

PROCESSO - A. I. Nº 207162.0007/17-6
RECORRENTE - TECNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF Nº 0089-01/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0168-12/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Somente se pode cogitar em compensação de débitos quando se trate de créditos líquidos e certos, o que não se verifica no presente caso. Mantida a glosa do crédito. Não acolhido pedido de redução de multa. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0089-01/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/06/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$268.027,24, em razão de uma única infração, descrita a seguir.

INFRAÇÃO 01 - 01.02.05: 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.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 08/06/2018 (fls. 76 a 81) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Inicialmente, não acolho a nulidade arguida. Constatado 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.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 91 a 112, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Informa, inicialmente, ser empresa que tem por objeto o comércio varejista de máquinas e equipamentos para construção, dentre outros destacados no referido estatuto. Para a consecução de seus objetivos sociais, afirma que está sujeita ao recolhimento de diversos tributos e contribuições, tendo sempre cumprido de forma responsável com suas obrigações tributárias. Neste passo, destaca que a sua regularidade fiscal se constitui em medida indispensável ao exercício de suas atividades sociais e a sua política interna de condução dos negócios. Referindo-se ao auto de infração, afirma que está livre de vícios de nulidade, não se podendo admitir a autuação indevidamente levada a efeito, do que decorre a nulidade do Auto de Infração, conforme será oportunamente demonstrado.

Alega inocorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, pois se faz necessário efetivar a compensação entre os valores cobrados pelo fisco e o crédito da recorrente. Explica que, compulsando o Auto de Infração recorrido, resta inequívoca a inexistência de demonstração pela Fiscalização que ocorreu falta de recolhimento do ICMS pago por antecipação nas notas fiscais apresentadas, já que possui crédito em face ao Erário. É dizer, em que pese não considerado pelo julgador *a quo*, afirma ser credora do Fisco e não devedora como pretende demonstrar o Auto de Infração motivador da decisão vergastada, devendo o caso em comento ser resolvido mediante aplicação do instituto da compensação. Explica que o quanto asseverado lastreia-se pelos pareceres técnicos em anexo, que demonstram, pormenorizadamente, a existência de créditos em favor da Recorrente, capazes de liquidar a cobrança, ora lhe imposta.

Assim, salienta a recorrente que, entre os períodos de setembro de 2012 e setembro de 2015, diferente do esperado, não foi beneficiada com a redução do ICMS, assegurada pelo Convênio CONFAZ 52/91, culminando no pagamento a maior de R\$2.894.515,37. Como se não bastasse, na remota hipótese de o crédito alhures destacado não ser acolhido, entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, assegura que procedeu o pagamento a maior no valor de R\$202.039,79, referente ao recolhimento do ICMS-ST. É dizer, defende que o débito e a multa – desproporcional e irrazoável – dele decorrente, deverá ser compensado com o crédito tributário titularizado pela Recorrente, sob pena de restar configurada inegável lesão ao contribuinte, bem como enriquecimento sem causa do Erário. Transcreve o texto do art. 369 do Código Civil, em apoio aos seus argumentos.

Ensina que o instituto da compensação constitui uma das hipóteses de extinção do crédito tributário, constando no art. 156, II do CTN, condicionada à verificação de três requisitos, quais sejam: a) autorização legal, b) obrigações recíprocas e específicas entre o Erário e o contribuinte e c) dívidas líquidas e certas, todos verificados no caso em comento, assegura. Ressalta que a autorização legal é ato vinculado, conforme dispõe o art. 170 do CTN, cujo texto transcreve.

Salienta, ainda, que o crédito decorre de tributo de mesma hipótese daquele que ensejou a lavratura do auto de infração em comento, qual seja: o ICMS, sendo, portanto de mesma natureza. Por tudo exposto, propugna pela reforma da decisão recorrida, a fim de que se determine a extinção do dito débito tributário, mediante confronto deste com o crédito por ela titularizado, com a consequente extinção do Auto de Infração em apreço.

Quanto à multa aplicada, de 60% sobre o valor supostamente tributável, entende que configura iniludível afronta aos cânones da razoabilidade e proporcionalidade, regentes de todo o processo administrativo lato sensu. De outro ponto, destaca que 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, conforme art. 42, § 7º, cujo texto reproduz.

Explica ser exatamente o que acontece no presente caso, porquanto esteve o contribuinte 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. Assim, conclui que não merece prosperar a alegação de que a multa não poderia ser dispensada por versar sobre descumprimento de obrigação principal, até porque fundado em dispositivo legal completamente impertinente.

Destarte, conclui que, não havendo nenhum dano ao erário, muito pelo contrário, tendo o contribuinte recolhido todos os seus tributos, e estando inteiramente de boa-fé, consoante inclusive ver-se-á melhor em ponto específico, abaixo, pugna pela reforma do *decisium* objurgado, para que seja determinado o cancelamento das multas aplicadas no presente, por se configurar medida de direito.

Alega nulidade ao argumento de precariedade das provas e indevida autuação com base em presunções. Argumenta que, a par da inexistência do fato gerador presumido pela D. Fiscalização, mister se faz observar que não restou comprovado, de forma incontestável, a ocorrência do fato gerador da regra matriz de incidência tributária do ICMS. Trocando em miúdos, explica que não há, nos presentes autos, qualquer documento, específico para as operações objeto da autuação, apto a suportar, de forma robusta, a acusação fiscal em testilha, ao contrário do que pretende demonstrar a autoridade autuadora. Até porque, como relatado em tópico anterior, a recorrente é credora do fisco. Assim, afirma que a fiscalização apenas presumiu as supostas operações sem a emissão das correspondentes notas fiscais. Ao fazê-lo, incorreu em gravíssimo vício, de modo que a alegação do julgador *a quo* não deve ser mantida, uma vez que, da simples análise dos autos, é possível perceber que o Auto de Infração epigrafo não dispõe do lastro probatório necessário para ser perpetrado, o que é vedado pelo próprio CTN.

Alega que, quando o Fisco constitui um crédito através do lançamento, é a ele que compete constatar a ocorrência do fato gerador, cabendo-lhe o ônus da prova. Assim, conforme já demonstrado, a presente autuação caracteriza-se como verdadeira afronta ao dispositivo constante do art. 142 do CTN. Transcreve a doutrina de Natanael Martins em apoio ao seu ponto de vista.

Argumenta que, 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. Transcreve o texto do art. 142 do CTN, para apoiar a ideia de que compete ao sujeito ativo da relação tributária, para a constituição do crédito tributário, identificar a matéria tributável, tipificando-a completamente. 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. Transcreve, também, o art. 373 do CPC, bem como a doutrina de Luís Eduardo Schoueri.

Conclui, assim, que não restam dúvidas quanto à necessidade de reforma da decisão objurgada, uma vez que diferente do quanto nela fundamentado, o procedimento fiscal em testilha está eivado por vícios insanáveis, sendo inadiável atestar sua completa nulidade.

Alega, ainda, que, considerando a existência de dúvidas quanto a ocorrência do ilícito imputado no Auto de Infração, deve a presente decisão ser completamente reformada, para cancelar o auto de infração, haja vista o princípio da presunção de inocência do contribuinte ou ainda do “*in dubio contra fiscum*”. Argumenta 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 à Autuada.

Feitas estas colocações, conclui que a presunção legal não se verifica no caso presente, advindo a consequência de que caberia ao Fisco fazer a prova material, válida e objetiva, de que houve a realização do fato gerador lançado e, ainda, a má-fé por parte da Autuada com vistas a se beneficiar da operação em tela, o que de fato não ocorreu na presente autuação. E, por assim ser, o que há de prevalecer é a presunção de boa-fé da Recorrente.

Logo, conclui tratar-se de leonina a exigência esposada pela Fazenda do Estado, por meio do

presente Auto de Infração, ao imputar à ora Recorrente a responsabilidade pelo indevido recolhimento de ICMS sobre operações. Transcreve julgado do Tribunal de Impostos e taxas do Estado de São Paulo (TITE), em apoio aos seus argumentos.

Opõe-se, ainda, ao que chama de “indevida aplicação da multa”. Argumenta que, tendo demonstrado inexistir qualquer irregularidade fiscal, já que agiu nos estritos termos da lei, sempre pautada na boa-fé, entende que não há que se falar em falta de recolhimento do ICMS, razão pela qual são absolutamente indevidas as exigências de multa e de juros, que defende possuir caráter confiscatório, além de não atender à proporcionalidade e à razoabilidade exigida pelo ordenamento jurídico pátrio, o que violaria o princípio constitucional da capacidade contributiva, também aplicável às sanções impostas.

Diante de todo o exposto, a Recorrente requer que a decisão em comento seja completamente reformada, a fim de que seja o Auto de Infração julgado improcedente, para que seja integralmente cancelado o lançamento por ele consubstanciado, mediante: a) Seja reconhecida a nulidade do processo administrativo fiscal em voga, uma vez que eivado de nulidades, especialmente no que tange a violação dos cânones da boa-fé, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, regentes de toda a atuação da Administração Pública, como preceitua o art. 37 da Carta Magna; b) Alternativamente, seja acolhido o pleito de compensação entre o dito débito, ora cobrado pelo Fisco e o crédito titularizado pela Recorrente, como demonstrado pelos pareceres em anexo; c) Alternativamente, na hipótese de uma inesperada e indesejada manutenção do lançamento, a Recorrente requer que seja reconhecido o seu direito à relevação ou redução da multa aplicada, nos termos do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96; d) Ao fim e ao cabo, seja ainda determinado o arquivamento deste processo administrativo.

Nestes Termos, pede deferimento.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade por falta de provas, não merece prosperar, pois o auto de infração atacado contém a descrição clara da conduta infratora, estando devidamente acompanhado dos demonstrativos de débito com a relação completa das notas fiscais que acobertaram as operações autuadas, conforme CD acostado à folha 17 do presente processo. O exame do CD citado revela que o Autuante anexou as provas de ocorrência dos fatos, que deram base ao lançamento, diferentemente do que afirma a Recorrente.

De fato, o CD citado contém o demonstrativo de débito denominado “Crédito indevido – Mercadorias com ICMS substituído – Lista de notas fiscais /itens”, com a relação completa de todas as notas fiscais que deram base ao lançamento, por exercício. Ademais, a mídia citada contém todas as EFD's do Sujeito Passivo, no período autuado, comprovando o lançamento das notas fiscais autuadas no seu Livro Registro de Entradas, o que é suficiente para demonstrar o ilícito tributário objeto da acusação fiscal, ou seja, o creditamento indevido.

Assim, entendo que, diferentemente do que alega o Sujeito Passivo, o lançamento não decorreu de qualquer presunção (aspecto já ressaltado pela 1ª JF), uma vez que a conduta descrita na peça inaugural do auto de infração encontra-se devidamente evidenciada, dando sustentação ao presente lançamento.

Rejeito, assim, a nulidade suscitada.

Quanto ao pedido de compensação, não merece acolhida, pois somente se pode cogitar de tal modalidade de extinção do crédito tributário na hipótese de que o direito atribuído ao Sujeito Passivo goze de liquidez e certeza, conforme exige o art. 170, caput do CTN, conforme abaixo.

*“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública (grifo acrescido).
...”*

Ora, a liquidez de um eventual direito à restituição de indébito depende do prévio exame do pleito empresarial, por parte da administração fazendária, com vistas a certificar e quantificar o

seu direito frente ao Estado, conforme prevê o art. 74 do RPAF, abaixo transcrito.

“Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

- I - indicação do valor da restituição pleiteada;*
- II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;*
- III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;*
- IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.”*

Assim, se a Recorrente incorreu, efetivamente, num recolhimento a maior do tributo estadual, faz-se necessário que peticione à Sefaz/Ba, inaugurando um processo administrativo fiscal, e que seja feita a anexação da documentação comprobatória necessária, com o objetivo de que tais operações sejam devidamente auditadas por preposto designado pelo inspetor fazendário. Sem a adoção de tais providências, não é possível falar-se em compensação, havendo, inclusive, vedação legal à compensação se houver discussão judicial acerca da sua existência, conforme art. 170-A do CTN, abaixo transcrito.

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”

Assim, denego o pedido de compensação do tributo.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada, falece competência a este colegiado para tal, pois a autorização contida no art. 158 do RPAF restringe-se às infrações em que não haja descumprimento de obrigação principal, conforme abaixo.

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da sanção aplicada, vale destacar que tal matéria não se inclui na competência deste órgão administrativo, conforme dispõe o art. 167 do RPAF, abaixo reproduzido.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

- I - a declaração de inconstitucionalidade;*
- ...”*

Entendo, portanto, que não merece reparo a Decisão de primeiro grau.

Assim, julgo Procedente o auto de infração, mantendo a Decisão recorrida.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207162.0007/17-6**, lavrado contra **TECNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente 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, 05 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS