

A. I. Nº - 207162.0007/17-6
AUTUADO - TECHNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S.A.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/07/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-01/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Mantida a glosa do crédito. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$268.027,24, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária*. Consta que conforme os Anexos: IA; IB; IIA; IIB; IIIA e IIIB. Período de ocorrência: janeiro a novembro de 2013, fevereiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls.40 a 52).

Alega que o lançamento está eivado de vícios, do que decorre a nulidade do Auto de Infração.

Elenca as razões conforme abaixo:

- a) A Impugnante se constitui em empresa idônea e conservadora, que prima por sua absoluta regularidade fiscal;
- b) O lançamento impugnado está viciado de flagrante ilegalidade;
- c) A regularidade fiscal da Autuada está configurada em documentação hábil (livros de registro de entrada e de saída; controles de estoque; notas fiscais de entrada e de saída de mercadorias, etc.);
- d) O lançamento está baseado única e exclusivamente em meras presunções (precariedade das provas), sendo indevida e incorreta a interpretação do Sr. Agente Fiscal autuante, quanto ao estoque da Autuada;
- e) É flagrante a dúvida fiscal quanto ao suposto ilícito perpetrado pela Autuada;
- f) O lançamento impugnado está viciado de flagrantes erros materiais, decorrentes de errônea metodologia de apuração do suposto crédito tributário;
- g) É indevida a imposição da multa aplicada no Auto de Infração ora impugnado, sendo flagrante o seu caráter confiscatório;
- h) É indevida a exigência da SELIC como índice de atualização do crédito tributário impugnado.
- i) Em verdade, para a produção responsável dessa defesa, a Technico empreendeu uma verdadeira auditoria em sua contabilidade e rotina fiscal e acabou por descobrir que ao contrário do que alega a autoridade autuadora, a Impugnante é credora do valor de **R\$935.990,14**, conforme demonstra documentação, em anexo.
- j) Esta cifra decorre de detectados recolhimentos a maior, que ocorreram nas mesmas competências das cobranças objeto do hostilizado auto de infração e que demonstra a boa-fé da Impugnante, ao lado de sua total inocência fiscal, que não decorrera em qualquer prejuízo ao Erário, muito ao contrário.

Afirma que esses são objetivamente os fatos não devidamente considerados pelo autuante, consoante demonstra nas planilhas que anexa aos autos, e que resta verificar a imprecisão dos valores tidos como devidos, a título de ICMS.

Consigna que se conclui, assim, ser fisicamente impossível admitir a presunção do autuante, quanto à exigência do ICMS, do que decorre a necessidade de cancelamento do Auto de Infração,

neste item.

Afirma que no mesmo sentido, não discrepa a melhor doutrina. Neste sentido, reproduz lições de Roque Antonio Carrazza e José Eduardo Soares de Melo.

Sustenta que dessa forma, impõe-se o cancelamento do Auto de Infração nos itens acima, por medida de direito.

Afirma que não ocorreu a utilização indevida de crédito fiscal.

Alega que no Auto de Infração não ficou demonstrado pela Fiscalização que ocorreu falta de recolhimento pago por antecipação nas notas fiscais apresentadas. Muito ao contrário, uma fiscalização precisa e eficaz encontraria, ao revés, o crédito apontado no item “T” da impugnação, acima aduzido.

Assevera que é credor do Fisco, e não devedor conforme pretende demonstrar o Auto de Infração, o que, segundo diz, restará em, ademais desta defesa, na busca administrativa e se necessária judicial, por parte da empresa de seu crédito fiscal.

Alega que além disso, a aplicação de multa de 60% sobre o valor supostamente tributável, configura-se irrazoável e desproporcional, conforme diz demonstrará.

Afirma que por outro lado, a Lei nº 7.014/96, utilizada como base na aplicação das multas do presente Auto de Infração, prevê a possibilidade de cancelamento da multa pelo órgão julgador administrativo, no seu art. 42, § 7º, cuja redação transcreve.

Diz que é exatamente o que acontece no presente caso, porquanto esteve sempre de boa-fé, não tendo praticado nenhum ato com dolo, fraude ou simulação, e tendo recolhido todos os tributos inerentes às suas obrigações tributárias.

Conclui dizendo que não havendo nenhum dano ao erário, muito pelo contrário, tendo recolhido todos os seus tributos e estando inteiramente de boa-fé, consoante inclusive ver-se-á melhor em ponto específico, abaixo, pugna pelo cancelamento das multas aplicadas, por se configurar medida de direito.

Prosseguindo, alega precariedade das provas e indevida autuação com base em presunções.

Alega que a par da inexistência do fato gerador presumido pela Fiscalização, na forma demonstrada acima, mister se faz observar que o autuante não comprovou, nem muito menos demonstrou a ocorrência do fato gerador da regra matriz de incidência tributária do ICMS, tendo por base mera suposição de estoque .

Ressalta, primeiramente, que a Fiscalização não diligenciou de forma correta, a fim de apurar a veracidade dos fatos.

Salienta que não consta dos autos qualquer diligência fiscal junto aos destinatários das mercadorias, à empresa transportadora, nem tampouco junto às pessoas responsáveis pelas negociações comerciais entre as partes, a fim de obter maiores detalhes, de modo que olvidou a Fiscalização de analisar esta característica de suma relevância, que certamente corroboraria para a apuração dos fatos.

Ou seja, inexiste nos autos qualquer documento específico para as operações objeto da autuação, apto a suportar de forma robusta a acusação fiscal, especialmente no caso sob testilha, que como se explicou no item “T” supra, ocorre o contrário do que pretende demonstrar o autuante, i. é, a empresa é credora do Fisco.

Alega ser certo que a Fiscalização apenas presumiu as supostas operações sem a emissão das correspondentes notas fiscais.

Observa que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, pautando-se pela ampla discricionariedade para a procedência de investigações, aptas a confirmar definitivamente, o cumprimento ou não da obrigação tributária pelo Contribuinte, não

comportando qualquer tipo de presunção. Portanto, quando a Fiscalização constitui um crédito mediante lançamento, é a ela que compete constatar a ocorrência do fato gerador, cabendo-lhe o ônus da prova.

Afirma que diante da ausência de prova dos fatos alegados, conforme já demonstrado acima, a presente autuação caracteriza-se como verdadeira afronta ao dispositivo constante do art. 142 do CTN, haja vista que baseada em meras presunções.

Assinala que a doutrina refuta este tipo de atuação por parte da Fiscalização, como bem atestam as palavras de Natanael Martins, cujo teor reproduz.

Diz que, na realidade, o que se busca evitar com esse tipo de argumento é exatamente a lavratura de Autos de Infração com base em presunções, muitas vezes precipitadas, a despeito da possibilidade de não corresponderem os fatos à hipótese fática, prevista pela Lei, como fonte geradora da obrigação tributária, exatamente o que ocorre no caso concreto.

Consigna que em conformidade com as disposições do artigo 142 do CTN, compete ao sujeito ativo da relação tributária, para a constituição do crédito tributário, identificar a matéria tributável, tipificando-a completamente. Diz que em virtude do princípio da legalidade, mais propriamente o da tipicidade, que rege o direito tributário, terá a autoridade administrativa que proceder à subsunção do fato imputado à lei correspondente.

Ou seja, de acordo com o artigo 142 do Código Tributário Nacional, a identificação da matéria tributável compete privativamente à autoridade administrativa, operando a subsunção, portanto, sendo do sujeito ativo o ônus da prova da ocorrência da obrigação ou infração tributária.

Observa que o ônus da prova é instituto que vem regulado também no artigo 373 do Código de Processo Civil, cuja redação transcreve. Neste sentido, invoca e reproduz posição da doutrina de Luís Eduardo Shcouri e Ricardo Mariz de Oliveira.

Frisa que dizer que o ônus da prova compete à autoridade administrativa que constitui o crédito tributário, significa dizer que tem esta, não só a obrigação, mas a necessidade de prover tanto o lançamento, como a imposição de sanção de elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento das autoridades julgadoras.

Ressalta que o ato de lançamento possui presunção de legitimidade, contudo, esta não se dá em detrimento da repartição do ônus da prova na relação tributária, haja vista o lançamento ter uma definitividade relativa, gozando de presunção de legitimidade até que se verifique o contrário, sendo colocado fora do sistema por outra norma hierarquicamente superior.

Salienta que, dessa forma, a autoridade julgadora, inclusive administrativa, tem o dever de declará-lo insubstancial, caso não esteja suportado, nos casos de Autos de Infração, de provas suficientes da ocorrência da relação jurídica tributária e de seu descumprimento. Nesse sentido, invoca e reproduz decisões do Tribunal de Impostos e Taxas do Estrado de São Paulo, que revelam a necessidade de a Fiscalização provar os fatos que o levaram à constituição do crédito que pretende, mediante lançamento de ofício.

Conclusivamente, diz que desse modo, houve clara afronta ao artigo 142 do CTN, por parte da Fiscalização, ao efetuar o lançamento fiscal com base tão somente em presunção, sem suporte legal.

Continuando, alega dúvida quanto ao ilícito imputado e sua boa-fé.

Aduz que não há que se contestar qualquer documento fiscal apresentado na impugnação, muito menos lhe imputar qualquer má fé.

Consigna que se deve, no caso dos autos, ser analisada a conduta do autuado, a fim de averiguar se este agiu de boa ou má-fé. Ressalta que não havendo provas de que estava agindo de má-fé, presume-se a sua boa-fé.

Frisa que no Direito Tributário, possuem relevância somente as provas materiais, válidas e

objetivas, valendo dizer, que prevalece o princípio de que na dúvida, deve-se interpretar a norma em favor do contribuinte, não só por força do princípio da estrita legalidade tributária, mas também pelo disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional. Reproduz o referido dispositivo legal.

Afirma que há dúvidas quanto à existência do ilícito imputado no Auto de Infração, razão pela qual deve ser cancelado, haja vista o princípio da presunção de inocência do contribuinte ou ainda do *in dubio contra fiscum*. Tudo nos termos do multicitado item “T”, acima perfilhado.

Assevera que não se pode, como verificado nos presentes autos, admitir o lançamento baseado em meras presunções, quanto mais quando há dúvida quanto à própria ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, e ainda quanto ao ilícito indevidamente imputado.

Diz que a presunção legal não se verifica no caso presente, advindo a consequência de que caberia à Fiscalização fazer a prova material, válida e objetiva, de que houve a realização do fato gerador lançado e ainda, a má-fé por parte da empresa com vistas a se beneficiar da operação em tela, o que de fato não ocorreu na presente autuação. Acrescenta que por assim ser, o que há de prevalecer é a presunção de sua boa-fé.

Afirma que se trata de leonina a exigência, ao lhe imputar a responsabilidade pelo indevido recolhimento de ICMS sobre operações. Neste sentido, invoca e reproduz decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

Ressalta e reitera que é credor e não devedor do Fisco, cabendo a este, com base no Princípio da Moralidade e boa-fé, reconhecer esta condição após fiscalização mais apurada e precisa.

Prosseguindo, alega a indevida aplicação da multa, haja vista que inexiste qualquer irregularidade fiscal, tendo agido nos estritos termos da lei.

Diz que no presente caso, não há que se falar em falta de recolhimento do ICMS, razão pela qual são absolutamente indevidas as exigências de multa e de juros.

Afirma que se trata o presente caso de hipótese em que este Órgão Julgador deverá relevar a multa lançada, conforme previsto na legislação que embasou o Auto de Infração. Neste sentido, postula em seu favor a aplicação do artigo 112, inciso V do CTN, para fins de graduação/exclusão da multa aplicada, bem como pela correção da capitulação da penalidade de acordo com o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Alega ainda, o caráter confiscatório da multa de 60% indevidamente lhe imputada.

Diz que a multa indevidamente levada a efeito, não atende à proporcionalidade e à razoabilidade exigida pelo ordenamento jurídico pátrio. Afirma que é flagrante a violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva, também aplicável às sanções impostas.

Discorre sobre esses tópicos, invocando e reproduzindo a doutrina e os dispositivos constitucionais pertinentes.

Finaliza a peça defensiva, requerendo o cancelamento do Auto de Infração e respectiva multa. Requer ainda, alternativamente, na hipótese indesejada de manutenção do lançamento, que seja reconhecido o seu direito à dispensa ou redução da multa imposta, nos termos do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.67 a 70). Contesta as alegações defensivas. Diz que a Defesa apresentada é extremamente genérica, ineficaz e desprovida de algum conteúdo objetivo, haja vista que em nenhum momento, efetivamente, se propõe a impugnar o cerne da autuação. Ou seja, não traz aos autos nenhuma fundamentação, planilha ou documento novo que efetivamente justifique uma revisão, exclusão ou alteração da infração.

Assinala que, equivocadamente, o impugnante anexou às fls. 53/54 dos autos, documento cuja matéria não apresenta qualquer relação com a autuação, haja vista que, além do seu conteúdo ser totalmente impertinente ao mérito da infração, tal documento foi nomeado pelo próprio

contribuinte, como sendo peça pertencente ao Auto de Infração nº 207162.0005/17-3.

Afirma o autuante que o impugnante limitou-se simplesmente em discorrer sobre uma série de citações, artigos e elementos de Direito Constitucional e doutrina, distanciando-se completamente de qualquer argumentação específica em que possa concretamente fundamentar a sua alegada correção, diante das irregularidades apontadas na autuação.

Destaca que o autuado atua no comércio de varejo de peças e acessórios novos para veículos automotores – CNAE 4530703, entre outros destacados no seu estatuto e, desse modo, comercializa mercadorias relacionadas à sua atividade principal, tais como as partes, peças, componentes e acessórios para veículos automotores, tanto a nível interno como interestadual.

Sustenta que, assim sendo, o autuado em conformidade com a amplitude das suas atividades, está plenamente sujeito às regras que balizam as operações dos produtos que comercializa. Ou seja, a da substituição tributária, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 7.014/96 e o item 24 do seu Anexo I, além dos Protocolos ICMS 41/08, 97/10 e seus respectivos anexos.

Salienta que o autuado realiza em sua imensa maioria operações de aquisição de mercadorias no regime da substituição tributária, junto a empresas estabelecidas no Estado de São Paulo. Acrescenta que o Estado de São Paulo é um dos signatários do Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças. Ressalta que, no entanto, o referido Estado não celebrou o Protocolo ICMS 97/10, que também dispõe sobre a mesma matéria do Protocolo ICMS 41/08.

Assevera que é fundamental observar que o Protocolo ICMS 97/10, estabeleceu no item 125 do seu Anexo único, que outras peças, partes e acessórios para veículos automotores, não relacionados nos seus 124 itens anteriores, são regidas pelo regime da substituição tributária. Observa também que o item 125, não constava do Protocolo ICMS 41/08.

Ressalta que o autuado comercializou ao longo do período de 2013 a 2015, produtos contemplados pela mencionada legislação, ignorando completamente o que estabelece o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, no art. 290, cujo teor reproduz.

Diz que conforme pode ser observado, os demonstrativos, Anexo IA; IIA e IIIA, referem-se ao resumo por item, com a informação do código de cada produto, bem como a respectiva descrição, além dos valores que o autuado se creditou indevidamente, no período de 2013 a 2015.

Registra que aliado aos referidos demonstrativos, há também os respectivos demonstrativos analíticos, os Anexos IB; IIB e IIIB, que discriminam os CFOPs, as datas, o nº do documento, o nº do item, além do respectivo código do produto, a sua descrição, o valor da base de cálculo e o valor do crédito indevido auditado.

Assevera que juntando à legislação acima referida, os Anexos IA; IB; IIA; IIB; IIIA e IIIB, demonstrativos gravados no CD-R constantes dos autos, fica claramente comprovada a procedência das irregularidades apontadas, haja vista que mostram com clareza, que o autuado se creditou indevidamente do ICMS relativo às entradas de mercadorias da substituição tributária.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, não acolho a nulidade arguida. Constatou que o lançamento de ofício em exame, foi realizado em conformidade com as disposições legais e regulamentares, no caso, Lei nº 7.014/96, RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 e, especificamente, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O levantamento levado a efeito pela Fiscalização, não se trata de presunção, haja vista que fundamentado nos livros e documentos fiscais do próprio autuado. As planilhas elaboradas pelo autuante, acostadas às fls. 18 a 35 dos autos, permitem constatar o item de mercadoria, o número

da nota fiscal, a base de cálculo, o valor do crédito indevidamente lançado, objeto da glosa de que cuida a autuação.

No mérito, verifico que o impugnante conduz as suas razões como se tratasse de outro Auto de Infração. Fala de recolhimento do imposto, quando na realidade, a exigência fiscal diz respeito à glosa de crédito fiscal utilizado indevidamente.

Por certo que as razões apresentadas pelo impugnante não se apresentam suficientes e capazes de elidir a autuação.

Conforme consignado linhas acima, a exigência fiscal não está fundamentada em presunção, conforme alegado pelo impugnante, mas sim em dados e informações do próprio Contribuinte, que foram obtidos pela Fiscalização na escrita fiscal e documentos fiscais do próprio autuado, portanto, sendo materialmente comprovada a conduta infracional de que cuida a autuação.

Diante disso, a infração é procedente.

No que concerne ao pedido formulado pelo impugnante de dispensa ou redução da multa, na forma do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cumpre consignar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal, para apreciação do pedido.

Quanto aos aspectos inerentes à inconstitucionalidade da multa imposta, por certo que existe um óbice intransponível à sua apreciação por este órgão julgador administrativo, no caso, a determinação do art. 167, I do RPAF/99, no sentido de que, *não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade*.

Relativamente à aplicação da taxa SELIC, cumpre observar que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), instituído pela Lei nº. 3.956/81, expressamente prevê a aplicação da taxa SELIC, no seu art. 102, II, além do que, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que a referida taxa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207162.0007/17-6**, lavrado contra **TECHNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$268.027,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR