

PROCESSO - A. I. Nº 88568.5051/13-7
RECORRENTE - BRAZPALLET INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF Nº 0089-02/14
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 16.10.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0311-12/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. O artigo 97, inciso IX, do RICMS/97, veda ao contribuinte, expressamente, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, entre outras hipóteses, em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela procedência do presente auto de infração, lavrado em razão do cometimento da infração a seguir descrita:

Infração 1 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a maio de 2010, sendo exigido o valor de R\$267.102,96, acrescido da multa de 60%.

Consta, ainda, o seguinte: “*EXERCÍCIO DE 2010 – Objetivando atender solicitação da INFIP – INSPETORIA DE FISCALIZAÇÃO INTELIGÊNCIA E PESQUISA, através da CI 075/2012 e BOLETIM DE INTELIGÊNCIA 520/2012, cópia anexa, intimamos duas vezes o autuado para apresentação das 1ªs vias das NOTAS FISCAIS DE COMPRAS, que geraram créditos fiscais, emitidas pelas empresas IVANEI REGO ROCHA MADEIRAS-ME, nome fantasia BRILHANTE MADEIRAS, IE 85.392.625; ADENAILTON PEREIRA MACHADO-ME, nome fantasia, A. P. MADEIRAS, IE 82.704.487, ambas com situação cadastral irregular (INAPTAS em 16/03/2011), conforme extrato do sistema de cadastro da SEFAZ, e Livro Registro de Entradas de Mercadorias, cópias anexas, que passam a ser integrante deste Auto. Cópias das notas fiscais fls. 35 a 199*”.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma:

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Conforme consta no corpo do Auto de Infração, como complementa da acusação, o autuante consignou que: Objetivando atender solicitação da INFIP- Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, através da CI 075/2012 e Boletim de Inteligência 520/2012, cópia acostada aos autos, intimou duas vezes o autuado para apresentação das 1ª vias das NOTAS FISCAIS DE COMPRAS, que geraram créditos fiscais, emitidas pelas empresas IVANEI REGO ROCHA MADEIRAS-ME, nome fantasia BRILHANTE MADEIRA, IE. 85.392.625 e ADENAILTON PEREIRA MACHADO-ME, nome fantasia A.P. MADEIRAS, IE.82.704.487, ambas em situação cadastral irregular (INAPTAS em 16/03/2011), conforme extrato do sistema de cadastro da SEFAZ e livro Registro de Entradas de

Mercadorias cópias acostadas aos autos, que passaram a ser parte integrante do Auto de Infração. Bem como as cópias das notas fiscais às folhas 35 a 199.

Em sua defesa, o sujeito passivo nega o cometimento da infração apontada pelo autuante, arguindo, preliminarmente, arguindo nulidade alegando que não recebeu os demonstrativos, folhas 10 a 14 dos autos, em papel e em meio magnético, conforme determina o §3º, art. 8º, c/c o art. 28, §4º, inciso II e art. 46 do RPAF, caracterizando cerceamento de defesa, e no mérito conclui que houve ausência de motivo para a constituição do crédito tributário.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Cabe registrar que o PAF foi convertido em diligência à INFAZ DE ORIGEM para que fossem adotadas as seguintes providências: a) Fazer a entrega ao autuado, mediante recibo, de cópias, dos documentos: a.1) do pedido de diligência; a.2) dos demonstrativos às folhas 10 a 14, em papel e em meio magnético CD; b) Intimar o autuado, mediante recibo, sobre a reabertura do prazo de defesa, 30 (trinta) dias, para se manifestar. O que foi integralmente atendido.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, observo que a autuação foi decorrente do Boletim de Inteligência Fiscal nº 520/2012, fls. 15 a 18 dos autos. Conforme consta à folha 16 dos autos, a INFIP- Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa realizou diligências constatando que os supostos emitentes das notas fiscais objeto da autuação nunca exerceram atividade comercial nos endereços constantes do cadastro, conforme verificação fiscal efetuada in loco, o que motivou a emissão de Ficha de Localização de Contribuinte (FLC) e registro em Termo de Ocorrência, estando todas atualmente inaptas.

Consta ainda do citado Boletim da INFIP: Uma análise comparativa da caligrafia constantes das notas fiscais emitidas pelas Gilvan Silva dos Santos de Itabela, Ivanei Rego Rocha Madeiras e Adenailton Pereira Machado evidencia que, possivelmente, tenham sido produzidas pelo mesmo punho escritor, apontando indícios de que as três empresas possuem um elo em comum e podem ter sido criadas para acobertar operações fraudulentas.

Em decorrência de tais fatos, a INFIP solicitou à fiscalização a obtenção das primeiras vias para elaboração de exame grafotécnico.

Por sua vez, a fiscalização intimou o contribuinte autuado para apresentação das primeiras vias das notas fiscais objeto do trabalho realizado pela INFIP- Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa.

Apesar de intimado por duas vezes, fls. 05 e 06, o autuado não apresentou os documentos originais. De igual forma, também não apresentou em suas peças defensivas, uma vez que se manifestou nos autos em dois momentos, quando da defesa propriamente dita e após o resultado de diligência fiscal determinada nos autos do presente processo.

Portanto, resta claro que o contribuinte não quer, de forma deliberada, apresentar as 1ª vias das notas fiscais, fato que impossibilita a realização do exame grafotécnico, o qual poderia elidir a imputação. Tal fato demonstra que a situação ora em lide é diferente das constantes nos acórdãos citados pela defesa.

Ressalta que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Observo que o artigo 97, inciso IX, do RICMS/97, veda, expressamente, ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, entre outra hipóteses, em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou

desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando o seguinte, *in verbis*:

“Convém ressaltar que em análise da infração e dos documentos colacionados pelo próprio autuante, a exigência fiscal em comento por si padece de motivação, pois o nobre preposto do Fisco Estadual traz aos autos nas fls. 24/199 as referidas notas fiscais que demonstram cabalmente o direito ao crédito do autuado.

Da análise das vias das notas fiscais de folhas 24/199, pode-se perceber que o contribuinte autuado faz jus ao crédito fiscal reputado indevido, haja vista que as notas fiscais transitaram nos postos fiscais, conforme se depreende nas vias carimbadas pelos Postos Fiscais nas folhas 24-34, 55, 63-65, 68-74, 76-94, 96-98101-, 103-105, 113, 115, 117-118, 120-125, 128, 130-134, 172, 174-175, 177-182, 185, 187-190, e que foram emitidas em datas anteriores a sua inaptidão ocorrida em 16/03/2011.

Ademais, convém destacar que a Denúncia 20 358 10 de 22/06/2010 apurada pela INFIP restou não comprovada e a Denúncia 20 309 10 continuava em apuração quando da lavratura da presente exigência fiscal, conforme relatório anexado aos autos.

De outra banda, convém destacar que as notas fiscais em destaque estão em posse do próprio fiscal autuante que, inclusive, colaciona as cópias aos autos nas fls. 24/199, representando, assim, a própria 1ª via apreendida pela fiscalização.

Ocorre que as notas fiscais foram entregues para fiscalização e não houve devido cuidado da contadora em exigir o referido termo de arrecadação, tal fato pode ser comprovado simplesmente ao observar as notas fiscais colacionada nos autos nas folhas 24/199, pois não há o carimbo da fiscalização em todas as notas fiscais, demonstrando, assim, que os referidos documentos foram entregues pelo próprio autuado e não foram captados nos postos fiscais.

(...)

Dessa forma, falta motivo para a lavratura da infração, haja vista que a própria documentação anexada pelo Fisco demonstram o direito do autuado aos referidos créditos, conforme nos ensina o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o princípio da motivação (in “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 11ª ed, pgs. 280 e ss.). (sic)

Em seguida, o recorrente discorre sobre a motivação dos atos administrativos e transcreve a doutrina e a jurisprudência a respeito, inclusive alguns julgados deste CONSEF.

Finalmente, pede a improcedência do auto de infração.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, manifestou-se pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário, sob o entendimento de que “*não há qualquer vício no procedimento, uma vez que a d. JJF providenciou a tempo a reabertura do prazo de defesa, após a apresentação dos elementos que acompanhavam a autuação*”.

No mérito, aduz que “*não há qualquer argumento recursal capaz de elidir a infração, uma vez que restou comprovado que o contribuinte não apresentou os documentos fiscais em 1ª via para justificar a utilização do crédito fiscal correspondente*”.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo declarou-se impedido de discutir e votar neste processo administrativo fiscal, tendo em vista que atuou como julgador na primeira instância, nos termos do artigo 40, §§ 1º e 3º, do Regimento do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99.

VOTO

O crédito tributário que se pretende constituir na infração 1 refere-se à utilização de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito, ou seja, as primeiras vias dos documentos fiscais.

A apresentação da primeira via da nota fiscal constitui-se em elemento de prova da legitimidade dos valores de crédito escriturados no livro Registro de Entradas de Mercadorias, nos termos do

artigo 31 da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, porque essa é a via que demonstra, até prova em contrário, a efetiva ocorrência da operação:

Art. 31. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

O RICMS/97, por sua vez, estabelece o seguinte:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

(...)

IX - em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte;

Constato, pelos documentos juntados às fls. 5 e 6, que o recorrente foi intimado em duas ocasiões, 07/01/13 e 14/01/13, a apresentar as 1^{as} vias das notas fiscais de compras, emitidas pelas empresas IVANEI REGO ROCHA MADEIRAS-ME, inscrição estadual nº 85.392.625 e ADENAILTON PEREIRA MACHADO, inscrição estadual nº 82.704.487, com base nas quais foram utilizados créditos fiscais de ICMS.

Contudo, apesar de alegar, em seu apelo recursal, de que teria entregado os documentos fiscais solicitados e que “*não houve devido cuidado da contadora em exigir o referido termo de arrecadação*”, o contribuinte não trouxe aos autos nenhuma prova de que a documentação foi arrecadada em seu estabelecimento pelo Fisco.

Ao contrário do que afirmou o recorrente, as vias dos documentos fiscais, cujas fotocópias foram anexadas às fls. 24 a 199 dos autos, foram capturadas, na verdade, por prepostos lotados na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Metropolitana de Salvador (IFMT Metro) e enviadas pelo Supervisor da IFMT Metro, José Carlos A. de Abreu, à Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Sul (IFMT Sul) e à Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP), como se pode verificar pelo Boletim de Inteligência Fiscal nº 520/2012 (fls. 15 a 18), no bojo de procedimento fiscal instaurado após denúncias, com o objetivo de “*verificar a regularidade das operações acobertadas por diversas notas fiscais, fls. 04 a 139, emitidas pelas empresas Gilvan Silva dos Santos de Itabela, CNPJ 10.491.739/0001-05, Inscrição Estadual (IE) 079.028.549, Adenailton Pereira Machado, CNPJ 10.783.014/0001-82, IE 082.704.087, e Ivanei Rego Rocha Madeiras, CNPJ 11.484.753/0001-36, IE 085.392.625, todas de Itabela/BA, relativas à venda de eucalipto para a empresa Brazpallet Indústria de Embalagens Ltda. (Brazpallet), CNPJ 06.914.082/0001-66, IE 064.401.963, localizada no bairro de Lobato em Salvador/BA*” [o autuado].

Sendo assim, restou comprovado que o que consta dos autos não são as primeiras vias das notas fiscais, mas as vias destinadas ao Fisco, retidas nos Postos Fiscais do trajeto percorrido pelos caminhões.

Observe que, embora não tenha sido esta a acusação tributária, também ficou demonstrado neste PAF um fato ainda mais grave: os emitentes das mencionadas notas fiscais sequer existiram na realidade. Como se pode constatar dos Termos de Ocorrência anexados às fls. 201 e 202, lavrados pela auditora fiscal Alba M. D. Klinkstek e assinados pelos depoentes e testemunhas:

1. o endereço fornecido pela empresa Gilvan Silva dos Santos (não constante deste PAF) servia de moradia residencial;
2. não foi localizado o número 970-B da Avenida Guaratinga, endereço indicado pela empresa Adenailton Pereira Machado, um dos emissores das notas fiscais;
3. foi informado pelos moradores da mencionada avenida que tais empresas nunca tiveram

existência física;

4. não foi localizado o número 300-B da Avenida Brilhante, endereço informado pela empresa Ivanei Rego Rocha Madeiras, o outro emissor das notas fiscais.

Assim, como o contribuinte autuado não entregou à Fiscalização as primeiras vias dos documentos fiscais, mesmo após intimado especificamente a fazê-lo (fls. 5 e 6), e diante das evidências constantes no presente PAF, de que seus emitentes nunca possuíram existência física, considero que não podem ser acatados os valores de ICMS lançados na escrituração fiscal como créditos, uma vez que restou comprovado que nunca ocorreram as operações cujas notas fiscais supostamente acobertavam.

Verifico, entretanto, que a autoridade fazendária, equivocadamente, capitulou a penalidade da infração no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, quando deveria ter indicado o artigo 42, inciso II, alínea “f”, da citada Lei, como abaixo reproduzido:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

Há de se ressaltar, todavia, que o erro na indicação da multa não é motivo para declaração de nulidade da acusação, pois cabe ao preposto fiscal apenas propor a penalidade, que pode, ou não, ser acatada pelo órgão julgador administrativo, o qual tem a prerrogativa de aplicar a multa mais adequada ao ilícito tributário apurado, consoante preceitua o artigo 142 do Código Tributário Nacional, abaixo reproduzido:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão recorrida pela procedência do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **88568.5051/13-7**, lavrado contra **BRAZPALLET INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$267.102,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2014

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS