

PROCESSO - A.I. Nº 279692.0006/01-9
RECORRENTE - ARAPUÁ COMERCIAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 2054-02/01
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 15.02.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0019-11/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. A autuação decorreu do fato de não terem sido apresentados ao fisco os documentos fiscais correspondentes aos lançamentos fiscais. Tese do contribuinte de direito ao creditamento por entender indevida e inconstitucional a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo não deve encontrar amparo, por estar a lei baiana estribada na Lei Complementar nº 87/96, sob a qual não pesa nenhuma declaração de inconstitucionalidade quanto a esta matéria. Tampouco encontra fulcro na legislação baiana a correção monetária de créditos fiscais. Rejeitadas as preliminares suscitadas, pois correta a tipificação do Auto de Infração, não tendo havido qualquer cerceamento de direito de defesa, bem como não está comprovada nos autos a efetiva existência de ação judicial interposta pelo sujeito passivo em relação à matéria, além do que sua existência não invalida a autuação. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 2054-02/01 oriundo da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em referência.

A acusação é de que o recorrente “utilizou indevidamente, no mês de fevereiro de 2001, crédito fiscal de ICMS na quantia de R\$5.000,00 sem apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito fiscal lançado”.

O relatório produzido pela 2ª JJF assim se apresenta :

I – Quanto as razões de defesa: “O autuado alega em sua defesa que houve cerceamento do direito de defesa, porque considera que não houve clareza e precisão, que possibilitasse a exata compreensão da acusação fiscal. Cita o art. 5º da Constituição Federal e ensinamento do mestre Antônio da Silva Cabral, pedindo que o Auto de Infração seja anulado. Quanto ao mérito, alegou que os créditos apurados pelo autuante não foram utilizados indevidamente, ressaltando que o procedimento da defendente está embasado em decisões judiciais, inclusive de Tribunais Superiores, estando de acordo com as normas legais. Fala da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, citando o art. 17 da Lei nº 7.014/96 e o art. 52 do RICMS/97, dizendo que os dois dispositivos mencionados têm praticamente a mesma redação, e que deles se infere que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, sendo o respectivo destaque

mera indicação para fins de controle. Assim, entende o autuado que deve fazer incidir a alíquota do ICMS apenas sobre o preço da mercadoria. Cita ensinamentos de Geraldo Ataliba sobre a base de cálculo do imposto. O defendente argumenta que a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo acarreta incidência do imposto sobre ele mesmo, e isso seria juridicamente e matematicamente impossível. Apresenta cálculo a título de exemplo. Salienta que o STJ se posicionou quanto ao ICMS incidente sobre energia elétrica, no sentido de que deve ser calculado o imposto sobre o preço praticado na operação final e não integra o preço da tarifa. Cita os arts. 145 e 150 da Constituição Federal, comenta sobre o princípio da capacidade contributiva, alegando também quanto a garantia ao princípio da não cumulatividade que ampara o ICMS. Contesta ainda, os critérios da Secretaria da Fazenda quanto a aplicação de juros e correção monetária referentes ao imposto devido. Assim, o defendente pede que seja decretada a nulidade do Auto de Infração ou sua improcedência, argumentando a legitimidade do aproveitamento dos créditos extemporâneos decorrente do cálculo do imposto efetuado pela Fazenda Estadual para justificar a inclusão do ICMS sobre sua própria base de cálculo, entendendo que ocasional majoração é ilegal e inconstitucional. Argüi o direito à plena recomposição dos valores dos créditos do defendente com a devida atualização monetária, e contesta o percentual da multa exigida, de 60%”.

II – Da informação fiscal pelo autuante: “O autuante apresentou informação fiscal mantendo a autuação, dizendo que o Auto de Infração tratou de utilização de crédito fiscal sem a documentação comprobatória, que causou redução do valor do imposto recolhido pelo autuado. Disse que não houve cerceamento do direito de defesa, haja vista que a lavratura do Auto de Infração ocorreu após intimação fiscal dando o prazo de dez dias para o autuado proceder estorno. Quanto ao restante das razões de defesa, o autuante entende que o defendente apresenta comentários acadêmicos sobre o ICMS. Deveria apenas apresentar os documentos comprobatórios referentes aos créditos utilizados”.

III – A lide foi decidida na primeira instância com base no seguinte voto: “Inicialmente, fica rejeitada a preliminar de nulidade apresentada pela defesa sob a alegação de que não houve clareza e precisão que possibilitasse a exata compreensão da acusação fiscal, haja vista que a descrição dos fatos foi efetuada de forma clara, ficando evidente o enquadramento legal e a irregularidade apurada.

Quanto a diligência fiscal, indefiro o pedido formulado pela defesa, tendo em vista que considero os elementos constantes dos autos suficientes para as minhas conclusões.

A infração apurada se refere a créditos fiscais de ICMS considerados indevidos pelo autuante, por falta de apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito aos referidos créditos, lançados na escrita fiscal do autuado no mês de fevereiro de 2001.

A legislação prevê que o direito ao uso do crédito fiscal relativo as mercadorias recebidas, para efeito de compensação com o débito do imposto, é condicionado a que essas mercadorias recebidas pelo contribuinte tenham sido acompanhadas de documento fiscal idôneo, no qual conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco (art. 91 do RICMS/97).

De acordo com a informação fiscal, não foi constatada a apresentação de documentos fiscais comprobatórios do crédito, e a lavratura do Auto de Infração ocorreu após intimação fiscal, dando o prazo de dez dias para o autuado proceder necessário estorno.

Observa-se que o contribuinte não apresentou os documentos fiscais no prazo regulamentar, nem justificou, sendo alegado pela defesa que os créditos apurados pelo autuante não foram utilizados indevidamente, ressaltando que o procedimento da defendente está embasado em decisões

judiciais, inclusive de Tribunais Superiores, estando de acordo com as normas legais, alegando também, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo.

Observo que não se inclui na competência desta JJF, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou dispositivo regulamentar, conforme art. 167 do RPAF/99, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

O regime jurídico do ICMS está consignado no art. 155 da Constituição Federal, não existindo dúvida quanto ao fato de que o ICMS é um imposto não cumulativo, e por isso, deve-se abater do que for devido em cada operação o montante cobrado nas operações anteriores, ou seja, deve-se compensar o imposto debitado, relativo a cada operação realizada pelo contribuinte, com o tributo referente às mercadorias entradas ou adquiridas. Assim, o débito fiscal se refere aos valores do imposto devido pelo contribuinte em decorrência das operações por ele realizadas; e o crédito fiscal corresponde ao imposto relativo às entradas, considerado para compensação na apuração do valor a ser recolhido.

O RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, prevê no art. 91, reconhecimento do direito do contribuinte utilizar crédito para efeito de compensação do débito do imposto, chegando-se à conclusão de que o uso do crédito fiscal depende de serem cumpridas regras estabelecidas na legislação, conforme exemplos a seguir:

- o crédito estar expressamente disposto na legislação;
- o tributo estar destacado em documento fiscal idôneo emitido por contribuinte em situação regular;
- a alíquota aplicada ser adequada com a legislação;
- as operações subseqüentes serem tributadas.

Ao adquirir a mercadoria e creditar-se do imposto destacado no documento fiscal, o contribuinte deve ter certeza quanto a legitimidade do crédito utilizado, e na hipótese de ocorrer qualquer impossibilidade de utilização do crédito, o mesmo deve ser estornado. Por isso, foi expedida a intimação fiscal de fl. 8, concedendo o prazo de dez dias para o autuado providenciar o necessário estorno do crédito utilizado sem a devida documentação comprobatória.

Nas razões de defesa não foi alegado que o autuado possui os documentos comprobatórios do direito aos créditos, e não foi juntado aos autos qualquer elemento de prova, sendo solicitada a retificação do Auto de Infração.

No presente PAF, se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento, e os documentos estão de posse do requerente, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido juntada aos autos, e o pedido de retificação não encontra qualquer justificativa.

Quanto à multa aplicada, observo que a mesma está de acordo com o previsto no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Portanto, está correto o percentual de multa indicado na autuação fiscal.

Assim, entendo que está caracterizada a infração apurada, sendo devido o imposto exigido, haja vista que não foram apresentados os documentos comprobatórios, e a fiscalização ficou impedida de apurar a legitimidade dos créditos fiscais escriturados pelo autuado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

IV – Do Recurso Voluntário: Após tecer um breve comentário a respeito dos fatos atinentes à lavratura do Auto de Infração e seu julgamento pela 2ª JJF, adentra às razões do Recurso onde, preliminarmente, enfoca a causa da autuação e destaca que “evidentemente está se cobrando valor de imposto, isto é, descumprimento de obrigação principal” e, em razão da informação prestada pelo autuante, afirma que este assumiu que lavrou o Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória, porém, aplicou pena por descumprimento de obrigação principal. Diante disto, requer a decretação da nulidade do Auto de Infração.

A partir da folha 3 do Recurso, até o seu final, repete os mesmos argumentos já apresentados nas Razões de Defesa inicial, acima já transcritos, os quais faço a leitura neste momento, e que, por questão de economia processual, deixo de repeti-los neste relatório, pois já existentes.

Consta, porém, na peça recursal, um tópico novo intitulado “Da ação judicial em trâmite” onde destaca que a Junta de Julgamento concluiu que o recorrente não demonstrou que a matéria em apreço se encontra em discussão no âmbito do judiciário. Diz que, por equívoco, deixou de anexar à defesa cópia da petição inicial do processo onde interpôs Ação Declaratória pelo Rito Ordinário, cujo número é 140.01.814442-2, distribuído em 27/04/2001 para a 9ª Vara da Fazenda do Estado da Bahia e que a Fazenda Pública já foi citada no Processo. Objetivando comprovar seu argumento, junta ao seu Recurso uma cópia reprográfica da primeira página de uma petição que propõe Ação Declaratória porém, não comprova existência de sua vinculação com o fato descrito no presente Auto de Infração.

Em conclusão, requer que seja concedido aos seus procuradores o direito de efetuar sustentação oral durante a realização do julgamento, fato este que já tem previsão regulamentar, e requer o conhecimento e o provimento do Recurso para que a Decisão Recorrida seja reformada e o Auto de Infração seja julgado Nulo, acaso sejam acatados os argumentos preliminares ou Improcedente, em seu mérito.

A Douta PROFAZ se pronuncia nos autos através do Parecer nº 1062/01, fl. 101, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário por entender que as razões do recorrente são incapazes de alterar o julgado. Considera a PROFAZ que a peça recursal é uma cópia das Razões de defesa e que o Voto exarado pela Sra. Relatora da 2ª JJF analisou todos os pontos questionados e ora repetidos, sendo que, nada de novo foi apresentado à lide.

VOTO

A descrição do fato está feita de forma clara no Auto de Infração : “Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS” sem que o recorrente tenha feito apresentação de documento que lhe assegura direito ao lançamento de tal crédito, na quantia de R\$5.000,00.

Como elemento de prova material da infração apurada, o autuante juntou aos autos cópia do livro Registro e Apuração do ICMS do recorrente referente ao mês de fevereiro/01, onde consta, de forma sucinta, o seguinte registro: “Outros Crédito : Crédito autorizado R\$ 5.000,00”. Entretanto o recorrente não comprovou a origem de tal crédito e nem a autorização legal para efetuar o lançamento. Portanto, está claro, que a exigência fiscal refere-se a descumprimento de obrigação principal já que, com o procedimento irregular apurado, o recorrente deixou de recolher aos cofres públicos a quantia de R\$5.000,00 referente ao saldo devedor apurado em decorrência das operações realizadas no mês de fevereiro/01, utilizando-se de artifício não previsto na legislação.

Também não há o que se falar em cerceamento ao direito de defesa, pois a autuação se processou com base em valor abstrato registrado pelo recorrente em seu livro fiscal, ao qual caberia proceder as explicações a respeito da sua origem, fato este não ocorrido. Quanto à multa aplicada, atualização monetária do débito e acréscimos moratórios a serem aplicados, todos possuem previsão legal no Código Tributário do Estado da Bahia, na Lei nº 7.014/96 e suas alterações, não se constituindo os mesmos, razões para se cogitar a nulidade do Auto de Infração.

Portanto, tal como no julgamento de 1ª Instância, consideramos afastados todos os argumentos de nulidade suscitados pelo recorrente, posto que, já analisados na inatacável Decisão de Primeira Instância. Vemos acerto na Decisão quando considerou correta a tipificação do ilícito tributário cometido pelo sujeito passivo. Efetivamente a infração cometida foi a utilização indevida de crédito, tipificada no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, conforme descrito na peça inicial do PAF. Tal infração é punível com a multa de 60% do valor do crédito fiscal indevidamente utilizado, sem prejuízo do seu estorno, ora efetuado neste Auto de Infração. Não há, portanto, que se falar em mero descumprimento de obrigação acessória, mas sim, em descumprimento de obrigação principal, pois o valor indevido do crédito fiscal se converte em débito fiscal ao efetuarmos o seu estorno, conforme previsão legal. Também, considero desnecessária a de realização de diligência fiscal já que, a infração está documentada, a contento, nos autos.

Quanto à alegação de existência de ação declaratória que teria sido interposta pelo sujeito passivo em relação à matéria ora em apreciação, é necessário que se esclareça, inicialmente, que a cópia da petição acostada aos autos pelo recorrente (vide fl. 94) não comprova que se trata de ação sobre a matéria objeto deste Auto de Infração. Aliás, sequer constata-se neste documento apensado a correlação com o número da ação citada pelo recorrente na peça recursal. Em segundo lugar, a comprovação da existência de ação judicial sobre a matéria objeto deste Auto de Infração não o invalida ou tem o condão de nulificá-lo.

Ressalte-se, por oportuno, que a data que teria sido interposta a suposta ação judicial teria sido em 26.04.2001, quando já havia, portanto, se iniciado a ação fiscal (09.04.2001, fl. 5) e mais grave, já havia sido expedida intimação específica para que o contribuinte efetuasse o estorno do crédito fiscal utilizado indevidamente e recolhesse o imposto devido, conforme constata-se às fl. 6 do PAF. O que demonstra, a nosso ver, que somente após a ação fiscal ter sido iniciada foi que o recorrente buscou a guarida do Judiciário para seu procedimento.

No mérito, vemos que este não é o único Auto de Infração lavrado contra o recorrente, por razões idênticas as que ora se examina. Recentemente, esta 1ª Câmara de Julgamento do CONSEF negou provimento, por unanimidade, a outro Recurso Voluntário do próprio recorrente, envolvendo matéria idêntica a que ora examinamos, em cujo julgamento participamos e acolhemos a fundamentação do Voto proferido pela ilustre Conselheira Dra. Sandra Urânia, o qual, por se referir aos mesmos argumentos aqui repetidos pelo recorrente, pedimos a devida vênica para transcrevê-lo e considerá-lo como parte integrante deste voto :

“No mérito, o próprio recorrente reconhece o cometimento do ilícito tributário, tanto na peça defensiva quanto na peça recursal. Suas alegações de nulidade, como vimos acima, não mereceram guarida, restringindo-se, no mérito, a alegar violação a princípios constitucionais, que, entendemos, não se encontra presente, posto que a exigência fiscal encontra lastro na própria Carta Magna, na Lei Complementar do ICMS e na legislação ordinária baiana. A nosso ver, viola o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto aquele que utiliza valores como crédito fiscal sem que tenha havido débito de imposto na operação anterior ou o utiliza em valores superiores a este efetivo débito, procedimento seguido pelo sujeito passivo.

Assim, como os dispositivos já citados anteriormente vedam o uso dos créditos fiscais, sem atendimentos aos requisitos nele previstos, nem tampouco permite a correção monetária dos mesmos, correta está a exigência fiscal, além do que, o art. 37 da Lei nº 7014/96, multicitada, é expresso aos determinar que o montante do imposto integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, determinação esta que encontra fulcro no art.13, §1º, inciso I, da Lei Complementar 87/96..

Por outro lado, frise-se, o Poder Judiciário, a quem cabe a manifestação sobre a constitucionalidade das leis, em controle difuso ou concentrado, não se manifestou pela

inconstitucionalidade dos diplomas legais acima citados em relação à matéria aqui tratada, daí porque não nos cabe pronunciamento e nem negar aplicação e vigência aos mesmos.

Quanto à alegação de que a multa aplicada é confiscatória, também merece ser rechaçada, visto que o percentual estabelecido é compatível com o ilícito cometido, não se vislumbrando, assim, nenhuma pecha de confiscatoriedade, pois cabe ao legislador graduá-la de acordo com a natureza e gravidade da infração cometida, e de fato a utilização de crédito fiscal sem lastro legal importa em diminuição ou até mesmo falta de recolhimento do imposto, trazendo graves prejuízos ao Erário, que fica desfalcado de receita para cumprir com o papel social do Estado, além do que, como o contribuinte de fato é quem arca com o tributo, o sujeito passivo, ao proceder da forma discutida neste Auto de Infração, beneficiou-se em detrimento daquele.

Em relação ao pedido de redução de multa, apenas as multas por descumprimento de obrigação acessórias poderão ser reduzidas pelo órgão julgador administrativo, caso que não se aplica ao presente PAF, e ainda assim se presentes os requisitos dispostos no art. 158 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano. A dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal apenas poderão correr ao apelo da equidade, e tem competência para tanto apenas a Câmara Superior e desde que atendidos os requisitos do §1º do art. 159 do diploma regulamentar ora citado.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo-se, assim, inalterada a Decisão Recorrida”

Diante de todo o exposto, acolhemos o opinativo da Douta PROFUZ concernente ao Parecer nº 1062/01, fl. 101, e votamos pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção da Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279692.0006/01-9, lavrado contra **ARAPUÁ COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.000,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ R. COELHO LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ