

A. I. Nº - 108529.0303/14-6
AUTUADO - C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.
AUTUANTE - GILMÁRIO MACEDO LIMA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 01/07/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0127-03/15

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. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 15/09/2014, exige crédito tributário no valor de R\$173.712,78, acrescido da multa de 60%, em razão da utilização indevida crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 - infração - **01.01.42**, conforme demonstrativo à fl. 04.

O autuado impugna tempestivamente o lançamento de ofício, fls. 54 a 72. Reproduz o teor da infração que lhe fora imputada. Articula os argumentos a seguir resumidos.

Inicialmente diz ser notória nos autos a inobservância ao direito maior à ampla defesa do contribuinte, bem como ao contraditório e ao princípio da legalidade insculpido nos artigos 5º, LV, e 37, caput, da CF/88, cujo teor reproduz. Para ilustrar seu entendimento acerca da aplicação desses princípios, trás a colação trechos dos ensinamentos dos juristas pátrios, Ricardo Lobo Torres, Odete Medauar e do mestre Hely Lopes Meirelles.

Assinala que a validade do processo administrativo tributário está condicionada ao perfeito cumprimento do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Continua frisando que não há se argumentar que o processo administrativo está legalmente regido pelo princípio do informalismo, posto que este princípio não se sobrepõe ao primado constitucional do contraditório e da ampla defesa. Arremata assinalando ser dever da Administração, seguir a diretriz constitucional de ampla defesa ao contribuinte.

Observa que os atos da administração devem observar os limites insertos no art. 37, caput, da CF/88, entre os quais se destaca o da legalidade. Frisa que o princípio da legalidade norteia os atos da administração, de modo que da lei não possam se desviar, sob pena de nulidade, devendo o administrador público está adstrito aos limites impostos na lei. Sustenta que não se põe qualquer dúvida de que o ato administrativo contrário ao mandamento legal não tem validade, é nulo de pleno direito.

Afirma ter sido flagrante a contrariedade ao princípio da ampla defesa, que também importa na nulidade do presente processo administrativo tributário, pois 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.

Diz ser assente na doutrina e na jurisprudência a contrariedade ao cerceamento ao direito de defesa, em face do direito fundamental albergado no art. 5º, LV da CF/88.

Revela que sendo a Denúncia Fiscal meio de constituição do crédito tributário, como 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.

Menciona que para ter validade o lançamento tem que ser claro, límpido, de modo tanto a estar provado, de forma indubitável, todos os fatos que nortearam a alegada infração. Acrescenta que quaisquer ambigüidades o invalidam e, para que se afaste por completo toda e qualquer dúvida, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar de provas.

Colaciona trecho de ensinamento do Prof. Ives Gandra da Silva Martins: “Pelo art. 142 do CTN, compete o ônus da prova de que a matéria tributável, a base de cálculo existe, ao sujeito ativo da relação tributária e não ao passivo, pois que apenas a autoridade administrativa, de forma privativa, tem competência para determinar tais elementos. E tais elementos têm que ser tipificados por inteiro, não podendo ser conformados por elástica, flexível, maleável e extensível aplicação do princípio da legalidade e da tipicidade.” (in “Direito Econômico e Empresarial”, ed. 1986, pág. 97/98).

Afirma ser a jurisprudência pacífica, inclusive nos Tribunais Superiores, de que o lançamento tributário deve proceder da prova, reproduzindo as ementas dos julgados: STJ, RESP nº 48.516-SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 13/10/1997, p. 51.553 e TRF da 4ª Região, AC nº 18521-1-RS, Rel. Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 13/03/1991, p. 4.457.

Assevera que o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato especificado no lançamento à norma existente, em que pese esta obrigação legal, o autuante não forneceu as provas necessárias e essenciais para comprovar a irregularidade dos créditos indicados na infração 01. Destaca que tais fatos, além de prejudicar a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário perseguido, contrariam o princípio da legalidade e, sobretudo dificulta a ampla defesa do contribuinte. Arremata que sendo o Auto de Infração foi lavrado sem a devida coerência, deixando de considerar dados relevantes, dentre os quais a identificação específica do motivo da inidoneidade dos créditos, restando prejudicada sua defesa.

Afirma que a autuação, até mesmo para comprovar sua liquidez e certeza, deve identificar o suposto débito, determinar o montante devido por cada período (mês) de apuração em que ocorreram os fatos, e ao final realizar o encontro de contas (saldo de crédito e débitos) que apontaria a existência, ou não, de imposto a recolher, face o creditamento pretensamente indevido.

Diz que o autuante terminou trilhando caminho diverso, porquanto estabeleceu uma metodologia inusitada, sem fundamento legal, para presumir o montante do imposto supostamente devido, que finda em valores desconformes da realidade fática, inclusive cobrados de produtos em montante diverso do que o supostamente devido, caso ocorrido o ilícito imputado. Prossegue aduzindo que, em vez de identificar o produto, verificar suas notas fiscais de entrada e da saída, de forma a apurar o montante do crédito considerado indevido, e assim certificar a verdade material conforme disposto na acusação, considera os valores encontrados por meio de um cálculo de proporcionalidade que não se coaduna com a norma vigente.

Aduz que no presente caso, ao 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. Continua frisando que, como 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.

Pondera que a metodologia empregada atribui valores que não correspondem ao montante do imposto supostamente devido por produto, caso se acolha a acusação de creditamento indevido,

mas uma porcentagem em relação a todas as diversas situações jurídicas possíveis para todos os produtos em cada exercício anual, ignoradas no Auto de Infração.

Ressalta que, desse modo, ficou estabelecida uma interdependência entre todos os produtos, impondo exame inadmissível da realidade fática, dificultando tanto a apresentação de defesa quanto ao julgamento sobre a legalidade e procedência das operações e os creditamentos mantidos sobre cada mercadoria individualizada.

Registra que, diante de lançamento realizado com metodologia carente de base jurídica, que impõe apreciação conjunta de todos os produtos comercializados no período, fora da previsão legal, dificultando a defesa e o seu julgamento, cujos valores e créditos questionados não correspondem aos fatos antijurídicos atribuídos por produto, a única conclusão plausível é pela sua nulidade, modo pelo qual deve ser julgado, por violação a legislação de regência, assim como do princípio da legalidade.

Observa que em sua peça acusatória, o autuante lhe acusa da utilização indevida de créditos fiscais sem correspondência com a realidade fática nem previsão legal.

Afirma que a fiscalização não trouxe aos autos qualquer prova do ilícito imputado, em desarmonia com o ordenamento jurídico em vigor, em especial porque tolhe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Esclarece que o Fisco não pode exigir o cumprimento de obrigação e lançar crédito tributário sem produzir provas, pois o processo administrativo se rege pela verdade material dos fatos. Acrescenta que também não se pode acusar sem provas, até porque afronta a lógica e o bom senso.

Revela que no presente caso a Fiscalização não apresentou prova alguma da ocorrência da ilegalidade atribuída, incidindo em nulidade do procedimento e na inexigibilidade dos valores lançados. Explica que de acordo com o art. 333, inciso I, do CPC, deve-se ressaltar que no caso em questão o autor da acusação é o Fiscal.

Destaca que o Fiscal não se desincumbiu dessa sua obrigação, lhe transferindo o ônus da prova. Diz que o julgador tributário não pode validar a prática de acusar por acusar e esperar que o contribuinte se defenda.

Ressalta que ao teor do art. 142 do CTN, a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente os fatos geradores, a matéria tributável, definindo corretamente o imposto devido e os períodos cobrados. Frisa que, além dos equívocos cometidos na metodologia de cálculo aplicada, a Autoridade Fiscal não comprovou a ocorrência da suposta infração. Afirma que o Auto de Infração, para ser válido, tem que ser claro, límpido, de modo tanto a provar o fato gerador, como correta e claramente tipificá-lo. Arremata aduzindo que qualquer ambigüidade invalida o Auto de Infração.

Assevera que se impõe demonstrar, cabalmente, a adequação do fato (desde que provado) à norma (art. 114 do CTN), considerando corretamente as respectivas bases de cálculo e alíquotas aplicadas nos produtos, cujas operações, apurou-se creditamento indevido.

Relata que, apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato compreendido com a norma existente, o autuante não agiu dessa forma. Remata sustentando que tal fato agride o direito ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente assegurado à Reclamante, inclusive nos procedimentos administrativos (art. 5º, inc. LV da Carta Magna).

Menciona que no caso presente, a acusação fiscal está desprovida de segurança jurídica, porquanto além de trazer débito ilíquido e incerto, padece de provas das alegações, devendo ser anulada. Afirma que não se tratam de meras incorreções ou erros formais, mas vício que invalida o trabalho fiscal porque dificulta e retira seu o pleno exercício do seu direito ao contraditório e a ampla defesa, impondo-se a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Observa que o crédito tributário é constituído a partir de premissas inaplicáveis ao caso concreto. Diz que o autuante procedera ao levantamento fiscal considerando dados genéricos e assim definir montante do imposto devido face ao suposto creditamento indevido.

Afirma que a metodologia de cálculo do imposto compromete, por inteiro, o levantamento fiscal porque conduz a um resultado que não guarda compromisso com o tema debatido. Registra que o autuante deveria relacionar todas as notas fiscais de aquisições e calcular o valor do crédito pretendido em todo o período. Prossegue destacando que o autuante ao proceder desta forma, deixa de observar que cada operação o produto possui margem de valor agregado específica e que isso se deve em razão de determinar seus preços considerando os praticados no mercado local.

Revela que o levantamento fiscal tomando apenas informes contábeis gerais, conduz a um resultado que não corresponde - ainda que assista razão à interpretação fiscal da legislação aplicável - a verdade.

Frisa que se apresentando o resultado do levantamento fiscal imbuído de equívocos, em face da não realização adequada dos cálculos por operação comercial, fica evidente a improcedência da autuação e nulo o Auto de Infração, recheado de erros de concepção que afastam a liquidez e certeza do crédito tributário, preterindo assim seu direito de defesa, razão pela qual deve ser o Auto de Infração julgado nulo e improcedente.

Diz que, mesmo admitindo a utilização de procedimento em desacordo com a legislação, ao se creditar do imposto supostamente indevido, competia à fiscalização refazer a escrita fiscal da Empresa/Contribuinte, em especial o Registro de Apuração do ICMS, para identificar e assim apontar a existência ou não de débito tributário nos períodos verificados.

Sustenta que deixando de reconstruir a escrita fiscal, a Fiscalização vai de encontro ao comando do já citado art. 142 do CTN, que impõe à Autoridade Fiscal não só verificar a ocorrência do fato gerador, mas também determinar a matéria tributável e calcular o montante do imposto devido. Continua frisando que para se constatar o valor do imposto que supostamente deixou de ser recolhido, evidenciando a verdade material, deveria ser refeita a apuração no período questionado, considerando todos os créditos e, do mesmo modo, os débitos lançados na escrita fiscal, para só então verificar a sobrevivência de saldo credor ou devedor. Remata revelando que caso fosse encontrado saldo devedor, poderia, aí sim, lavrar o Auto da diferença, em especial porque o que deve ser recolhido é a diferença positiva entre os crédito e débito fiscais. Fora dessa hipótese, resta nula a autuação para cobrança de valores indevidos.

Assevera que a autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve necessariamente calcular o montante do tributo devido, não devendo deter-se exclusivamente na censura ao crédito fiscal supostamente equivocado.

Salienta que o refazimento da escrita fiscal não viola o princípio técnico-contábil da oportunidade e da competência, pois o que se busca é a verdade material. Pensar o contrário, não permitindo a reconstituição, é o legítimo atentado à verdade material.

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

Ressalta que para constatar a repercussão financeira de tais lançamentos, bastaria a reconstrução de sua escrita fiscal, mês a mês nos exercícios fiscais questionados, tendo em vista que todos os saldos, sem dúvida, sofreram a influência dos créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no período. Prossegue frisando que como consequência, admitindo incorreta a apropriação dos créditos e considerando os débitos escriturados, apenas restariam devidos os saldos devedores que deixaram de ser recolhidos e jamais todo o montante cobrado na autuação,

que deixou de apurar o imposto efetivamente devido nos períodos fiscais, em agressão ao comando legal disposto no art. 142 do CTN.

Ressalta a necessidade da recomposição da escrita Fiscal, onde certamente confirmaria que o valor referente ao ICMS terminou sendo indubitavelmente recolhido, no máximo apenas postergado.

Menciona que a única conclusão plausível nesse momento é no sentido de que os lançamentos procedidos pelo Fisco carecem de exatidão, quanto às supostas alegações de falta de recolhimento do imposto em face do creditamento criticado, porquanto não foi apurado o montante do imposto devido, sendo necessário o refazimento de sua escrita fiscal.

Aduz que tendo adquirido as mercadorias em questão, é indubitoso o direito de se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição e que foi justamente esse o procedimento que adotou, conforme dispõe o art. 155, II, e §2º, inciso I, da Constituição Federal, c/c art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, cujo teor transcreve.

Relata que pelo princípio da não-cumulatividade delimitado na CF/88 e na LC 87/96, é permitido o crédito do ICMS oriundo de operações de compra, sobretudo quando sequer há a acusação de idoneidade das Notas Fiscais em questão, além de não haver problemas no cadastro estadual das empresas fornecedoras à época das aquisições.

Explica que adquiriu as mercadorias, recebeu as mesmas, escriturou as notas e realizou o pagamento, ou seja, a operação declarada na nota fiscal correspondeu àquela de fato realizada, não podendo o Fisco negar seu direito constitucional do crédito.

Pondera que sua situação fica mais agravada com proposição da multa de 60% sobre o valor do imposto. Menciona que o fisco esquece a função da penalidade pecuniária de 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.

Redargúi que, em vez de corrigir, a multa só causa danos ao contribuinte, posto que termina transferindo ilegalmente parte substancial de seu patrimônio para o Estado, no que afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV, da CF/88). Diz ser este o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal citando como exemplo a ADI 551/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. ILMAR GALVÃO, DJ 14/02/2003, p. 58). Assinala que, nesses termos, a multa aplicada só pode ser considerada confiscatória. Arremata firmando que caso prevaleça a pretensão manifestamente arrecadatória do fisco, contrariando a jurisprudência e afrontando o ordenamento jurídico constitucional, ficaria penalizado com um débito ilegal.

Registra ser evidente que a vedação do art. 150, IV da CF/88, diz respeito à obrigação tributária como um todo (tributos e multas pecuniárias como definido no art. 113 do CTN) porque do contrário seria dar um cheque em branco ao legislador tributário para fixar, ao seu talante, tributo (com o nome de penalidade) sem atenção à capacidade contributiva, fora dos limites da razoabilidade, agredindo a lógica, o bom senso e a segurança jurídica do cidadão contribuinte.

Defende que a penalidade pecuniária deve ser fixada dentro de limites razoáveis que leve em conta a reparação ao dano presumido, e não seja forma sub-reptícia de tributo, atropelando a vedação constitucional ao confisco ou leve empresas ao estado de insolvência. Reproduz fragmento de lição sobre o tema da lavra do Prof. José Carlos Graça Wagner, “a penalidade tem a finalidade de corrigir, não de destruir. O ato ilícito pode ser punido até o limite de sua própria substância, de tal modo que não só de nada aproveite a quem o praticar como também perca tudo quanto envolveu na prática daquele ato. Todos os valores utilizados no ato ilícito para obtenção do resultado pretendido bem como os que dele sejam provenientes podem ser objeto da penalidade pecuniária que, todavia, não pode ultrapassá-los para alcançar os que provêm de operações lícitas.”

Revela ser indubitosa a afirmação de que a multa de 60% é confiscatória, eis que ultrapassa o limite da razoabilidade. Sendo, portanto, além de atentatória aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e da capacidade contributiva, agressiva ao seu patrimônio, não pode ser aplicada, sendo o que ora requer.

Assevera que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, nos termos do art. 112, do CTN, cujo teor expressamente afirma que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Diz ser esse o entendimento dos Tribunais Superiores e como exemplo cita os julgados do STF, RE nº. 90.143, Rel. Min. Soares Munoz, DJ de 16/03/79, p. 1825 e do STJ, RESP nº 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/04/1995, p. 9.561)

Requer que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma que lhe seja mais favorável consoante previsão do art. 112 do CTN.

Conclui pugnando pela improcedência ou nulidade do Auto de Infração e caso não seja esse o entendimento dessa Junta de Julgamento Fiscal, requer seja excluída, ou no mínimo reduzida, a confiscatória multa aplicada no percentual de 60%.

O autuante presta a informação fiscal fls. 77 a 87. Depois de sintetizar os termos da defesa, articula as ponderações a seguir enunciadas.

Em relação à afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade aduzida na defesa para suscitar a nulidade do Auto de Infração, destaca que de acordo com as peças processuais, o autuado se arma de argumento protelatório, uma vez que apresenta a defesa dentro do prazo legal previsto no art. 132 da Lei nº 3.956/81, Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, cujo teor reproduz.

Frisa que, visando buscar a materialidade dos fatos, encaminhou e-mails aos prepostos da empresa e insistiu na resposta sem lograr êxito sobre a utilização indevida de crédito fiscal na rubrica “Outros Créditos” quando o mesmo fazia a apuração do ICMS devido, fls. 12 a 24.

Ao cuidar da alegação de Nulidade do lançamento por aplicação de metodologia não prevista na lei, reafirma que antes da lavratura do Auto de Infração solicitou esclarecimentos sobre os valores dos créditos fiscais apurados e utilizados indevidamente, como se verifica no quadro “LEVANTAMENTO DA UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS SEM APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL”, fl. 04, espelha o livro RAICMS, fls. 23 a 48, e é neste Livro que consta na rubrica “Outros Créditos” onde constam os valores lançados pelo contribuinte sem qualquer comprovação da sua existência e legalidade, interferindo no valor do ICMS a ser recolhido.

Assevera que os valores, objeto da autuação, foram lançados pelo contribuinte e quando solicitado a sua comprovação da sua existência, não foi efetuada, nem mesmo na apresentação desta defesa. Prossegue assinalando que, como o contribuinte não consegue comprovar a existência dos correspondentes documentos fiscais foi lavrado este Auto de Infração para exigir o crédito fiscal, utilizado pelo contribuinte em seu livro Registro de Apuração do ICMS, na rubrica “Outros Créditos” e que serviam para recolher a menos o ICMS devido no mês. Reproduz os artigos 31 da Lei 7.014/76 e 309 do RICMS-BA/12.

Ao tratar do pedido de nulidade do lançamento por preterição ao direito de defesa e desobediência ao art. 142 do CTN, afirma que a competência vinculada da Autoridade Administrativa significa dizer que esta deve subordinar-se ao que expuser a lei, tão-somente, executando as atribuições de seu cargo, tudo em prol do interesse coletivo.

Lembra que o lançamento não é uma atividade administrativa facultativa, é obrigatório e indispensável por parte da Administração Pública, sob pena de responsabilidade funcional. Afirma que não pode a Autoridade Administrativa deixar de efetivar o lançamento tributário, ao qual se obriga no exercício das suas funções.

Sustenta que todo o lançamento na constituição do crédito fiscal, ora exigido preenche as definições do art. 124 do CTN, e como já expendido, os valores reclamados estão lançados no livro Registro de Apuração do ICMS e a empresa autuada não conseguiu comprovar a sua veracidade quando intimada a fazê-lo.

Registra que, no tocante a alegada falta liquidez e certeza ao crédito tributário em razão das falhas de concepção do levantamento fiscal, diferentemente do que argüi o impugnante, o levantamento dos valores lançados na constituição do crédito fiscal encontram-se na rubrica “Outros Créditos” no Livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 23 a 48, e quando o contribuinte intimado a provar sua veracidade, fls. 10 a 22, não respondeu.

Em relação à alegação da necessidade de apuração do imposto efetivamente devido e refazimento da escrita fiscal, esclarece que o quadro “LEVANTAMENTO DA UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS SEM APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO CORRESPONDENTE”, fl. 04, refez a escrita fiscal do contribuinte reclamando somente as diferenças apuradas que impactaram no ICMS devido e a ser recolhido.

Ressalta que o direito ao crédito é inquestionável e, neste caso, não é objeto de reclamação. Explica que o crédito fiscal constituído quando da aquisição de mercadorias do contribuinte está lançado no Livro de Apuração do ICMS na rubrica 005 - Crédito do Imposto por Entradas / Aquisições com crédito do Imposto ICMS na Fonte e 006 - Outros Créditos ICMS por Antecipação Parcial.

Registra que o ICMS reclamado é o lançado na rubrica “006 - Outros Créditos” que não conseguiu a comprovação de sua existência e o contribuinte quando intimado a comprovar a sua veracidade, não o fez, como também, não se comprova em sua peça defensiva.

No que tange ao argumento da defesa de que a multa proposta é confiscatória afirma que conforme consta no Parágrafo Único, do art. 124 do CTN a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Sustenta que definição da multa é definida na Lei 7.014/96, cabendo ao Auditor Fiscal somente aplicá-la.

Quanto ao pleito do defendente para a aplicação do princípio *in dubio pro contribuinte*, explica que no presente caso não é possível a sua aplicação porque é um caso em que não houve dúvida.

Por fim, requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal do contraditório e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o demonstrativo e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, acostado às fls. 04 e 23 a 48.

O defendente alegou falta de certeza e liquidez, ante a necessidade de apuração do imposto efetivamente devido, e por isso, sustentou que o Auto de Infração merece ser anulado.

Entendo que o fato alegado não é motivo de nulidade da autuação, haja vista que a apuração se operou de forma objetiva e clara com os valores exigidos obtidos diretamente de seus registros fiscais indicados mensalmente no livro RAICMS, e transportados sem qualquer alteração para o demonstrativo à fl. 04.

Assim, constato que não se encontra nos autos violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa do fato constatado no livro RAICMS e evidenciado no demonstrativo acostado aos autos, não estando

presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito, o presente lançamento exige ICMS em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

Em sede defesa, além das questões atinentes às preliminares de nulidade já enfrentadas, o impugnante sustentou que tem direito a se creditar do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição, em vista do princípio da não-cumulatividade do imposto.

Da análise da acusação fiscal e descrição dos fatos, verifico que a autuação decorreu da utilização de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O autuado registrou em seu livro Registro de Apuração do ICMS na rubrica “Outros Créditos” valores, os quais, instado a comprovar a origem desses lançamentos, no decorrer da ação fiscal, mediante a apresentação da documentação fiscal que lastreiam as correspondentes operações, não carrou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a autuação.

Em suma, a acusação fiscal resulta de constatação direta da utilização de crédito registrado em sua escrita fiscal, cuja documentação de origem encontra-se sua posse, e os valores da exigência foram extraídos mensalmente do LRAICMS, conforme se verifica claramente do demonstrativo de apuração elaborado pelo autuante, colacionado à fl. 04 e devidamente entregue ao defendente.

Quanto à alegação em suas razões de defesa de que tem direito ao crédito fiscal decorrente de suas aquisições de mercadorias, assevero que não é motivo de contestação. Entretanto, para a legítima utilização do crédito fiscal se faz necessário a imprescindível constatação da idoneidade dos documentos geradores dos aludidos créditos e a sua correta escrituração nos livros fiscais, consoante determinação expressa do art. 31 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

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.

Observo que no Auto Infração, ao contrário do alegado pelo defendente, resta patente não estar sendo negada a aplicação do princípio tributário da não-cumulatividade, eis que a exigência se lastreia na própria escrituração do autuado.

No tocante a alegação do impugnante de que, apesar da existência da obrigação legal, o autuante não fornecera as provas necessárias e essenciais para comprovar a irregularidade dos créditos fiscais objeto do Auto de Infração, não deve prosperar, uma vez que as provas cabíveis da acusação fiscal têm como fonte a própria escrituração do estabelecimento autuado, portanto, de seu inteiro domínio e disponibilidade.

Para elidir a acusação fiscal, bastaria que o impugnante apresentasse a documentação fiscal que lastreia os créditos fiscais escriturados na coluna “Outros Créditos” do livro RAICMS, cuja origem não identificada pelo impugnante resultou nas correspondentes glosas objeto da exigência consignada no presente Auto de Infração.

No que diz respeito à multa sugerida no percentual de 60%, o autuado argumentou que a sua exigência transborda os limites legais e constitucionais, e tem caráter confiscatório.

No entanto, a multa sugerida no Auto de Infração é a legalmente prevista, pois, encontra-se, devidamente tipificada na alínea “a” do inciso VII, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Saliento que essa instância de julgamento não possui atribuição para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158 e 159, RPAF-BA/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da

legislação estadual que rege a matéria objeto da autuação, conforme estatui o inciso I do art. 167 do, RPAF-BA/99.

Logo, como o defendente não trouxe aos autos a documentação fiscal que deu origem aos lançamentos escriturados em seu livro RAICMS na rubrica “Outros Créditos” capaz de elidir a acusação fiscal, concluo que a acusação fiscal encontra-se devidamente caracterizada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108529.0303/14-6**, lavrado contra **C I L COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$173.712,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA