

A. I. N° - 279919.0024/13-0  
AUTUADO - CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.  
AUTUANTE - JOSIAS MENEZES NETO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 30.06.2014

#### 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° .0079-06/14

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Infração não contestada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. O deficiente não comprovou a legitimidade dos créditos fiscais utilizados. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/11/13 para exigir ICMS no valor de R\$1.983.374,17, em decorrência dos seguintes fatos:

Infração 1 - Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios no mês de abril de 2011. ICMS: R\$158.601,55. Multa: 60%.

Infração 2 - Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS), no mês de agosto de 2012. ICMS: R\$107.633,57. Multa: 60%.

Infração 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de maio a dezembro de 2011, janeiro a abril, agosto, setembro e dezembro de 2012. ICMS: R\$1.717.139,05. Multa: 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 82 a 96) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Discorre sobre esses princípios e cita dispositivo da Constituição Federal e doutrina. Frisa que o ato administrativo contrário à legislação não tem validade e é nulo.

Afirma que foi violado o princípio da ampla defesa, pois o autuante se limitou a classificar o crédito fiscal de ICMS como ilegítimo, não identificando o motivo da irregularidade. Menciona que, sendo o lançamento um ato administrativo vinculado, não pode dificultar a compreensão dos fatos contidos no Auto de Infração, para que não sejam agredidos o direito de defesa e o patrimônio do contribuinte. Diz que, para ter validade, o lançamento deve ser claro e provar todos os fatos que nortearam a alegada infração, sendo que qualquer ambiguidade o invalida.

Sustenta que, na infração 3, o autuante não forneceu as provas necessárias para comprovar a irregularidade dos créditos em questão, o que compromete a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário, bem como afronta o princípio da legalidade e dificulta a ampla defesa. Aduz que a prova do fato alegado deve ser produzida pelo Fisco (art. 333, I, do CPC) e não pelo contribuinte, porque é dever do Fisco efetuar o lançamento de ofício (art. 142 do CTN).

Argui a nulidade do Auto de Infração por aplicação de metodologia não prevista em lei. Diz que a autuação deve identificar o débito, determinar o montante devido e, ao final, realizar o encontro

de contas que apontaria a existência de imposto a recolher. Frisa que, em vez de verificar as notas fiscais de entradas e de saídas, o autuante apurou os valores mediante um cálculo de proporcionalidade que não coaduna com a lei. Afirma que está evidente a nulidade e a improcedência do Auto de Infração, já que erros de concepção afastam a liquidez e a certeza do crédito tributário. Menciona que a legislação tributária estadual exige que a fiscalização distinga os dados indispensáveis à constituição do crédito tributário, e que a administração deve obediência ao quanto previsto na legislação para que não incida em nulidade.

Afirma que na infração 3 o autuante deveria ter verificado o tributo lançado nas operações de saídas, para então poder analisar o valor mantido do crédito. Diz que foi dificultado o exercício do direito de defesa e o julgamento das operações e créditos mantidos sobre cada mercadoria, acarretando, assim, a nulidade do lançamento por afronta ao princípio da legalidade.

Diz que, para afastar confusão ou dúvida, deve-se demonstrar a adequação do fato (desde que provado) à norma (art. 114 do CTN), considerando corretamente as bases de cálculo e alíquotas aplicadas nos produtos cujas operações estão sendo objeto do crédito indevido. Pontua que a acusação está desprovida de segurança jurídica, pois padece de provas das alegações, devendo, portanto, ser anulada. Aduz que não se trata de meras incorreções ou erros formais, mas de vícios que invalidam a autuação por cerceamento de defesa e do contraditório.

Considera que competia ao autuante refazer a escrita fiscal da empresa, em especial o livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS) para identificar a existência de débito tributário nos períodos, considerando todos os créditos e débitos lançados na escrita fiscal. Corroborando seu argumento, reproduz ementa de decisões do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco.

Acrescenta que o Fisco deveria ter verificado se houve falta de pagamento de imposto, pois a utilização de crédito fiscal indevido não implica, necessariamente, falta de recolhimento de tributo. Menciona que, para constatar a repercussão financeira de tais lançamentos, bastaria a reconstituição da escrita fiscal do autuado no período em comento.

Observa que, tendo adquirido as mercadorias em questão, não resta dúvida que tem direito do crédito destacado nas notas fiscais, consoante o princípio constitucional da não cumulatividade. Aduz que não há sequer a acusação de inidoneidade das notas fiscais e nem problemas no cadastro estadual das empresas fornecedoras à época das aquisições.

Destaca que a multa indicada na autuação, no patamar de 60% do valor do imposto, tem o caráter de confisco, afrontando, assim, o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, Transcreve jurisprudência e doutrina.

Alega que, além do acima exposto, o lançamento de ofício exige imposto utilizando a carga tributária de 17%. Explica que, em razão da redução de base de cálculo prevista no art. 87, V, do RICMS-BA/97, as operações de saídas que realiza são tributadas em 7%.

Ressalta que deve ser aplicado o princípio insculpido no art. 112 do CTN, segundo o qual a legislação deve ser interpretada de forma mais favorável ao contribuinte em caso de dúvida. Reproduz esse dispositivo legal e transcreve jurisprudência.

Ao finalizar, solicita que seja decretada a improcedência ou a nulidade do Auto de Infração. Requer que, caso mantida a autuação, a multa seja excluída ou reduzida.

O autuante apresenta a informação fiscal (fls. 143 a 145) e, inicialmente, diz que a auditoria fiscal foi iniciada com a intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 9).

Aduz que, em novembro de 2013, se reuniu com o contador da empresa, Sr. Jório Buarque, com o Supervisor da IFEP Comércio, Sr. Paulo Cesar de Almeida Pinto, e com o Auditor Fiscal Vinicius Morgado, quando foi apresentado ao contribuinte o levantamento preliminar das infrações apuradas. Diz que, naquela oportunidade, o contador da empresa foi questionado acerca da origem dos créditos indevidos constantes nos livros RAICMS, na rubrica “Outros Créditos”,

porém não houve explicação para tais créditos.

Afirma que, em 20/12/13, foi transmitido ao Sr. Jório Buarque, via *e-mail*, os arquivos com o levantamento efetuados nos livros RAICMS da empresa C I L Comércio de Informática Ltda., nos estabelecimentos de inscrição estadual nº<sup>os</sup> 37.076.287, 65.055.426, 17.324.634, 74.073.709 e 82.435.819, bem como foi enviado ofício datado de 18/11/13 (fl. 8), onde foram solicitados esclarecimentos sobre os valores constantes na rubrica “Outros Créditos”, na apuração do ICMS devido.

Pontua que, dado o interesse do autuado em aproveitar os benefícios fiscais da lei de anistia fiscal, em 22/11/13, foi realizada nova reunião na DAT/Metro, onde compareceram o Sr. Jório Buarque e o Sr. Valdir Nagem – sócio da C I L Com, de Informática Ltda. Naquela reunião, os representantes da empresa deram ciência nos Auto de Infração dos cinco estabelecimentos. Aduz que, os representantes da empresa, além de não justificar a excessiva utilização de crédito fiscal, acenaram para a possibilidade de aproveitamento dos benefícios da lei de anistia fiscal. Diz que, em 29/11/13, foi parcelado o Auto de Infração nº 279919.0022/13-7, no valor de R\$ 408.318,72 (fls. 122 a 125) e, em 23/12/13, foram parcelados os demais Autos, exceto o presente.

Quanto às preliminares de nulidade, afirma que o autuado em momento algum aponta fato ou procedimento que lhe tenha subtraído o direito de defesa. Diz que a função da auditoria é apurar a veracidade dos lançamentos efetuados nos livros e documentos fiscais e, na auditoria realizada, foi detectada omissão de recolhimento de ICMS e recolhimento a menos de ICMS.

Afirma que o crédito fiscal oriundo das entradas de mercadorias foi devidamente escriturado e não constitui objeto da ação fiscal. Ressalta que, no entanto, na rubrica “Outros Créditos”, o defendant utilizou valores incompatíveis com o permitido pela legislação. Diz que nesse período não gozou o defendant de transferências de “Outros Créditos” de filiais ou de outros contribuintes. Afirma que, portanto, o autuado somente poderia compensar nessa rubrica o imposto recolhido a título de ICMS devido por antecipação tributária parcial.

Explica que, até março de 2011, o autuado vinha compensando na rubrica “Outros Créditos” o valor efetivamente recolhido a título de ICMS – Antecipação Parcial, conforme DMAs transmitidas, cuja diferença de recolhimento foi objeto do “Débito Declarado nº 8500003702/13-3” no valor de R\$ 657.639,81 (fls. 130 e 131). Após essa emissão de “Débito Declarado”, como forma de evitar a constituição de novo crédito tributário, o autuado passou a lançar valores incompatíveis com o permitido em lei no livro RAICMS - Outros Créditos, tendo esse procedimento se repetido nas demais filiais baianas quando a apuração do ICMS apresentava saldo a recolher. Reitera que, nessas filiais não há entradas interestaduais de mercadorias e, portanto, não há recolhimento de ICMS - Antecipação Parcial. Salienta que esse artifício teve o propósito de esconder o valor do tributo devido, na intenção de sonegar o recolhimento do ICMS.

Pontua que a auditoria foi realizada com base nos livros RAICMS apresentados ao Fisco pelo autuado, confrontado com os lançamentos nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas e nas notas fiscais. Diz que nas planilhas que elaborou constam todos os dados de entradas, saídas, apuração de ICMS, arrecadação e constituição de créditos.

Destaca que na auditoria realizada foi apurada falta de recolhimento de ICMS, recolhimento a menos de ICMS e utilização indevida de crédito fiscal na rubrica “Outros Créditos” do RAICMS, conforme registrado nas planilhas de fls. 5 e 6 dos autos.

Diz que as multas aplicadas estão previstas no art. 42, II e VII, da Lei nº 7.014/96; que os Autos de Infração lavrados contra as demais filiais foram reconhecidos e parcelados sem contestação.

Menciona que não fez alteração na apuração do ICMS apresentada pelo autuado, respeitando, assim, as deduções da base de cálculo para equipamentos de informática. Afirma que, apesar de constar na autuação a alíquota de 17%, não houve alteração dos valores do tributo levantados e constantes nas planilhas de fls. 5 e 6 dos autos.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 6ª JJF converter o processo em diligência à IFEP COMÉRCIO, para que fossem adotadas as seguintes medidas saneadoras do processo: fossem entregues ao autuado cópia do demonstrativo de fls. 5 e 6 e da informação fiscal de fls. 143 a 145; fosse concedido ao autuado o prazo de trinta dias para pronunciamento.

A diligência foi cumprida conforme os comprovam os documentos de fls. 151 e 154, todavia o autuado não se pronunciou.

## VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS lançado nos livros fiscais próprios (infração 1), de ter recolhido a menos ICMS lançado nos livros fiscais (infração 2) e de ter utilizado crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (infração 3).

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que houve afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Diz que o autuante se limitou a classificar o crédito fiscal como ilegítimo, não identificando o motivo da irregularidade.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois as infrações imputadas ao autuado foram descritas de forma clara e precisa, sendo as descrições constantes no Auto de Infração as rotineiramente adotadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em situações como as que foram apuradas. O Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos, dos quais o autuado recebeu cópia, que detalham a apuração do imposto lançado.

Referindo-se à infração 3, o autuado afirma que as provas necessárias para atestar a irregularidade dos créditos fiscais não lhe foram apresentadas. Diz que o crédito tributário carece de certeza e liquidez, bem como afirma que foi cerceado o seu direito de defesa.

Não há como prosperar essa arguição de nulidade, pois, mediante diligência com posterior reabertura do prazo de defesa, foi entregue ao autuado cópia de todos os demonstrativos que embasam a autuação, bem como da informação fiscal, onde o autuante detalhou a apuração do imposto lançado na infração 3.

A metodologia empregada pelo autuante é a rotineiramente utilizada em situações como as que se referem o presente Auto de Infração. Os demonstrativos de fls. 5 e 6 permitem que se determine, com segurança, o montante devido em cada mês. Nesses demonstrativos, onde foram considerados todos os saldos credores e devedores do estabelecimento auditado, ficando claro que o crédito fiscal utilizado indevidamente implicou recolhimento a menos do imposto devido. Assim, também afasto a preliminar de nulidade referente à metologia utilizada pelo autuante.

As provas das infrações imputadas ao autuado estão nos demonstrativos elaborados pelo autuante, nos extratos de arrecadação emitidos pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, nos livros fiscais do próprio autuado e nas Declarações a Apurações Mensais do ICMS (DMAs) apresentadas pelo deficiente à Secretaria da Fazenda. Não há, portanto, ausência de prova dos ilícitos apontados no Auto de Infração.

O levantamento fiscal de fls. 5 e 6 possui todos os elementos necessários à determinação das infrações e dos valores devidos. Os valores das operações de saídas e de entradas considerados pelo autuante foram os registrados pelo autuado em seus livros fiscais, conforme cópia do livro Registro de Apuração de ICMS acostado às fls. 17 a 68. Todos os créditos e débitos lançados pelo autuado em sua escrita fiscal foram considerados pelo autuante na auditoria fiscal. A repercussão mensal da utilização dos créditos tidos como indevidos foi apurada pelo autuante, consoante se depreende do demonstrativo de fls. 5 e 6.

Em face ao acima exposto, afasto as preliminares de nulidade suscitadas na defesa e, em seguida, passo a abordar o mérito da autuação.

Adentrando ao mérito da autuação, observo que o autuado apenas questiona a aplicação da alíquota de 17%. No entanto, esse questionamento não merece prosperar uma vez que está correta a indicação da alíquota de 17% no Auto de Infração, pois os valores exigidos se referem a imposto lançado e não recolhido (infração 1), a imposto lançado e recolhido a menos (infração 2) e a utilização indevida de crédito fiscal (infração 3). Dessa forma, a redução da base de cálculo prevista no art. 87, V, do RICMS-BA/97, não interfere na apuração dos valores ora exigidos.

Em face ao acima exposto, a infração 1 subsiste integralmente, uma vez que restou comprovada a falta de recolhimento do imposto lançado nos livros fiscais próprios no mês de abril de 2011.

A infração 2 resta caracterizada, já que o cotejo entre o valor do ICMS recolhido com o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS, no mês de agosto de 2008, deixa patente o recolhimento a menos do imposto lançado no referido livro fiscal.

A infração 3 também é subsistente em sua totalidade, pois o autuado não comprovou o direito ao crédito fiscal lançado diretamente no livro Registro de Apuração de ICMS, na coluna “Outros Créditos”. Ressalto que essa utilização indevida de crédito fiscal repercutiu no recolhimento do ICMS apurado em cada mês, como se depreende do demonstrativo de fls. 5 e 6.

No que tange ao alegado caráter de confisco das multas indicadas na autuação, ressalto que a teor do disposto no art. 125, I, da Lei nº 3956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB) não cabe a este órgão julgado administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279919.0024/13-0, lavrado contra **C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.983.374,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" e "b", VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR