folha 8 do PAF), e que

diante do exposto, ratifica por inteiro o presente Auto de Infração.

Às fls.114, em pauta suplementar do dia 19/12/2013, foi feito pedido de diligência, para que fossem esclarecidas as dúvidas suscitadas por esta Junta, sobre as infrações 2 e 3. À fl. 119, o autuante responde à diligência, quando diz que intimou o contribuinte em 03/04/2014 para comprovar e prestar esclarecimentos e que com base nas justificativas que foram apresentadas, no que diz respeito à infração 2, o impugnante não comprovou a duplicidade da tributação, vez que não comprova o pagamento do ICMS das Notas Fiscais nºs 9.988 e 9.987, em que foi destacado imposto, e que as Notas Fiscais nºs 7.934 e 7.935 tem valor diverso daquelas notas referidas.

Quanto a infração 3, diz que após conferir o livro registro de entrada, ficou evidenciado que o contribuinte lançou a crédito, o valor de R\$39.198,98 no mês de agosto de 2011, mesmo mês da emissão da nota fiscal de devolução, portanto, não justificando o crédito a maior de R\$31.939,62 no mês de outubro de 2011, ratificando o lançamento.

À fl. 125/27, há manifestação do contribuinte sobre o pedido de diligência, nos seguintes termos: quanto à infração 2, diz que em 22 de fevereiro de 2011 foram emitidas duas notas de remessa de demonstração para dentro do Estado e que nestas circunstâncias de remessa interna, não há obrigação de destaque do imposto, pois a legislação garante ao contribuinte uma suspensão da exigência do imposto por 60 dias; assim, em não havendo determinação legal de destaque do imposto no documento fiscal, as referidas Notas Fiscais nºs 7.934 e 7.935 (doc. 1 anexo), foram emitidas sem o destaque de ICMS.

Que posteriormente, ao perceber que após sessenta dias da emissão da nota de remessa de demonstração, deveria recolher o imposto, assim o fez, ou seja, emitiu dois DAE (doc. 2 anexo), no valor principal devido, e que somados aos respectivos acréscimos moratórios, alcança um valor total de R\$23.789,99 (cópia à fl. 84), em cada uma das remessas, e que em 7 e 8/06/2011, emitiu notas fiscais de saída definitiva, de nºs 9.988 e 9.987 (doc. 3 anexo), com os respectivos destaques do imposto correspondente.

Justifica que o imposto supostamente devido, não existe, uma vez que tanto nos DAE, quanto nas Notas Fiscais nºs 9.987 e 9.988, o recolhimento fora feito relativamente às notas de remessa de demonstração de nºs 7.934 e 7.935, e que caso procedesse como quer a Autoridade Fazendária, estaria tributando o mesmo objeto por duas vezes; que se evidencia claramente na descrição da numeração da série das máquinas dispostas nas notas fiscais nos campos de descrição dos produtos, que a série descrita na Nota nº 9.987, possui nº 9640314295, sendo a mesma da Nota Fiscal nº 7.935 e por seu turno, o número de série descrito na Nota Fiscal nº 7.934, nº 9640314298, é o mesmo descrito na Nota Fiscal nº 9.988.

Quanto à alegação do Autuante acerca da diversidade de valores entre as Notas Fiscais de fevereiro e junho, diz que se justifica por se tratarem, no caso das Notas Fiscais nºs 7.934 e 7.935, de notas de remessa de demonstração, onde a base de cálculo é o valor de custo, e nas Notas Fiscais nºs 9.988 e 9.987, por serem de venda, a base de cálculo é o preço da operação, frisando que o recolhimento se deu pelo maior valor, o de venda, e não o menor, de simples remessa para demonstração.

No que diz respeito à infração 3, alega que o Auditor chegou a uma conclusão errada, em função de ter trabalhado com premissas equivocadas, ou seja, para chegar em determinado valor de imposto a recolher, ele utilizou a DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) retificada, e na apuração do imposto devido, ele se utilizou da DMA anterior à retificação.

Diz que o Auditor Fiscal em seu “demonstrativo crédito fiscal indevido (outros créditos)” (doc. 9 anexo), utiliza corretamente o valor de R\$232.812,56 como valor disposto na rubrica de “outros créditos”, na DMA retificada de outubro 2011(doc. 4 anexo, fl. 135); mas que o autuante, ao apurar o imposto devido e lançar no referido demonstrativo, se utilizou do valor de R\$78.471,38, presente na DMA de setembro de 2011 (doc. 5, fl. 152), que ainda não tinha sido retificada e assim,

o valor correto do saldo devedor a ser considerado para o cálculo, é de R\$46.338,23 (doc. 6 , fl. 164), conforme DMA retificada do mês 09/2011.

Conclui que como pagou a quantia de R\$88.324,83, conforme comprovante de dois DAE pagos (doc. anexo 7 e 8 ,fls. 169/170), sendo um deles com acréscimo moratório, ficou com um crédito de R\$41.986,60, que por sua vez anula o que a autoridade fazendária denomina em seu demonstrativo de “crédito indevido” no valor de R\$31.939,62, e que assim, procura justificar o referido crédito glosado pelo autuante à fl. 101.

Isto posto, reitera a completa indignação quanto ao Auto de Infração, e pugna ao excelso Conselho de Fazenda pela sua completa improcedência. À fl. 192, o autuante volta a se manifestar, quando diz que não tem mais nada a acrescentar, mas ratifica por inteiro, o teor do Auto de Infração.

VOTO

Tendo o presente Auto de Infração sido lavrado com as formalidades inerentes ao procedimento administrativo de fiscalização, respeitando-se as leis vigentes, não constato vícios de nulidade formal, e sendo exercido o amplo direito à defesa, e cumprido o devido processo legal, passo ao julgamento das 3 infrações em lide, com base nas provas reunidas neste Processo Administrativo Fiscal - PAF.

Na infração 1, à fl. 7 do PAF, o autuante atribui em seu demonstrativo de débito, crédito fiscal do imposto pago por antecipação parcial, no valor de R\$224.157,71, contra um valor efetivamente pago e comprovado, na quantia de R\$26.000,00, lançando por conseguinte, o crédito indevido de R\$198.157,71.

À fl. 94, o impugnante traz um DAE no valor de R\$197.554,99 com acréscimos moratórios, totalizando R\$206.919,10 pago em março de 2010, porém, referente à antecipação parcial das operações de aquisição de mercadorias em janeiro de 2010. Assim, foi provado que tal imposto, embora pago no mês de março, foi lançado a crédito no mês de fevereiro.

Assim, é certo, que não sendo pago o imposto por antecipação tempestivamente, não poderia o impugnante lançar o crédito retroativamente, pois deveria tê-lo lançado no mês correspondente ao efetivo pagamento, março de 2010, e não em fevereiro.

O impugnante não contesta tal erro, e sim que, embora confesse que lançou retroativamente o crédito em sua escrituração, não teria se beneficiado disto, por conta de que neste período, fevereiro de 2010, tinha créditos acumulados da ordem de R\$780.657,63, suficientes para se contrapor a um débito de R\$533.630,51, já que, expurgando o valor do crédito que foi lançado retroativamente e glosado pelo autuante, ainda assim, não teria saldo devedor de ICMS a pagar, provando a ausência de danos ao erário, pois, expurgando-se o crédito tido como indevido, ainda teria R\$583.042,70 em créditos tributários, contra um débito de valor inferior, de R\$533.630,51.

Conforme doc. de fl. 86, a DMA de 02/2010, aponta valor total de saldo credor, de R\$780.597,17, incluindo-se neste montante, o crédito lançado retroativamente (o autuante em seu demonstrativo, acatou parte desse crédito como pagamento comprovado de R\$26.000,00, daí a diferença do crédito indevido se resumir a R\$198.157,71 e não ao total do crédito lançado retroativamente) e a mesma DMA acusa débito de R\$533.630,51.

Assim, é certo que os valores dos créditos daquele mês, ainda que seja expurgado o valor lançado retroativamente, não implicaria em saldo devedor de ICMS no mês de fevereiro. No entanto, devo deixar claro que a legislação tributária não permite o lançamento de imposto decorrente de crédito indevido, sem que haja descumprimento da obrigação principal, pois neste caso, em havendo apenas infração decorrente de descumprimento de obrigação acessória, lança-se apenas multa de 60% sobre o valor do crédito, sem prejuízo da exigência do estorno.

Neste caso, fica evidenciado que não houve descumprimento de obrigação principal, por existência comprovada de saldo credor independente do lançamento ou não do crédito retroativo ao mês de fevereiro, e neste caso, deveria o autuante aplicar a multa prevista no art. 42, VII, da Lei nº 7.014/96 - *60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno.* .

Assim, considero que houve mesmo infração à legislação do ICMS, sem contudo haver dialeticidade entre a descrição do fato gerador - *utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial*, e o conseqüente lançamento do valor equivalente ao imposto devido, sendo que as provas apresentadas no processo demonstram não haver qualquer prejuízo aos cofres públicos, decorrentes da infração que ficou caracterizada – descumprimento de obrigação acessória, por conta do lançamento retroativo de crédito fiscal, sem que houvesse o pagamento do tributo devido por antecipação parcial no mês correspondente ao lançamento.

Nos termos do art. 157 do RPAF, *verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.*

O impugnante confessou a prática da infração quanto à obrigação acessória (lançamento de crédito retroativo), mas comprovou a inexistência de descumprimento da obrigação principal, e esta Junta poderia assim, converter nos termos vigentes do supracitado artigo RPAF, em multa correspondente a 60% do valor do crédito indevidamente lançado.

No entanto, conforme art. 158 do mesmo Regulamento, *as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.*

Assim, não vislumbro qualquer razoabilidade em se aplicar uma multa que ultrapassa a quantia de cem mil reais, quando não há o menor indício de dolo ou fraude, ou ainda eventual risco de falta de pagamento do ICMS normal nos meses subseqüentes, visto que, se o crédito a que faz jus o contribuinte, pode legalmente vir a ser apropriado exatamente no mês subseqüente ao lançamento indevido – março/2010 - isto definitivamente impossibilita que o contribuinte venha a se beneficiar pelo não pagamento de qualquer valor devido de ICMS, a partir do mês em que ocorreu o descumprimento da obrigação acessória (fevereiro/2010). Diante do exposto, julgo improcedente a infração 1.

Quanto à infração 2, às fls. 82/83 constam cópias das Notas Fiscais nºs 7.934 /7.935 sem incidência do ICMS, e nas fls. 84/85, constam cópias de DAE no valor de R\$23.789,99 incluindo acréscimos moratórios com referência ao pagamento do imposto referente às Notas Fiscais nºs 7.934 e 7.935, de 22/02/2011

Nas fls. 133/134, constam cópias das Notas Fiscais de nºs 9.987 e 9.988, emitidas em 07/06/2011, em que no campo de informações, fazem referência à emissão das respectivas Notas Fiscais nºs 7.934 e 7.935, de 22/02/2011 para o mesmo destinatário das notas referidas, a FAPE TERRAPLANAGEM, e com descrição das mesmas mercadorias - retroescavadeira modelo MF 96/4, mas com valores diferentes (respectivamente R\$180.000 e 185.574,00); no entanto, constato que o número de série das máquinas são os mesmos, tanto nas notas de saída para demonstração, como nas de saída definitiva.

Assim, fica mesmo comprovado que o imposto devido pela saída, sem retorno das citadas máquinas, foi mesmo pago quando da emissão das notas complementares em junho/2010, e também a diferença de preço nas duas operações são plenamente justificáveis, conforme alegou o impugnante, pelo fato do valor de operação de saída para demonstração ser o preço de custo, e o da venda efetiva estar majorado pela agregação do lucro obtido.

Assim, justifica a defesa, “*que caso procedêssemos como quer a Autoridade Fazendária estaríamos tributando o mesmo objeto por duas vezes*”, enquanto o autuante diz que “*com relação à infração 2, o contribuinte estornou um débito que sequer foi gerado, uma vez que nas notas fiscais de saída de nº 7.934 e 7.935, não foi destacado o ICMS*” (fl. 06 do PAF).

Deve-se registrar aqui, que imposto devido pela saída para demonstração, sem o destaque de ICMS foi efetivamente pago em junho do mesmo ano, relativamente às notas fiscais emitidas em fevereiro, conforme consta no campo de informações dos DAE. Resta então, avaliar a justificativa quanto ao valor correspondente ao pagamento do ICMS efetuado em junho, se pode ser efetivamente lançado a crédito neste mês, como fez o impugnante.

Foi pedido na diligência, que o autuante solicitasse comprovação junto ao impugnante, de que além de haver pago o imposto nas notas em que não houve destaque do ICMS, que também foi pago o ICMS devido nas notas fiscais em que foi destacado o imposto, conforme cópias anexadas ao processo. O autuante informou que não foi comprovado o pagamento em duplicidade do tributo nas operações em lide, para que fizesse jus ao crédito.

Devo admitir, que o pedido de diligência no pedido de apuração dos fatos desta infração, apresenta uma impropriedade. Em verdade, não se faz necessário a comprovação específica do pagamento do ICMS decorrente das emissões das notas fiscais em junho de 2010, as de nºs 9.987 e 9.988, visto que o débito de imposto lançado nestas notas fiscais, integra o montante lançado a débito dentro do mês de apuração, e obviamente, repercute no valor apurado para pagamento do ICMS normal devido neste mês, não havendo porque exigir comprovação de pagamento em separado do ICMS devido. O simples lançamento a débito na escrita fiscal, já impõe a obrigação de pagar o imposto devido, no montante apurado mensalmente.

No entanto, ao emitir novamente as notas fiscais de saída, com destaque de imposto, e feito o lançamento a débito na escrituração, o impugnante tem direito ao estorno de débito referente a estas notas fiscais, visto que o imposto destas mesmas operações foi pago em separado, com os devidos acréscimos moratórios, referente às notas emitidas sem o destaque de ICMS no mês de fevereiro, pelas mesmas mercadorias, conforme descrição com os números de série das máquinas.

Não o fazendo, haveria mesmo um débito de ICMS em duplicidade, já que com as notas emitidas pelas saídas simbólicas das mercadorias no mês de junho, foi debitado na conta-corrente do ICMS uma quantia, que em verdade se referia a uma operação anterior, já efetivada, sem destaque do imposto, mas que já estavam pagas, conforme comprovação dos documentos de pagamento.

Não fazer o estorno, implicaria que, em junho de 2010, resultaria um saldo a maior de ICMS a pagar, em quantia exata ao valor que já havia sido pago, pelas mesmas operações, quando da saída para demonstração em fevereiro do mesmo ano. Infração 2 improcedente.

Na infração 3, cujo demonstrativo está à fl. 08, o autuante faz com relação ao mês de outubro de 2011, um demonstrativo de um débito de R\$232.812,56, diante de um crédito de R\$191.019,49 por conta de antecipação parcial, e um outro crédito de R\$9.853,45 por ICMS pago a maior no mês anterior (esta diferença reside no pagamento de ICMS em setembro do mesmo ano, de R\$88.324,83, ante um valor efetivamente devido de R\$78.471,38), o que resultou numa diferença de R\$31.939,62 de imposto a pagar, sob a justificativa de que corresponde a uma diferença de crédito indevido, por falta de comprovação.

A defesa sustenta que tal crédito decorre da Nota Fiscal nº 10.719, de 15/07/2011, de remessa para demonstração na filial de Aracajú, (fl.102), com destaque de ICMS no exato valor correspondente ao lançamento, cuja devolução ocorreu pelo Nota Fiscal nº 015, de 25/08/2011, à fl. 101, como retorno de demonstração, ambas da escavadeira hidráulica, modelo JS200 LC, e com mesmo valor de ICMS destacado, e que não utilizou-se tempestivamente deste crédito no mês de retorno (agosto), só vindo a lançá-lo na escrituração fiscal em outubro.

No pedido de diligência, foi pedido ao autuante que analisasse se o crédito não teria sido utilizado tempestivamente (mês de agosto), de forma a caracterizar duplicidade pelo lançamento do mesmo crédito, também no mês de outubro.

O autuante responde que conferiu o livro de entrada e ficou evidenciado que o contribuinte lançou o crédito em agosto, mesmo mês da emissão da nota de devolução, sem contudo apresentar prova do lançamento (cópia da folha correspondente no livro registro de entrada). No entanto, o impugnante teve acesso à diligência, e em sua manifestação, e não contestou tal informação do autuante, e sendo tal prova disponível no livro registro de entrada do impugnante, considero como verdadeira tal informação, nos termos do art. 140 do RPAF.

Na manifestação, o impugnante não refuta a duplicidade do lançamento, feita em agosto e em outubro, mas aponta então, um erro material cometido pelo autuante em seu demonstrativo de fl.8, pois teria utilizado do valor de R\$78.471,38 de imposto a recolher na DMA de setembro de 2011(fl.152), dado que com a retificação da DMA, o valor correto foi de R\$46.338,23, conforme cópia à fl. 164. Que tendo pago o valor total de R\$88.324,83, conforme DAE fls.169/70, referente ao mês de setembro, resulta em pagamento a maior de R\$41.986,60 e não de R\$9.853,45, fato que anula o crédito indevido apontado à fl. 101.

De fato, à fl. 164, a DMA aponta um saldo devedor de R\$46.338,23 e os DAE de fl. 169/70 acusam pagamento do ICMS normal em valor superior, na exata quantia apontada pelo impugnante, de R\$41.986,60, o que supera o crédito indevido registrado em outubro.

Neste caso, em situação semelhante à infração 1, o impugnante confessa a prática da infração, quando diz que em 25/08/2011 recebeu a Nota Fiscal nº 0015 (anexo doc. 3.1) com destaque do imposto, mas *“que este crédito não foi utilizado de imediato em virtude de falha na comunicação interna da impugnante, sendo que esta só fez uso do seu direito de crédito no mês 10/2011”*.

Já na manifestação sobre o pedido de diligência, o impugnante não contesta o lançamento a crédito da citada nota, que o autuante diz ter sido feito tempestivamente em agosto, e assim, reconhece a duplicidade do lançamento do crédito, mas justifica a inexistência de descumprimento da obrigação principal, por conta de retificações feitas na DMA de setembro, que aumentou o valor do ICMS pago a maior indevidamente, cuja diferença foi lançada a crédito em outubro.

Neste caso, não cabe no âmbito deste PAF, analisar se estão corretas as alterações feitas nas DMA, pois se trata de procedimento a ser executado em eventual fiscalização para conferência do estorno de crédito indevido, ainda que sem consequência imediata na repercussão do saldo de imposto a pagar, e assim, acolho as provas apresentadas quanto à inexistência de prejuízos ao erário por conta do lançamento indevido do crédito em outubro de 2011.

No entanto, entendo que neste caso, é cabível a conversão da infração à multa prevista no art. 42, VII, da Lei nº 7.014/96, já dissecada na infração 1, visto neste caso, não ficar evidenciado a ausência de dolo, nem de prejuízos ao erário nos meses subsequentes, converto esta infração, nos termos do art. 157 do RPAF, em multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$19.163,77. Infração 3 procedente em parte.

Quanto ao pedido na impugnação, para entrega de notificações nos endereços citados, nos termos do art. 109, I, do RPAF, considera-se efetivada a intimação quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente; no entanto, nada impede que a administração atenda ao pleito do contribuinte, na medida do possível.

Por fim, sinalizo para a administração fazendária, que sejam adotadas as providências no sentido de renovar a ação fiscal para verificação das alterações procedidas na DMA de setembro de 2011, se estão corretamente baseadas nos documentos e livros fiscais, e inclusive, quanto ao estorno do crédito indevido, apontado pelo autuante na infração 3, e a sua nos meses subsequentes.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	IMPROCEDENTE	198.157,71	0,00	-----
02	IMPROCEDENTE	44.538,88	0,00	-----
03	PROCEDENTE EM PARTE	31.939,62	19.163,77	-----
TOTAL		274.636,21	19.163,77	

MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO (CRÉDITO INDEVIDO) - CÓDIGO: 01.02.89

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233099.2010/13-8** lavrado contra **TRATORMASTER TRATORES PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa percentual de **R\$19.163,77**, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05. Recomendada a renovação da ação fiscal para apuração dos fatos pertinentes à infração 3.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR