

PROCESSO - A.I. Nº 279692.0007/01-5
RECORRENTE - ARAPUÁ COMERCIAL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 1ª CJF nº 0001-11/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 08.05.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0060-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para o cabimento do Recurso de Revista, a indicação precisa da Decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração da identidade jurídica da mesma com a Decisão recorrida. A Decisão invocada diz respeito a fundamentos de direito diversos da autuação. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que Negou Provimento ao Recurso Voluntário através do Acórdão nº 0001-11/02.

A autuação objeto desta contenda aponta a utilização indevida de crédito fiscal em razão da falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao aludido crédito, no montante de R\$5.000,00.

O voto proferido na 1ª CJF, que se constitui na Decisão guerreada ora transcrevemos, *in verbis*:

“Inicialmente devemos de logo refutar as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, posto que inatacável a Decisão de Primeira Instância ao considerar 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.

Não é crível que o sujeito passivo, e principalmente o seu patrono, olvide que o direito ao crédito fiscal condiciona-se a determinados requisitos formais, dentre eles a apresentação do documento fiscal idôneo, onde conste o destaque do imposto anteriormente cobrado, para fins de comprovação da regularidade e legitimidade do valor do crédito a ser utilizado – conforme preceituam os arts. 91 e 92 do RICMS/97, que encontram lastro legal nos arts. 44 a 50 da Lei nº 7.014/96, lei baiana do ICMS acima citada, consentânea com as disposições da LC nº 87/96 (vide art. 23) .

Ora, verificando o preposto fiscal que fora efetuado lançamento a crédito no livro de Apuração do ICMS do contribuinte, sem que se apresentasse o lastro para tanto, intimou o contribuinte a comprovar a legitimidade destes créditos (vide fl. 8) , ou seja, os documentos fiscais que o

embasaram, intimação esta não atendida, o que ensejou a lavratura do presente lançamento de ofício. Onde, portanto, irregularidade a eivar o Auto de Infração de nulidade?. Foi apenas um mero descumprimento de obrigação acessória, como quer fazer crer o recorrente? Óbvio que não!. O que houve, e é reconhecido claramente pelo próprio sujeito passivo, foi o lançamento a crédito de valores aleatórios, sem atendimento aos requisitos legais e regulamentares para tanto, e que importou em falta de recolhimento ou recolhimento a menos do imposto no mês em que foi lançado. Assim, presente descumprimento de obrigação principal, e não acessória.

Nem tampouco há que se falar em cerceamento de direito de defesa, pois o sujeito passivo amplamente o exerceu, mostrando-se sabedor da imputação que lhe estava sendo feita, tanto que a reconheceu, e apresentou, inclusive, demonstrativo, consubstanciado em planilhas, dos valores que entende como legítimos a título de crédito fiscal.

No que pertine 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. 79) 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 (iniciada em 09.04.2001) 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 se constata à fl. 8 do PAF. O que demonstra, a nosso ver, que somente após a ação fiscal iniciada é que o sujeito passivo buscou a guarida do Judiciário para seu procedimento.

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 neles 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 nº 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 obrigações 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.”

O autuado através de seu representante legal interpôs Recurso de Revista – fls. 103 à 120 – onde preliminarmente discorre sobre o Auto de Infração e faz referência aos julgamentos proferidos na 1ª Instância e ao julgamento do Recurso Voluntário na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, entendendo que a Decisão exarada contrariou entendimento manifestado por este Conselho de Fazenda, e por isso assevera que o Recurso que ora interpõe tem cabimento. Assinala ainda que não cometeu nenhuma ilegalidade, e que os atos praticados estavam respaldados na legislação em vigor.

Suscita nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que a autuação deveu-se ao fato de não terem sido apresentados ao Fisco os documentos correspondentes aos lançamentos efetuados e que por isso teria incorrido na infração de descumprimento de obrigação acessória.

Prossegue argumentando que a exigência fiscal se refere a imposto, ou seja a infração principal uma vez que o agente fiscal utilizou-se de técnica de apuração de tributo, qual seja, “base x alíquota”.

Alega que o agente ao prestar informação fiscal disse que se tratava de penalidade por falta de apresentação de documentos fiscais. Considera que assim o mesmo teria assumido que lavrou o Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória, e que o mesmo teria aplicado pena por descumprimento de obrigação principal. E alega ainda que por essa razão deve ser declarada a nulidade do Auto de Infração em lide.

Cita o Acórdão da 1ª CJF nº 2035-11/01, transcrevendo o teor da Ementa, que entende servir de paradigma, grafando em negrito a conclusão da Decisão quanto ao item 2 da referida paradigma que em Decisão não unânime, teria declarado Nula a exigência fiscal quanto à imputação de divergência na conta “caixa”.

Prossegue afirmando que diante da manifestação do autuante o administrativo do lançamento deve ser declarado Nulo, pois, se trata de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Invoca o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, e cita a Súmula 473 do STF que trata da possibilidade da administração anular seus próprios atos diante da existência de vício.

Afirma que o Acórdão recorrido não levou em conta o fato do recorrente estar discutindo em ação judicial o crédito do ICMS em questão.

Argúi ainda, a título de paradigma, o Acórdão da CJF nº 0592/01 que se reporta a CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

Reafirma que não efetuou indevidamente os créditos porque os mesmos “decorrem de direito líquido e certo” e que “foram efetuados em estrita observância da legislação estadual”. Cita dispositivos da Lei Estadual nº 7014/96 que considera que os mesmos dariam respaldo ao creditamento, desde que observado o prazo prescricional e afirma que foram respeitados pelo recorrente.

Discorre sobre base de cálculo, com as mesmas alegações aduzidas no Recurso Voluntário de que é inconstitucional a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, porque entende que a atual sistemática de recolhimento de ICMS adotada pela Fazenda Estadual, viola o artigo 155 da Constituição, ao elevar injustificadamente a alíquota, que é da competência do Senado Federal, por meio de Resolução, e não como pretende a Fazenda Estadual, que acaba por criar nova forma de cálculo de imposto, cita e transcreve posicionamento doutrinário e decisões jurisprudenciais.

Acrescenta que a autoridade fiscal ao imputar multa de 60% sobre o crédito escriturado, confisca parte do seu patrimônio e por isso requerem a redução da mesma, citando decisões jurisprudenciais acerca de multa fiscal.

Insiste ainda que se trata de multa por descumprimento de obrigação acessória e ao final pede que se conheça e dê provimento para que seja reformada a Decisão Recorrida.

A PROFAZ à fl. 128 exarou Parecer manifestando acerca da admissibilidade do Recurso, analisando as Decisões Paradigmas apresentadas pelo recorrente, onde considera que as mesmas não se prestam para fundamentar reforma da Decisão Recorrida por entender que tratam de julgamentos diferentes da Decisão em questão. Diz que a primeira tenta sustentar que a infração se refere a descumprimento de obrigação acessória e quanto a segunda, trata-se de créditos glosados, mas, reconsiderados idôneos, e que foram corretamente utilizados, diverso portanto do caso em tela. Conclui não ter havido julgamentos diversos posto que diversos eram o comportamento dos contribuintes e opinou pelo Não Conhecimento do Recurso.

VOTO

Analisando o presente processo, verifico que o Recurso de Revista interposto pelo sujeito passivo não traz o pressuposto de admissibilidade previsto na regra processual do art. 169, II, “a”, do RPAF/99, com as alterações do Decreto nº 7887/2000.

Como bem analisado pela Ilustre Representante da PROFAZ as Decisões apresentadas como paradigmas não guardam qualquer relação com a Decisão Recorrida.

Quanto ao argumento de que ingressou com ação judicial, não consta no processo que na peça de impugnação o autuado tivesse apresentado qualquer documento relativo a citada ação judicial.

Constato que as Decisões apontadas como paradigmas não se prestam a possibilitar o cabimento da revista, senão vejamos:

Acórdão nº 2035-11/01:

A matéria tratada no item 1 é exportação, e o item 2 refere-se a conta caixa. Como se vê o recorrente não demonstrou o nexo entre as decisões. Na peça recursal suscita nulidade por entender que a infração descrita refere-se a descumprimento de obrigação acessória.

Não há portanto nenhuma correlação com o caso em tela.

Acórdão CJF nº 0592/01:

Trata-se de Crédito Fiscal onde houve a glosa do mesmo por considerar que o mesmo foi indevidamente utilizado. Mas, restou provado através de diligência que os mesmos eram idôneos e que a utilização de crédito foi correta.

No caso em exame, a ação fiscal resultou da glosa de crédito fiscal porque o mesmo não estava respaldado por documento comprobatório do direito ao mesmo. E nas intervenções do autuado, quer na peça de impugnação quer no Recurso Voluntário, não ficou demonstrado o direito a o creditamento feito, visto que o crédito fiscal deve estar respaldado em documento fiscal idôneo ao teor dos arts. 91 e 92 do RICMS/97.

Portanto não há julgamentos divergentes, pois as situações confrontadas são diversas, e assim não há o requisito de admissibilidade para o cabimento do Recurso, o que me impõe a votar pelo NÃO CONHECIMENTO do mesmo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279692.0007/01-5, lavrado contra **ARAPUÃ 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%, previstas no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ