

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 206944.0001/09-7
<b>RECORRENTE</b>	- VALE MANGANÊS S.A.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0168-01/10
<b>ORIGEM</b>	- IFEP INDÚSTRIA
<b>INTERNET</b>	- 20/07/2011

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0211-11/11

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. De acordo com o art. 209, é considerado inidôneo o documento fiscal que for utilizado com o intuito comprovado de fraude, sendo vedada a utilização do crédito nos termos do art. 97, VII, do RICMS/BA. Infração caracterizada. Rejeitadas as arguições de nulidade da autuação e da Decisão recorrida. Indeferidos os pleitos por exclusão ou redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0168-01/10, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 02 infrações, sendo objeto do presente recurso a infração constante do item 1, abaixo descrita:

*“Infração 1 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de junho a dezembro de 2004, janeiro e fevereiro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$394.680,66, acrescido da multa de 100%. Consta que na aquisição de carvão, mercadoria enquadrada no regime de diferimento, com fase de encerramento prevista para a saída do produto resultante do estabelecimento destinatário, sendo este o responsável pelo imposto deferido correspondente às operações antecedentes, conforme previsto nos artigos 342, 343, inciso XXIII, 346, §§ 2º e 3º e 349 do RICMS/97. Consta, ainda, que se referem a notas fiscais de complemento de preço, que não acompanharam as mercadorias, com ICMS destacado indevidamente e acompanhadas de DAEs [documentos de arrecadação estadual] com autenticações falsas, conforme atestado pelo Banco do Brasil através do processo SIPRO nº 092.319/2008-0 (fls. 704 a 739), e que foram anexadas as notas fiscais, os DAEs, de acordo com o Termo de Apreensão, e planilha de cálculo do ICMS”.*

No julgamento de Primeira Instância, o Relator da JJF assim se pronunciou em relação à infração em tela, *in verbis*:

*“...A infração 01 correspondeu à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, relativos à aquisição de carvão, mercadoria enquadrada no regime de diferimento, situação na qual o adquirente é o responsável pelo imposto deferido relativo às operações anteriores. Foi esclarecido que se tratou de notas fiscais de complemento de preço, contendo indevidamente o destaque do ICMS e acompanhadas de DAEs (documentos de arrecadação estadual) com autenticações falsas, fato este atestado pelo Banco do Brasil. Tendo em vista que o autuado suscitou preliminares de nulidade, passo a tratar a esse respeito. Não vislumbro a ocorrência de nenhuma ofensa ao princípio da verdade material, uma vez que foram adotados todos os meios previstos no que pertine ao processo administrativo fiscal, visando oferecer plenas condições de o contribuinte exercer o contraditório de forma plena. Também não assiste razão ao defensor, quando sugere a ocorrência de cerceamento do seu direito de defesa e do contraditório, por não dispor de parte dos documentos utilizados pela fiscalização no levantamento concernente à infração 01, especificamente à cópia reprográfica do processo que resultou na constatação do ilícito fiscal, haja vista que através de diligência fiscal determinada pela 1ª JJF, toda a documentação em referência lhe foi disponibilizada, quando foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Quanto às decisões pela nulidade trazidas ao processo pelo autuado, saliento que as duas situações corresponderam à falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração e à existência de vícios que resultaram na incerteza e inconsistência da acusação fiscal. Enquanto isso, no caso*

*da lide, os elementos que conduziram à declaração da inidoneidade da documentação fiscal se encontram presentes nos autos.*

*Considerando, ademais, que a imputação se encontra descrita de forma clara e que nos demonstrativos correspondentes foram delineados os fatos e os montantes do imposto devido, descabe a afirmação de que teria ocorrido vício de motivação, de modo que o ato administrativo é plenamente válido. Deste modo, restam afastados os pedidos de nulidade apresentados, considerando que o procedimento fiscal está legalmente fundamentado e atende às determinações previstas no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99. Além disso, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, o autuado apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. No que diz respeito à arguição de que as multas são confiscatórias e que contrariam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, esclareço que as mesmas foram corretamente aplicadas ao presente caso, estando previstas na Lei nº. 7.014/96, o que ocorre, de igual modo, com a exigência do imposto.*

*Quanto à sua exclusão ou redução, requerida pelo autuado, afasto tais pedidos, uma vez que a sua aplicação decorreu de ação fraudulenta, em decorrência da qual o autuado se utilizou de crédito fiscal de forma indevida. No que se refere à alegação do contribuinte de que a conduta não fora por ele praticada, porém pelos seus fornecedores, saliento que de acordo com o art. 136 do CTN – Código Tributário Nacional –, a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos seus efeitos. Por outro lado, como se tratam de multas por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução, ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.*

*Não acato o pedido de realização de perícia técnico-contábil, solicitado principalmente para que fosse verificada a inconsistência do resultado da ação fiscal, uma vez que o processo que indicou a inidoneidade dos documentos de arrecadação, e que tramitou junto ao Banco do Brasil, redundou na lavratura do Auto de Infração contra o impugnante. Conforme dito acima, foi realizada diligência, por meio da qual todos os elementos pertinentes foram entregues ao autuado, que não trouxe nenhuma motivação para a realização de qualquer tipo de perícia ou diligência, desde quando se encontram nos autos as provas correspondentes ao ilícito. Ademais, tendo em vista o disposto no art. 147 do RPAF/99, entendo que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e Decisão da lide. Ressalto que a despeito de o sujeito passivo ter contestado veementemente o fato de o Auto de Infração ter sido lavrado contra si e não contra os seus fornecedores, os fatos apurados indicam que tendo em vista que o crédito fiscal decorrente de documentação fiscal inidônea foi utilizado de forma indevida pelo impugnante, é ele o responsável pelo pagamento do ICMS apurado através do presente lançamento. Ademais, tendo em vista que a responsabilidade transferida para o autuado da forma legal como aqui interpretada, o coloca na condição de sujeito passivo da obrigação tributária, cabe a ele satisfazer o crédito tributário no prazo legal. E esta disposição se encontra devidamente amparada pelo teor do art. 128 do CTN, que transcrevo abaixo.*

*“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”*

*Por esta razão, descabe, de igual modo, a argumentação defensiva de que seria “terceiro de boa-fé” e que estaria pagando “dívida alheia”, pois a exigência objeto da presente autuação se refere a tributo por ele devido e que, portanto, tem obrigação de pagar, haja vista que tendo sido nomeado pela lei como sujeito passivo da obrigação, cabe a ele recolher o ICMS exigido. Mesmo porque a situação em discussão não se refere ao ICMS diferido, porém ao crédito fiscal indevidamente utilizado.*

*Quanto aos documentos juntados como prova do recolhimento do imposto relativo às saídas dos produtos derivados da utilização do material adquirido dos fornecedores (fls. 773 a 809), além de se referirem a períodos não tratados na autuação (02/2007, 11/2007, 02/2008, 06/2008, 04/2009 e 05/2009), não se prestam para descharacterizar a imputação, pois mesmo que correspondessem aos períodos compreendidos pelo levantamento fiscal, não bastariam para sanar a irregularidade que se referiu ao uso de créditos fiscais acobertados por documentos fiscais inidôneos, acusação devidamente comprovada nos autos e cujo imposto não foi recolhido. Assim, descabe totalmente a alegação de ocorrência de descumprimento ao princípio da não-cumulatividade do imposto, haja vista que as duas situações aventadas se referem a incidências distintas do tributo estadual.*

*Não faz nenhum sentido a afirmação do contribuinte de que a exigência tributária teria representado a ocorrência de bis in idem, sob a alegação de que o imposto poderia ter sido exigido dos fornecedores das mercadorias, considerando que definitivamente aquelas empresas não foram autuadas, haja vista que, conforme salientado acima, a obrigação de pagar o imposto em questão era exclusiva do autuado. Acrescente-se que foi o impugnante quem utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS referente a documentos inidôneos, que vem a*

*ser a acusação patente nos autos, e não os seus fornecedores. No que concerne aos julgados emanados do Superior Tribunal de Justiça, trazidos à colação pelo autuado, atinentes a situações correspondentes à utilização de notas fiscais inidôneas, cuja situação não era conhecida pelo adquirente das mercadorias, saliento que no caso dos autos a exigência tributária está amparada num fato mais gravoso, que se referiu à utilização de créditos fiscais concernentes a documentos de arrecadação do ICMS falsificados, isto é, cujas autenticações bancárias foram forjadas com o claro intuito de fraude, fato que, inclusive, pode ser objeto de apuração a infração de natureza penal. Some-se a isso a importante circunstância de que o real responsável pelo recolhimento do tributo relativo às entradas das mercadorias em questão não é o fornecedor, porém o próprio autuado. Isto quer dizer que os valores utilizados em sua escrita, amparados por documentos de arrecadação fraudados, se referiram a tributo de sua exclusiva responsabilidade e não de seus fornecedores. Desta forma, a alegação do impugnante de que desconhecia que o procedimento adotado pelos fornecedores tinha a intenção de acobertar ato fraudulento, não basta para exonerá-lo de cumprir as exigências consignadas na presente autuação. E é por esta mesma razão que não tem nenhuma serventia ao autuado o fato de que o seu nome não conste como “réu ou testemunha” no processo tramitado junto ao Banco do Brasil, que resultou na apuração do ilícito. Nota que de acordo com os demonstrativos correspondentes, acostados às fls. 06 a 08, não existe nenhuma inconsistência na apuração das exigências aqui analisadas, pois todos os números apontados pela fiscalização foram colhidos em documentos e livros fiscais apresentados pelo contribuinte, cujas comprovações de pagamento do ICMS devido restou plenamente evidenciado que se tratavam de documentos inidôneos, e em relação aos quais o autuado se beneficiou indevidamente do crédito fiscal correspondente. Por fim, quanto à alegação do impugnante de que o processo de verificação da autenticidade dos DAEs se reporta às empresas Landrens Vieira Gava e G. A. Matos Ind. e Com. de Carvão Vegetal Ltda., o autuado teria transacionado com as empresas Lavega Indústria e Comércio de Carvão Vegetal e GM Carvão, ressalto que as empresas Landrens Vieira Gava e Lavega Indústria e Comércio de Carvão Vegetal se constituem em uma só empresa, tratando-se as duas denominações da razão social e do nome fantasia. O mesmo ocorre em relação às empresas G. A. Matos Ind. e Com. de Carvão Vegetal Ltda. e GM Carvão. Com base no acima exposto, o lançamento correspondente à infração 01 está correto, o que torna a exigência totalmente caracterizada. Desta forma, voto pela procedência do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.”.*

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 903 a 925 – através de advogados regularmente constituídos, onde requer a modificação da Decisão da JJF, aos seguintes argumentos:

- I. suscita a nulidade da autuação, por ofensa ao contraditório e a ampla defesa, alegando que embora a documentação relativa à averiguação tenha sido entregue com reabertura do prazo de defesa, não lhe foi oportunizado o acesso ao inteiro teor do processo junto ao Banco do Brasil que ocasionou a glosa dos créditos relativos aos documentos de arrecadação, portanto não havendo o conhecimento pleno dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração, tais como quais os testes periciais e os indícios técnicos que levaram a conclusão de inidoneidade dos DAEs, para que pudesse se manifestar, além de não ter restado demonstrado em nenhum momento culpa do recorrente no cometimento do ilícito apurado, já que o processo não a envolveu, mas as empresas Landrens Vieira Gaava – ME e GA Matos Ind. & Com de Carvão Vegetal – ME.
- II. alega, ainda, em preliminar de nulidade, que como terceiro de boa-fé não tinha como prever a falsidade dos documentos que lhe foram apresentados pelos seus fornecedores, até porque não existia qualquer impropriedade cadastral destas empresas perante os órgãos públicos que justificassem eventual desconfiança;
- III. suscita, também, a nulidade do Acórdão recorrido, alegando que a Decisão é contraditória, pois ao tempo em que afastou qualquer ilicitude nas ações do recorrente, como não poderia deixar de ser, entenderam os julgadores pela manutenção da multa majorada, que é aplicável ao responsável direito pelo ilícito, na forma do art. 137 do CTN, quando se constatar ação ou omissão fraudulenta, conforme art. 42, IV, j, da Lei nº 7.014/96;
- IV. alega, ainda, a nulidade da Decisão recorrida, alegando que esta não efetuou a devida avaliação dos pontos colocados a sua verificação, visto que o creditamento equivocado decorreu de erro ao qual foi conduzida o recorrente, que definitivamente não tinha meios

de averiguar a existência de qualquer conduta fraudulenta dos fornecedores, em especial quando à época seus registros perante a Secretaria mostravam-se regulares, como se demonstrou na documentação apresentada com a defesa, não tendo sido, ainda, apreciados seus lançamentos contábeis;

- V. no mérito, alega ser indevida a responsabilização do adquirente de boa-fé, aduzindo que “...o normal na presente situação seria mesmo a observância do Regime de Diferimento para o carvão vegetal, entretanto, no presente caso, os fornecedores quando do envio do produto, anexaram às Notas Fiscais, comprovantes do recolhimento do ICMS, cabendo, portanto, o recorrente o óbvio: não recolhimento do imposto quando da saída das mercadorias, dado o diferimento, e o regular creditamento, por força do princípio da não-cumulatividade. Impensável, naquela oportunidade, que tal procedimento estivesse maculado por atos fraudulentos, entendendo o recorrente, que por equívoco ou desconhecimento, os fornecedores promoveram o destaque do ICMS incidente sobre as vendas com seu recolhimento ao erário.”.
- VI. alega que, tendo sido apresentados pelo fornecedor os documentos de arrecadação devidamente recolhidos e nos exatos valores destacados nas notas fiscais, somente restava ao recorrente creditar-se dos valores recolhidos dando sequência ao princípio da não-cumulatividade, em especial quando não constante dos sistemas desta Secretaria qualquer restrição cadastral aos fornecedores, que não apresentavam qualquer indício de falsidade;
- VII. reafirma sua tese de que no processo que tramitou no Banco do Brasil não existe nenhuma conclusão que possa ser direcionada ao recorrente, no sentido do cometimento de qualquer atitude ilícita, já que o Parecer emitido pela GEARC/DARC se direciona às próprias empresas infratoras, e que não possuía meios de verificar a prática ilícita realizada pelas referidas empresas, não podendo, assim, sofrer as consequências de ato ilícito de outrem, haja vista que a ação fraudulenta não foi por ela praticada, ao tempo que cita e transcreve jurisprudência que entende amparar tal tese;
- VIII. entende que cabe ao Fisco a verificação de idoneidade, dentro do seu poder de polícia, razão pela qual não incide à espécie a regra do art. 136 do CTN, e que a declaração de inidoneidade da documentação produzida pelo fornecedor não pode lhe subtrair o direito ao aproveitamento do crédito;
- IX. que tendo comprovado na defesa sua idoneidade nas operações comerciais que realiza, com a documentação referente ao período autuado demonstrando os recolhimentos do ICMS nas operações subsequentes, não pode ser responsabilizada por eventuais irregularidades posteriormente verificadas na documentação emitida pelas empresas vendedoras, sob pena de ofensa ao princípio da não-cumulatividade e ao art. 128 do CTN;
- X. que em relação à alegação da JJF de que as documentações de saídas acostadas no processo tiveram período diferente da autuação, aduz que os períodos são posteriores ao da autuação, pois o produto sofreu beneficiamento, depois de adquirido destes fornecedores, somente depois havendo a circularização do produto acabado.

Ao final, aduz que é indevida a multa majorada aplicada – no percentual de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96 - porque não restou evidenciado vínculo do recorrente com os ilícitos cometidos, já que não cometeu qualquer ação ou omissão fraudulenta, sendo vítima da ação ilícita praticada por terceiro, citando Decisão do STJ no sentido de que, em se tratando de ilícito praticado por terceiros, sem o conluio do adquirente, impõe-se eximir este último dos consectários da infração, já que a responsabilidade é pessoal, nos termos do art. 137, III, do CTN, conclui, requerendo a dispensa ou redução da multa.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer às fls.947 a 950, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, inicialmente aduzindo que inexiste nulidade no lançamento tributário e no Acórdão

recorrido, visto que a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual, e o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPFAZ/BA, tendo o contribuinte exercido em momentos processuais distintos o seu direito de defesa, demonstrando ter pleno conhecimento dos motivos da ação fiscal, além da Decisão ter sido devidamente motivada, mormente em relação à negativa da perícia solicitada, estando livre de aspectos contraditórios.

No mérito, pontuou que não merece acolhida a irresignação do contribuinte contra o lançamento ter sido levado a efeito contra ele e não contra seus fornecedores, alegando falta de amparo legal, porquanto o cerne da autuação reside na utilização indevida de crédito fiscal decorrente de documento fiscais falsos pelo contribuinte, sendo, assim, parte legítima e responsável pelo pagamento do imposto, ex vi do art. 128 do Código Tributário Nacional – CTN.

Aduz, ainda, que restou comprovado materialmente nos autos o caráter falso dos documentos de arrecadação estadual e o fato do autuado ter se beneficiado indevidamente do crédito fiscal correspondente, inexistindo dúvida de que o cerne da autuação não consiste em cobrança do imposto deferido, e sim na utilização indevida do crédito fiscal acobertado por documentos falsificados, sendo totalmente descabida a alegação da condição de terceiro de boa-fé, porquanto a exigência fiscal se refere a tributo devido pelo próprio recorrente, e não por seus fornecedores.

Consignou que as arguições de regularidade cadastral dos fornecedores à época da ação fiscal e do desconhecimento do caráter inidôneo dos documentos emitidos pelos fornecedores não têm o condão de elidir a autuação, pois caberia ao autuado apreciar criteriosamente os documentos fiscais emitidos por seus fornecedores antes de utilizar os respectivos créditos.

Por fim, consignou que o pedido de redução ou exclusão da multa por descumprimento de obrigação principal deve ser apreciado pela Câmara Superior do Conselho de Fazenda, e que comunga do entendimento que em razão da ausência de provas conclusivas de conluio entre os fornecedores e o autuado, a multa poderá ser reduzida.

## VOTO

Inicialmente, quanto à preliminar de nulidade da autuação, ao argumento de ofensa ao direito de defesa e ao contraditório, por não ter tido acesso ao processo (sic) que culminou com a informação do Banco do Brasil de que os documentos de arrecadação foram fraudados, de logo devemos rechaçá-la, visto que o procedimento iniciado pela Secretaria da Fazenda para averiguação da veracidade das autenticações bancárias constantes dos referidos documentos - estes últimos, frise-se, obtidos junto à escrita do próprio recorrente - tem amparo em seu poder de fiscalização, não se constituindo, assim, em ato arbitrário, mas ato de investigação legal, decorrente de uma ação fiscal realizada no estabelecimento do sujeito passivo, e de cujo resultado teve ciência, conforme solicitado pela JJF, motivando, inclusive reabertura do seu prazo de defesa.

Não há que se falar, portanto, em ofensa às garantias constitucionais em apreço, porquanto o procedimento efetuado pela SEFAZ, junto ao Banco do Brasil, visou tão-somente verificar a autenticidade dos documentos de arrecadação, e não imputar responsabilidades. Aliás, quanto à inautenticidade das autenticações bancárias, não há dúvida do recorrente quanto a este fato, conforme se verifica do teor das peças de defesa e recursal, bem como das diversas manifestações que atravessou aos autos, portanto sem coerência a alegação de que lhe caberia acesso ao procedimento levado a efeito pela SEFAZ, já que não contesta a inidoneidade dos DAEs que foram objeto da autuação.

Por outro lado, a outra preliminar de nulidade da autuação, desta feita alegando ser terceiro de boa-fé, se constitui, em verdade, em questão de mérito, que será abordado neste voto no momento próprio.

Quanto à preliminar de nulidade da Decisão recorrida, também não merece acatamento, visto que não se vislumbra em seu teor qualquer contradição, como alega o recorrente. Em verdade, há pura e simples irresignação do recorrente com a manutenção pela JJJ da multa cominada na autuação, o que é compreensível diante do seu percentual, mas tal fato não ampara alegação de nulidade por contradição, até porque sua manutenção foi devidamente fundamentada, mantendo coerência com a linha de entendimento e de convencimento sobre a lide por parte do julgador de Primeira Instância.

Assim, também ocorre com a alegação de nulidade da Decisão ao argumento de que não foram apreciados alguns pontos colocados pela defesa e seus lançamentos contábeis. Todas as alegações defensivas foram devidamente objeto de apreciação pelo Relator, e não houve na defesa apresentada ou nas manifestações do sujeito passivo qualquer pleito de verificação de seus lançamentos contábeis, mas tão-somente juntada de declarações mensais de apuração – DMAs – que comprovariam o recolhimento do imposto nas operações de saídas realizadas pelo seu estabelecimento e ampararia o creditamento por obediência ao princípio da não-cumulatividade, e que ensejou posição correta da JJJ em não aceitar tal prova, porquanto referente a períodos posteriores aos períodos objeto da autuação.

No mérito, cinge-se o recorrente a alegar ser terceiro de boa-fé, e que, por isso, é indevida a responsabilidade que lhe foi atribuída pela autuação. Neste sentido, apresenta julgados de tribunais superiores que, em verdade, não se prestam a corroborar sua tese, já que se referem a aquisições de mercadorias amparadas por notas fiscais inidôneas emitidas pela empresa vendedora, declaradas inidôneas posteriormente pelo Fisco, cujo entendimento pacífico é que sendo comprovada a efetiva ocorrência das operações é possível o aproveitamento do crédito fiscal, presumindo-se a boa-fé do adquirente.

Ora, este não é o caso dos autos. A autuação não se refere a notas fiscais inidôneas, assim declaradas após a celebração do negócio jurídico de compra e venda, e nem está havendo a glosa dos créditos destacada em tais documentos fiscais, portanto inaplicáveis os referidos julgados à autuação ora em apreciação.

Trata-se a autuação de glosa de créditos pela constatação de que estes se basearam em imposto destacado em documentos de arrecadação que continham autenticações de pagamento falsas, ou seja, o estabelecimento autuado, durante o período de junho a dezembro de 2004 e de janeiro a março de 2005, adquiriu mercadorias – carvão vegetal – das empresas Lavega – Ind. e Com. de Carvão Vegetal e GM Carvão (G A Matos – Ind. e Com. de Carvão Vegetal), através de emissão de 31 notas fiscais com natureza da operação “Complemento de Preço”, acompanhadas de documentos de arrecadação, onde constavam autenticações bancárias de pagamento do tributo identificadas como falsas, conforme atesta o estabelecimento bancário nele citados - Banco do Brasil – em averiguação feita na ação fiscal iniciada pela autuante (conforme demonstrativo de fls. 07 e 08, cópias dos documentos em apreço às fls. 12 a 101 e procedimento de averiguação da inautenticidade, às fls. 704 a 739).

Este é o fato. Como permitir crédito fiscal com base em documento falso, comprovadamente utilizado com intuito de fraude, já que sendo a operação interna com carvão vegetal, a contribuinte habilitado, sujeita a regra de diferimento do ICMS, não deveria ocorrer destaque de imposto e nem acompanhamento da nota fiscal de complementação de preço de documento de arrecadação contendo pagamento do tributo? Portanto, o destaque do imposto nas notas fiscais de complementação de preço e os respectivos documentos de arrecadação, que possuem autenticação não reconhecida como válida pela SEFAZ e pelo Banco do Brasil, apenas serviram para embasar a utilização indevida do crédito lançado neste Auto de Infração.

Registre-se que o próprio recorrente confessa ter pleno conhecimento que a operação sujeitava-se à regra de diferimento, portanto, sem destaque do imposto, mas alega ingenuamente que não lhe restava nada a fazer senão creditar-se. Ora, a atividade da empresa autuada envolve a aquisição

do carvão vegetal como combustível utilizado na sua produção, portanto, tais aquisições são corriqueiras e habituais, o que corrobora a estranheza do recorrente em creditar-se deste imposto de forma incontinenti, mesmo sabendo que a legislação veda creditamento em operação sujeita a diferimento. O mínimo que deveria ter feito era contestar junto às empresas vendedoras o referido destaque, precavendo-se de operações irregulares como a que ocorreu. Coube ao Fisco verificar a regularidade destas operações, e comprovando que estas foram irregulares, ainda que *a posteriori*, glosar o crédito fiscal cuja utilização somente foi possível por conta da fraude cometida nos documentos de arrecadação.

Como bem pontuou a procuradora que subscreveu o opinativo da PGE\PROFIS nos autos, “*..a regularidade cadastral dos fornecedores à época da ação fiscal e o desconhecimento do caráter inidôneo dos documentos emitidos pelos fornecedores, não têm o condão de elidir a autuação, pois caberia ao autuado apreciar criteriosamente os documentos fiscais emitidos por seus fornecedores antes de utilizar os respectivos créditos.*”.

Também a alegação de que se creditou em obediência ao princípio da não-cumulatividade não merece guarida, primeiro porque não há que se falar em não-cumulatividade, visto que, comprovadamente não houve recolhimento do imposto algum e, ainda, em se tratando o ICMS de imposto que onera o consumidor final, ao creditar-se de imposto não pago e repassá-lo à cadeia subsequente, este último acaba sendo mais onerado do que cabia de fato.

Por outro lado, as DMA's juntadas aos autos pelo contribuinte, ainda em sede defensiva, não se prestam à comprovação de que houve recolhimento do ICMS diferido na saída do produto final, não só pelo fato de que se referem a períodos bem distintos do objeto da autuação (2007, 2008 e 2009), já que os referidos DAES e as notas fiscais são dos exercícios de 2004 e 2005, como também pelo fato de que na presente autuação não se exige imposto diferido não pago, e sim glosa crédito fiscal utilizado com base em imposto que não foi recolhido nos documentos de arrecadação que acompanhavam as mercadorias adquiridas pelo recorrente. Registre-se, por oportuno, que ainda não merece a mínima guarida, mormente por estar desacompanhada de prova, a alegação do recorrente que tais períodos são distintos, pois o produto sofreu beneficiamento e o produto acabado apenas deu saída nestes períodos, ou seja, segundo o recorrente, depois de decorridos 3, 4 e 5 anos após a aquisição do carvão!!

No pertinente ao pedido de dispensa ou redução de multa por descumprimento de obrigação principal, este segue rito próprio, nos termos do art. 159 do RPAF/BA, sendo de competência exclusiva da Câmara Superior deste Conselho de Fazenda sua apreciação, razão pela qual falece competência a esta Câmara de Julgamento para se manifestar sobre os fundamentos apresentados pelo recorrente para ver atendido seu apelo ou mesmo se posicionar no sentido de que houve ou não conluio com as empresas emitentes dos DAES em apreço, *data venia* o posicionamento da PGE/PROFIS nos autos.

Também não há que se falar de ofensa ao princípio da proporcionalidade, ao argumento de serem confiscatórias as multas cominadas, visto que as penalidades em tela estão previstas em diploma legal – Lei nº 7.014/96 – sob o qual não recai nenhuma pecha de constitucionalidade até o presente momento.

Quanto à alegada inadequação da multa aplicada na autuação ao fato imputado, entendemos que tal não ocorre, já que a penalidade disposta na alínea “j”, inciso IV, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 impõe-se na ocorrência de qualquer ação ou omissão fraudulenta que importe em falta de recolhimento do tributo, sem perquirir de responsabilidade subjetiva por essa ação ou omissão, nos termos do art. 136 do CTN, que determina expressamente, “*...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*”, como também entendeu a JJF, sendo totalmente inaplicável à espécie a regra do art. 137, III, do mesmo diploma legal, abaixo transcrita, como entende equivocadamente o recorrente:

*“Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:*

*(...)*

*III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:*

- a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;*
- b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, proponentes ou empregadores;*
- c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas”.*

Ante o exposto, entendemos deva ser mantida a Decisão recorrida, o que nos leva a votar pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 206944.0001/09-7, lavrado contra VALE MANGANÊS S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$1.108.540,12, acrescido das multas de 100% sobre R\$394.680,66 e 60% sobre R\$713.859,46, previstas no art. 42, incisos IV, “j” e II, “a”, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS