

PROCESSO - A. I. Nº 279919.0024/13-0
RECORRENTE - CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. (NAGEM INFORMÁTICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JF nº 0079-06/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0176-12/15

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 defendente não comprovou a legitimidade dos créditos fiscais utilizados. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, mantendo a exigência de imposto no montante 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.

O Auto lavrado contra o recorrente em 20/11/2013 decorre de três infrações, todas motivadoras do Recurso Voluntário, cujas acusações são as seguintes:

***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%.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 6ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é integralmente Procedente o Auto de Infração, como segue:

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 metodologia 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 defendente 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.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, conforme fls. 171/187, o contribuinte retorna aos autos para reiterar suas razões da defesa, afirmando que na sua defesa demonstrou a insubsistência do lançamento fiscal e aduzindo que merece reforma o julgado de primo grau.

Diz que houve flagrante afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Citando os artigos 5º, LV e 37 da CF/88 e a doutrina, aduz que o autuante limitou-se a classificar o crédito fiscal de ICMS como ilegítimo, não identificando exatamente o motivo que ensejou a suposta irregularidade do crédito tributário. Nessa esteira, lembra que sendo a Denúncia Fiscal meio de constituição do crédito tributário, ato administrativo vinculado ao princípio da reserva legal, não pode trazer dúvidas nem dificuldades

sobre a compreensão dos fatos contidos no Auto de Infração, sob pena de agredir o direito de defesa e o patrimônio do contribuinte.

Discorre sobre a validade dos lançamentos tributários e das necessárias provas que devem acompanhar o lançamento, repisa que o autuante não forneceu as provas necessárias e essenciais para comprovar a irregularidade dos créditos indicados na infração 3.

Pede a nulidade do lançamento.

Ainda em sede de preliminar, aduz que o lançamento derivou de metodologia não prevista na lei. Mais uma vez evocando o princípio da legalidade, diz que o autuante estabeleceu metodologia de levantamento fiscal inusitada, sem fundamento legal, para presumir o montante do imposto supostamente devido, que deságua em valores em descompasso com a realidade fática.

Assevera que quando deveriam ser verificadas as suas notas fiscais de entrada e da saída, de forma a apurar o montante do crédito considerado indevido, o autuante preferiu considerar os valores encontrados por meio de um cálculo de proporcionalidade que não se coaduna com a norma vigente.

Esclarecendo, diz que o autuante tomou os valores referentes ao estoque inicial incluído o ICMS, às entradas, às saídas com ICMS e ao estoque final incluído o ICMS, imaginando uma correspondência contábil, para depois estabelecer uma proporção tributável por produto. Nessa linha, *“... o resultado da operação matemática sem previsão legal, atribuiu valores que supostamente corresponderiam ao crédito indevido, e então exigir o respectivo imposto, mais multa e juros, que efetivamente não correspondem à realidade fática”*.

Insistindo, aduz que a verdade insuperável é que para a hipótese de creditamento indevido, a metodologia empregada atribui valores que não correspondem ao montante do imposto supostamente devido por produto, mas uma porcentagem em relação a todas as diversas situações jurídicas possíveis para todos os produtos em cada exercício anual.

Diz que diante de lançamento realizado com metodologia carente de base jurídica e que dificulta a defesa e o seu julgamento, cujos valores e créditos questionados não correspondem aos fatos antijurídicos atribuídos por produto, conclui que tal lançamento deve ser julgado nulo.

Também aduz a nulidade do lançamento por preterição do seu direito de defesa e desobediência ao art. 142, do CTN. Para a nulidade suscitada, assevera que o Auto de Infração não traz nenhuma prova do ilícito que lhe é imputado, observando que também foram afrontados os princípios do contraditório, da ampla defesa e o devido processo legal, além da verdade material.

Diz da necessidade de que a peça de acusação seja acompanhada das provas dos ilícitos imputados, aduzindo que do contrário, o Auto de Infração estaria eivado de vício insanável.

Dizendo da falta de liquidez do lançamento, assevera que o autuante procedeu a levantamento fiscal considerando dados genéricos definindo o montante do imposto devido em bases pouco claras.

Reiterando a sua tese de que deveria o autuante relacionar todas as notas fiscais de aquisições para só então calcular o valor do crédito pretendido em todo o período, diz que da forma como feito, não se observou que cada produto possui margem de valor agregado específica, o que faz com que o levantamento fiscal tomando apenas informes contábeis gerais, conduz a um resultado que não corresponde à verdade.

Registra que é evidente que o Auto está eivado de vícios que afastam a liquidez e certeza do crédito tributário, razão pela qual entende que deve ser reformado o julgamento de piso, de maneira a que seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração em combate.

Registra que há a necessidade de apuração do imposto efetivamente devido, por via do refazimento da sua escrita fiscal, haja vista que ainda que se admita a utilização de procedimento em desacordo com a legislação, ao se creditar do imposto supostamente indevido, entende que

competia ao autuante refazer a sua escrita fiscal, em especial o Registro de Apuração do ICMS, para identificar e assim apontar a existência ou não de débito tributário nos períodos verificados. Nessa esteira, aduz que o não refazimento da sua escrita fiscal afronta o art. 142, do CTN.

No entender do recorrente, a constatação do valor do imposto que supostamente deixou de ser recolhido deveria ser refeita a apuração no período fiscalizado, considerando todos os créditos e débitos lançados na sua escrita fiscal, para só então verificar se remanesce saldo credor ou devedor. Cita a jurisprudência da Corte Tributária Administrativa no Estado de Pernambuco, concluindo que a autoridade administrativa, para constituir o crédito tributário por lançamento, *“deve necessariamente calcular o montante do tributo devido, não devendo deter-se exclusivamente na censura ao crédito fiscal supostamente equivocado”*.

Assinala que a fiscalização não pode se restringir em apenas verificar a ocorrência ou não do lançamento correto das operações, mas também se da operação resultou algum imposto devido que não pago, lembrando que a utilização de crédito fiscal inadmitido, não significa, necessariamente, que há falta de recolhimento do imposto.

Reiterando a necessidade da recomposição da escrita Fiscal, onde certamente confirmaria que o valor referente ao ICMS terminou sendo indubitavelmente recolhido, no máximo apenas postergado, conclui que o lançamento em apreço carece de exatidão, conquanto às supostas alegações de falta de recolhimento do imposto em face do creditamento criticado requer o necessário refazimento da sua escrita fiscal.

Quanto ao direito ao crédito, diz que tendo adquirido as mercadorias em questão, não restam dúvidas de que o recorrente tem o direito de se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição, exatamente o procedimento adotado. Citando o art. 155, II e §2º, I, da CF/88, c/c o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, registra que é permitido o crédito do ICMS oriundo de operações de compra, lembrando que adquiriu as mercadorias, as recebeu, escriturou as notas e realizou o pagamento, tudo a determinar que as operações declaradas nas notas fiscais corresponderam àquelas de fato realizadas, não podendo o Fisco querer negar o constitucional direito ao crédito.

Quanto às multas aplicadas, de plano diz que são confiscatórias. Registra que a *“... função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, eis que o pagamento da multa é classificado como receita derivada, como os tributos, gerando, também, a total improcedência das penalidades aplicadas, além da exigência fiscal”*.

Também registra que mantidas as multas, haveria transferência ilegal de parte substancial do seu patrimônio para o Estado, o que afronta o princípio do não-confisco. Cita a jurisprudência.

Assevera que a vedação prevista no art. 150, IV da Carta Magna, diz respeito à obrigação tributária como um todo, conforme definido no art. 113 do CTN, lembrando que não pode ser desprezada a capacidade contributiva, fora dos limites da razoabilidade, agredindo a lógica, o bom senso e a segurança jurídica do cidadão contribuinte.

Lembra que o benefício da dúvida, a rigor do art. 112, do CTN, deve favorecer ao contribuinte. Citando a jurisprudência, registra a sua certeza de que é insubsistente a cobrança, situação que torna o crédito ilíquido, incerto e ilegal. Pede a reforma da Decisão recorrida para que seja julgado Improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

Por derradeiro, requer a reforma do Acórdão recorrido, de modo que seja dado provimento ao seu Recurso para julgar Improcedente ou até nulo o Auto de Infração. Sucessivamente, mantidas as imputações, pede que seja excluída, ou no mínimo reduzida, a multa aplicada.

Requer ainda, que na dúvida, lhe seja conferida a interpretação mais benéfica, tal como preconiza o art. 112 do CTN, ao tempo em que protesta e requer a conversão do feito em diligência ou perícia contábil.

A PGE/PROFIS, por intermédio do Dr. José Augusto Martins Junior, exara Parecer colacionado

aos autos, fls. 216/218, no qual opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Diz que no que se refere ao argumento de suposta lesão a ampla defesa e contraditório, não há como se emprestar guarida a tese recursal, aduzindo que o recorrente não trouxe aos autos qualquer prova de que não foram obedecidos os trâmites preconizados na legislação de regência e que, de alguma forma, turbaram o exercício da sua defesa, registrando que a inconformidade lançada é genérica.

Também registra que as infrações imputadas ao recorrente foram descritas de forma clara e precisa, além de respaldadas em demonstrativos analíticos, restando devidamente provadas nos demonstrativos formatados a partir dos extratos de arrecadação emitidos pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, dos livros fiscais do recorrente e nas Declarações e Apurações Mensais do ICMS apresentadas à SEFAZ.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 6ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0079-06/14, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte deixado de recolher ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, de ter recolhido a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS e de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

A tese recursal, em síntese, registra a nulidade do lançamento. Por primeiro, o recorrente suscita a nulidade do lançamento em razão de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, da aplicação de metodologia não prevista em lei, da necessidade de apuração do imposto efetivamente devido, com o refazimento da escrita fiscal, eis que o lançamento não teria a certeza necessária, no que concerne ao valor exigido.

Também registra o seu direito ao crédito nas operações que deram azo à autuação, bem como atribui efeito confiscatório às multa cominadas às infrações.

Entendo que não merece acolhida a tese de nulidade do lançamento. O fato é que as imputações são claras e os papéis de trabalho alicerçam as acusações fiscais, restando preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 39 do RPAF/Ba, não se observando qualquer das hipóteses listadas no art. 18 do mesmo diploma, ou seja, não há dúvidas quanto à segurança da acusação fiscal, quanto aos valores constantes dos demonstrativos fiscais e que dão lastro à exigência fiscal.

Há que se registrar que, conforme assinalado pelo n. representante da PGE/PROFIS, o lançamento foi construído a partir dos extratos de arrecadação emitidos pela SEFAZ/Ba, dos livros fiscais do recorrente e das Declarações contidas nas DMA's apresentadas à Secretaria da Fazenda.

Quanto ao roteiro de fiscalização, entendo que não há qualquer ilegalidade, vez que as apurações contidas nos demonstrativos fiscais estão alicerçadas dos documentos acima listados e que contêm informações do próprio contribuinte, aí entendido que as suas DMA's são reflexo das suas operações no que concerne à apuração do ICMS.

Merece registro que não foram trazidos aos autos elementos que possam suscitar dúvidas no lançamento em apreço. Digo isso porque a eventual demonstração de que houve algum tipo de erro no levantamento fiscal ou mesmo na escrita fiscal do recorrente, poderia, eventualmente, suscitar a conversão do feito em diligência. Nessa linha, de posse de elementos de possam elidir ou até mesmo por em dúvida o lançamento em apreço, pode o recorrente provocar a PGE/PROFIS, no controle da legalidade, que entendendo pertinente, também pode atravessar Representação a

uma das Câmaras do CONSEF.

Quanto à suposta afronta a princípios constitucionais, de plano, registro que a este julgador e a este Conselho, não compete, a rigor do que determina o art. 167 do RPAF/Ba, apreciar ou discutir tal matéria.

Em assim sendo, afasto as preliminares suscitadas.

No mérito, a tese recursal apenas diz do direito ao crédito de ICMS nas operações que levaram ao presente lançamento. De fato, os fundamentos das razões recursais são os citados, contudo, como dito alhures, a construção do lançamento se deu com base em informações contidas na sua escrita fiscal e nas DMA's enviadas à SEFAZ/Ba.

Merece registro, mais uma vez, que o recorrente não fez vir aos autos qualquer elemento que pudesse contrariar as acusações que lhe pesam, restando apenas, por dedução, a mera negativa do cometimento das infrações.

Quanto ao suposto saldo credor do ICMS em favor do Sujeito Passivo, os papéis de trabalho fazem a precisa indicação de que há exatamente o contrário, apontando na direção de que a tese recursal não merece acolhida. De outra banda, a oro recorrente não fez vir aos autos os elementos mínimos necessários à demonstração da existência de saldo do imposto em seu favor, o que faz com que a sua tese não mereça acolhida.

Quanto ao pedido de redução da multa cominada às infrações, estão impedidos os julgadores desta Câmara de acolher tal pedido, pois, conforme prescreve o artigos 158 do RPAF/Ba, apenas as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser canceladas ou reduzidas, contudo, considerando que os fatos geradores ocorreram anteriormente à revogação do art. 159 do mesmo RPAF, poderá o Contribuinte, querendo, dirigir pedido de cancelamento ou redução das multas, ao apelo da equidade, à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda.

Isto posto, pelas razões acima expostas, voto no sentido de NÃO PROVER o Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de piso tal como prolatada.

Quanto ao pedido de diligência, entendo que não há que ser deferido, conquanto os elementos dos autos são suficientes à formação de juízo de valor a respeito da matéria tratada, restando claro que o recorrente não trouxe elementos que pudessem elidir ou mesmo por em dúvida o lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **279919.0024/13-0**, lavrado contra **CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. (NAGEM INFORMÁTICA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.983.374,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS