

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0001/14-4
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0155-01/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05/02/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0006-11/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO. Está patente nos autos que o sujeito passivo tem direito ao crédito de acordo com o do artigo 359, §1º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Entretanto, sem a apresentação da memória de cálculo e as respectivas notas fiscais, não é possível validar o suposto crédito. Assim, como o defendente não comprovou o valor do estorno de débito lançado, não faz jus ao respectivo crédito. Infração subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/03/2014 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$ 146.357,19, em decorrência do cometimento de oito infrações, das quais somente objeto do presente Recurso o item de nº 7, a seguir, transcrito:

INFRAÇÃO 07 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no montante de R\$6.015,81, referente ao período de janeiro a novembro de 2009, conforme DEMONSTRATIVO DE ESTORNO DE DÉBITO INDEVIDO: ANEXO-9 (fl. 54). Multa lançada de 60%.

Consta que o contribuinte lançou valores no livro de Apuração, no campo 007 – ESTORNO DE DÉBITO – ART. 359, § 1º, sem a documentação comprobatória. A empresa foi intimada a apresentar a comprovação do lançamento, mas não fez a devida comprovação.

O Contribuinte apresentou Defesa às fls. 112 a 117, reconhecendo as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 8, e contestando a infração 7. Em contrapartida, houve por parte do Sr. Fiscal Autuante, a pertinente apresentação de informação fiscal à fl. 156 e seguintes, rebatendo alegações defensivas e pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do dos dispositivos da legislação infringidos, estando os enquadramentos das autuações em total conformidade com a descrição dos fatos relacionados às ocorrências fiscais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla Defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito de Defesa com plenitude.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligência, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$146.357,19, relativo às oito infrações descritas e relatadas na inicial dos autos todas respaldadas por demonstrativos devidamente elucidativos, claros e incisivos, através dos ANEXOS 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 acostados às fls. 15 a 55, complementados por documentos às fls. 56 a 109 dos autos, sendo que, quanto à constatação dessas oito infrações, o sujeito

passivo apresentou impugnação apenas quanto à sétima acusação, reconhecendo as demais, as quais serão consideradas procedentes, por não haver lide.

Em relação à sétima infração que diz respeito utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, através de lançamento no livro de apuração de estorno de débito - campo 007 - sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, alega o sujeito passivo sua improcedência por quanto ter realizado o estorno de acordo com a autorização legal prevista no §1º, do artigo 359, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Como bem expressa a autuante em sua informação fiscal à fl. 159 dos autos, a questão em lide não é a legitimidade ou não do estorno de débito prevista no §1º, do artigo 359, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e, sim da comprovação do seu valor. Conforme descrito na infração 7 (fl. 3), o sujeito passivo foi intimado, fls. 9 e 10, a apresentar a comprovação do lançamento, mas não fez a devida demonstração. A questão em lide é quantificar o valor que o sujeito passivo tem direito de acordo com o do artigo 359, §1º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, sem a apresentação da memória de cálculo e as respectivas notas fiscais, para o qual foi intimado às fls. 9 e 10 dos autos, não é possível validar o suposto crédito. Assim, como o defendente não comprovou o valor do estorno de débito lançado, não faz jus ao respectivo crédito. Infração 7 subsistente.

Sobre a arguição do efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, onde diz que a multa aplicada de 60% sobre o débito é abusiva e confiscatória, nos termos do artigo 150, inciso IV, da CF/88 e decisões do STF, devendo ser relevada ou reduzida, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de Decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 245 a 265), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando alguns dos argumentos apresentados na sua defesa inicial.

Após a exposição da tempestividade do Recurso e um breve relato dos fatos, passa a discorrer sobre os motivos determinantes para a reforma do julgado de piso.

Abre preliminar quanto a nulidade da Decisão por entender que, mesmo com a manifestação de homologação dos valores reconhecidos e recolhidos das infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 8, o Acórdão determina a intimação para que seja efetuada o pagamento do valor integral exigido no Auto de Infração. Com esse norte, pede que seja decreta a nulidade do Auto por força do quanto disposto no art. 156, I do CTN.

Em outra questão preliminar, argumenta que houve cerceamento do direito de defesa devido ao indeferimento da diligência solicitada, uma vez que, seria o “único meio de à disposição do Recorrente para que possa comprovar que efetivamente possui direito aos créditos de ICMS que utilizou”.

Em seguida, passa a combater as questões de mérito.

Depois de novo resumo da infração cometida, afiança que destacou o ICMS na remessa das mercadorias, porém, como não figura na última etapa da cadeia de substituição tributária, realizou o estorno de acordo com a autorização legal prevista no §1º do Artigo 359 do Decreto nº 6.284/97 (RICMS/BA-97), o qual transcreve, alegando que o procedimento determinado no RICMS/BA foi observado, legitimando assim o estorno do débito questionado.

Assegura que, caso parem quaisquer dúvidas, coloca-se a disposição para que a Fiscalização analise as memórias de cálculos e as notas fiscais respectivas, o que enseja a improcedência da infração.

Em novo tópico, diz que a multa aplicada é abusiva.

Colaciona ementa da Decisão do STF que negou provimento a Agravo Regimental interposto pela União Federal nos autos do RE nº 523.471, reconhecendo que (i) o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica também às multas e não apenas aos tributos; bem como (ii) é abusiva multa de 60%.

Ao final, pede para que seja dado provimento integral ao seu Recurso, reconhecendo a nulidade do acórdão recorrido, a improcedência da infração 07 ou, alternativamente, a redução da multa aplicada.

Clama pela intimação pessoal dos seus advogados para a sessão de julgamento.

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS.

No Parecer de fls. 201 a 204, a n. Procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, após fazer um resumo dos fatos e das razões recursais, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Lembra que todas as arguições de inconstitucionalidade devem ser rechaçadas por faltar competência a este colegiado em apreciá-las. Frisa que o princípio constitucional de não confisco não alcança as multas, por possuir natureza jurídica diversa dos tributos.

Assevera que a multa aplicada no caso em questão está expressamente prevista na lei ordinária instituidora do ICMS (Lei nº 7.014/96), no Estado da Bahia. Quanto ao pedido de redução da multa por descumprimento de obrigação principal, aponta que também faltar competência a esta Câmara para examinar tal pleito.

Fala que da análise dos autos, verifica-se a saciedade das imputações fiscais e que o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RICM/BA, bem como, assegura que foram respeitados no presente PAF, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No que tange as infração 07, assinala que o Auto de Infração contém todos os elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator e os fatos geradores. Diz que o autuante cuidou de colacionar aos autos “os levantamentos, relatórios, demonstrativos e documentos fiscais, bem como as provas necessárias à demonstração das hipóteses fáticas, em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99”.

Manifesta que o indeferimento da diligência não é causa de nulidade, pois, o julgador apreciou a pretensão da empresa, declarando expressamente a desnecessidade da diligência fiscal em face das provas matérias constates nos autos, conforme o art. 147, I, ‘a’ do RPAF/BA. Fala que comunga com o entendimento da JJF pela rejeição da diligência.

Pontua da mesma forma, que a nulidade em razão da contradição entre a parte dispositiva e a fundamentação deve ser afastada, posto que, há determinação pela homologação dos valores recolhidos, relativos as infrações reconhecidas pelo Recorrente.

Quanto ao mérito, afiança que o recorrente não logra apresentar provas materiais capazes de alterar ou modificar a infração 07, constante no lançamento fiscal, pois, segundo explica “*o ponto nevrálgico de lide não reside na legitimidade ou não do estorno de débito prevista no §1º do artigo 359 do RICMS/BA, e sim da comprovação do seu valor. O recorrente, apesar de intimado, às fls. 9 e 1, não logrou comprovar o valor do estorno de débito lançado, razão pela qual não faz jus ao respectivo débito*”.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração lançado pelo suposto cometimento de oito infrações, das quais somente se insurge o contribuinte quanto a infração 07, exigida pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do correspondente documento comprobatório do direito ao crédito.

Em seu Recurso, o Contribuinte alega em sede de preliminar que (i) há nulidade da Decisão devido a determinação, em sua resolução, do pagamento integral do valor lançado e (ii) há nulidade do procedimento em decorrência de cerceamento do direito de defesa, consubstanciada pelo indeferimento da diligência solicitada.

Pois bem.

Da análise dos autos, vejo que não merecem guarida as argumentações recursais.

Quanto a determinação do pagamento integral, vejo que a resolução do acórdão determina a homologação dos valores pagos. Assim, quando da conclusão do julgamento e a baixa no sistema da SEFAZ, haverá o correspondente abatimento dos valores já pagos pelo Contribuinte ao

total lançado no presente Auto de Infração.

Neste sentido, não há qualquer mácula que inquine de nulidade a Decisão de piso.

Quanto ao suposto desrespeito ao princípio ampla defesa pelo indeferimento da diligência, percebo que também não há como prosperar as assertivas recursais. Em primeiro lugar, houve a devida apreciação pelo julgador de piso quanto da desnecessidade de sua produção, conforme o art. 147, I, alínea 'a' do RPAF/BA, por entender que, eram suficientes os elementos contidos nos autos, para a formação de sua convicção e julgamento da lide. Em segundo lugar, vejo que o cerne da questão é a apresentação de documentos que comprovariam o direito a utilização do crédito, pelo Contribuinte, apurados em seus livros fiscais, esses acostados ao processo. Assim sendo, cabe ao Contribuinte, e não ao Fisco, a demonstração desses documentos.

Assim, ambas as arguições preliminares devem ser afastadas.

Passo a questão de mérito.

O Recorrente somente assevera que tem direito ao estorno consoante a previsão legal do §1º do Artigo 359 do Decreto nº 6.284/97. Entretanto, como bem apontou a fiscalização e os Julgadores de *primo grau*, não se questiona a legitimidade do estorno, mas a sua comprovação, que deve ser realizada através dos documentos fiscais previstos na legislação. Assim, não há como quantificar o valor que foi lançado pelo contribuinte na sua escrita fiscal e, conseqüentemente, validar o crédito usado pelo mesmo.

Neste caso, caberia a empresa trazer aos autos as notas fiscais quem embasaram o crédito utilizado. Impende ressaltar que a empresa foi intimada para tal fim e não respondeu a contento tais intimações.

Diante dessas circunstâncias fáticas, a infração é totalmente procedente.

Em relação às questões de inconstitucionalidade suscitadas pela empresa, vejo que, consoante o artigo 167, I do RPAF/99, não é competência deste Colegiado o trato destes temas, motivo pelo qual não adentro a sua apreciação.

Quanto à confiscatoriedade das multas, mesmo vislumbrando que em certas situações elas têm percentuais deveras elevado, ressalto que as penalidades aplicadas foram aquelas previstas na legislação estadual, não podendo esse Colegiado afastar a aplicação de norma validade e vigente.

Pelo todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso que julgo totalmente PROCEDENTE o Auto de Infração.

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 **274068.0001/14-4**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$146.357,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologando os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de janeiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS