

PROCESSO	- A. I. N° 108529.0302/14-0
RECORRENTE	- C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA. (NAGEM INFORMÁTICA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0100-02/15
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 13/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0288-11/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO EXIBIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE ARRECADAÇÃO CORRESPONDENTES. Resta patente nos autos, ante a não apresentação ao Fisco da correspondente comprovação, que o crédito fiscal registrado no livro RAICMS na coluna “Outros Créditos” foi utilizado indevidamente. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade e não apreciada a alegação de que a multa é confiscatória. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF constante no Acórdão nº 0100-02/15, que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em razão da utilização indevida crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Período: janeiro a março e junho a dezembro de 2013. Valor: R\$1.718.054,15, acrescido da multa de 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo autuado e pelo fiscal autuante, a 2ª JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 105/112):

A acusação fiscal representada pela infração sob número 01.02.42, diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a lançamentos no RAICMS, sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito ao referido crédito.

Portanto, o fulcro da autuação diz respeito a apropriação de crédito fiscal no livro Registro de Apuração do ICMS, isto porque não foram apresentados os respectivos documentos da origem de tal lançamento fiscal.

Tendo em vista que na peça defensiva o sujeito passivo argüiu, simultaneamente, questões de fato e de direito, suscitando a nulidade ou a improcedência da autuação, passo a examinar o mérito da lide com base nas preliminares que foram suscitadas em relação à autuação.

Da afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, e Falta liquidez e certeza ao crédito tributário em razão das falhas de concepção do levantamento fiscal.

Analizando todos os elementos que integram o presente processo, constato que inocorreu qualquer afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, visto que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos no levantamento efetuado pelo autuante, fl. 04, com base as informações e nos documentos fiscais do contribuinte autuado, tendo sido entregue cópia do mesmo ao autuado, permitindo-lhe o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, não merece acolhimento a alegação defensiva de não foi fornecida a prova necessária e essência para comprovar a irregularidade dos créditos consignados no demonstrativo de débito.

Desta forma, não vislumbro que tenha contrariado o princípio da legalidade do lançamento tributário em questão, e por se encontrar devidamente demonstrado todos os valores que serviram de base para a conclusão fiscal, e acompanhado de cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, dota o Estado da certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário em questão, sem qualquer impecilho a ampla defesa e ao contraditório.

Ademais, ao arguir falta liquidez e certeza ao crédito tributário em razão das falhas de concepção do

levantamento fiscal, caberia ao autuado ser objetivo informando quais falhas entende existir no trabalho fiscal, apontando eventuais erros na sua apuração, o que não ocorreu.

Do direito ao crédito

Quanto a alegação de que tendo adquirido e recebido as mercadorias em questão, teria o direito de se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição, assiste razão ao sujeito passivo, nos termos do que dispõe o art. 155, II, e § 2º, inciso I, da Constituição Federal, c/c art. 20 da Lei Complementar nº 87/96. Contudo, no presente caso, o contribuinte efetuou lançamento como “outros créditos” no Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a março, julho a dezembro de 2013, conforme documentos às fls. 28, 31, 34, 37, 43, 46, 49, 52, 55, 58, e 61, e na ação fiscal foi intimado e solicitado mediante emails a comprovar a origem de tais créditos, fls. 05, 12 a 24, sem qualquer informação a respeito. Ressalto que o autuado poderia muito bem ter trazido ao processo em sua peça defensiva a relação e as notas fiscais que originaram tais créditos fiscais, porém nada foi apresentado neste sentido. Assim, foi correto o procedimento da fiscalização em glosar os créditos fiscais.

Aplicação de metodologia não prevista na lei.

Cabe consignar que o trabalho fiscal foi feito em perfeita obediência ao princípio da legalidade pois foi obedecido as disposições contidas no RPAF/99, eis que, foi identificado o crédito tributário por cada período de apuração em que ocorreram os fatos, estão demonstrados os valores dos débitos e dos créditos mensais, com a apuração dos respectivos saldos devedores/credores, em face o creditamento dos valores não comprovados a títulos de “outros créditos”, tudo em conformidade com o demonstrativo à fl. 04, que foi entregue cópia ao autuado e ele não apontou qualquer erro nos números neles consignados, o que a dá a certeza e liquidez do crédito tributário exigido.

Sendo assim, tendo em vista que o sujeito passivo não comprovou a origem de tais créditos, caberia a ele e não à fiscalização identificar os produtos e notas fiscais de entrada e da saída, de forma a apurar o montante do crédito considerado indevido.

Também descabida a alegação de que no levantamento fiscal 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, pois o levantamento fiscal levou em consideração os mesmos valores declarados nos livros fiscais.

Do que se conclui que a metodologia adotada na apuração do crédito tributário obedeceu a legislação tributária.

Necessidade de apuração do imposto efetivamente devido através do refazimento da escrita fiscal.

Relativamente a alegação da necessidade de apuração do imposto efetivamente devido através do refazimento da escrita fiscal, pelo que foi acima alinhado está claro que não há necessidade de tal medida, visto o fulcro da questão discutida nos autos é a apropriação de créditos fiscais sem a comprovada origem de tais créditos, conforme demonstrado no levantamento à fl. 04 e apoiado nos valores constantes no Registro de Apuração do ICMS, e levou em consideração o impacto que tais créditos causaram mensalmente na conta corrente fiscal.

Portanto, a fiscalização não deixou de comprovar a origem dos valores lançados, e ao contrário do que alega o autuado, entendo que a prova da legitimidade dos aludidos créditos deveria, neste caso, ser feita ao pelo próprio autuado, razão porque, não houve desobediência da fiscalização ao devido processo legal, e impedimento ao contraditório e a ampla defesa.

Da aplicação de multa confiscatória.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concorrentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Portanto, não há que se falar em multa confiscatória quando aplicada com base em dispositivo legal vigente, e no presente caso, a multa foi aplicada corretamente, pois está em perfeita sintonia com o fato apurado, qual seja, apropriação de crédito fiscal ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, porquanto sem a comprovação da origem de tais créditos.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima citado, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

In dúvida pro contribuinte.

O sujeito passivo invocou o princípio do in dúvida pro reo, transcrevendo o artigo 112, do Código Tributário

Nacional (CTN), que reza in verbis:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

- I - à capitulação legal do fato;
- II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
- III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;
- IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Segundo a enciclopédia livre da Wikipedia, in *dubio pro reo* “é uma expressão latina que significa literalmente na dúvida, a favor do réu. Ela expressa o princípio jurídico da presunção da inocência, que diz, que em casos de dúvidas (por exemplo, insuficiência de provas) se favorecerá o réu”. Ou seja, é uma expressão latina que significa literalmente que na dúvida, seja decidido a favor do réu na aplicação do direito penal.

No direito tributário, o *in dubio pro reo* nasceu como uma forma de resolução de conflitos em órgãos colegiados, nos quais os julgadores, a princípio, podem possuir certeza individual acerca de seu posicionamento sobre um fato tributário.

No direito tributário, o referido princípio de acordo com o artigo acima transcrito se aplica nas seguintes hipóteses:

dúvidas quanto à norma: capitulação legal dos fatos (inciso I);

dúvidas quanto aos fatos: natureza ou circunstâncias materiais dos fatos e seus efeitos (inciso II) ou quanto à autoria, à imputabilidade e à punibilidade (inciso III);

dúvidas quanto à subsunção: natureza da penalidade aplicável, ou sua graduação (inciso IV).

No caso em comento, não paira qualquer dúvida quanto a capitulação legal, situação fática ou penalidade aplicável, pois ao não ser comprovada a origem dos créditos escriturados nos livros fiscais, esta conduta vai de encontro ao RICMS/97, que não admite o lançamento do crédito fiscal sem o competente documento fiscal.

Desta forma, tendo em vista que não se admite o lançamento do crédito fiscal sem o competente documento fiscal, e não tendo o autuado apresentado documentos para descharacterizar a acusação fiscal, fica mantido o débito lançado na autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 121/140, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Inicia suas razões de apelo aduzindo que os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade foram infringidos, discorrendo sobre os conceitos dos referidos princípios.

Pontua que para ter validade o lançamento tem que ser claro, lúmpido, de modo tanto a estar provado, de forma indubitável, o que não teria ocorrido nos presentes autos, pois o Autuante não teria fornecido as provas necessárias e essências para comprovar a irregularidade dos créditos indicados na infração.

Requer a decretação de nulidade do Auto de Infração, por vício material.

Aduz que o lançamento em questão foi realizado através de metodologia não prevista em lei, estando o lançamento fiscal repleto de equívocos na sua constituição.

Argui nulidade do lançamento por preterição ao direito de defesa e desobediência ao art. 142 do CTN.

Repisa que a Fiscalização não teria apresentado prova alguma da ocorrência da ilegalidade atribuída, incidindo em nulidade do procedimento e na inexigibilidade dos valores lançados.

Entende que seria necessário o refazimento de sua escrita fiscal.

Aduz que a fiscalização não poderia 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, uma vez que a utilização de crédito fiscal inadmitido, necessariamente, não significa que há falta de recolhimento do imposto.

Considera que tendo adquirido as mercadorias em questão, não restaria dúvida de que tem o

direito de se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição, sendo este o procedimento adotado.

Transcreve o art. 155, II, e §2º, inciso I, da Constituição Federal, c/c art. 20 da Lei Complementar nº. 87/96, que dispõe sobre o princípio da não cumulatividade e permite o creditamento do ICMS oriundo de operações de compra.

Pugna pelo cancelamento ou redução da multa aplicada, em razão desta ser confiscatória e violar os princípios da razoabilidade, vedação ao confisco e da capacidade contributiva.

Por fim, requer a aplicação do princípio do *In dúvida pro contribuinte*, previsto no art. 112 do CTN.

A PGE/PROFIS em parecer da lavra do Dr. Elder dos Santos Verçosa, fls. 148/151 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas:

Sustenta que a recorrente não demonstrou violação aos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e legalidade.

No que tange ao argumento de nulidade do lançamento por aplicação de metodologia não prevista em lei, destaca que a lavratura do Auto de Infração foi motivada após análise dos livros da recorrente, sendo verificado a existência de “outros créditos” dos quais a recorrente não comprovou a origem.

Observa que a multa aplicada está prevista na Lei nº 7.014/96, não tendo caráter confiscatório.

Concorda com o autuante de que não há como se aplicar o princípio do “*in dubio pro contribuinte*”, posto que não há qualquer dúvida.

Transcreve o art. 143 do RPAF.

Por fim, conclui que caso o contribuinte apresente prova da improcedência da autuação, demonstrando a origem dos créditos que lançou em sua escrita, poderá valer-se do controle da legalidade, prevalecendo a verdade material.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0100-02/15, prolatado pela 2ª JJF, que julgou procedente o Auto de Infração epigrafado, em razão da utilização indevida crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida, pelo que a mantendo pelos seus próprios fundamentos.

Compulsando os autos vejo que a Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos fundamentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Verifico que o fato gerador da infração que compõe o lançamento está determinado e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais a recorrente recebeu cópia, tendo, assim, pleno conhecimento dos motivos da autuação, garantindo exercício do direito de defesa.

Desta forma, afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois não estão, o Auto de Infração e o processo administrativo dele decorrente, incursos nas hipóteses do art. 18 do RPAF.

Observo que o autuante pautou-se nos livros fiscais do sujeito passivo, onde consta créditos denominados “outros créditos” dos quais a recorrente não apresentou os documentos que comprovariam o direito ao referido crédito.

Nenste caso, caberia à Recorrente, ao receber a cópia dos demonstrativos, exercer o seu

contraditório, no sentido apresentar os documentos fiscais que deram suporte a apropriação do crédito, o que não o fez.

O art. 31 da Lei nº 7.014/96 prevê expressamente que para a utilização de crédito fiscal se faz necessário a apresentação dos documentos geradores dos referidos créditos, condicionada a sua idoneidade e a sua correta escrituração nos livros fiscais, conforme abaixo transcrito:

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 RPAF/BA no art. 123, garante ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com supedâneo em provas, documentos, levantamentos e demonstrativos, que entenda necessários à comprovação das suas alegações.

Ocorre que, no caso presente, a Recorrente não trouxe os documentos necessários à comprovação da legitimidade dos créditos, configurando-se a presunção de veracidade da imputação, pois alegações desacompanhadas de provas documentais se apresentam como insuficientes para desautorizar a legitimidade da autuação fiscal, segundo estabelece o art. 143 do RPAF/BA.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multas confiscatórias também pelo fato delas serem legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Por fim, deixo de apreciar pedido de constitucionalidade e de violação de princípios por este Colegiado não ter competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

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 108529.0302/14-0, lavrado contra **C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA., (NAGEM INFORMÁTICA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.718.054,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

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