

**A. I. Nº** - 207090.3011/16-8  
**AUTUADO** - TORRES EÓLICAS DO BRASIL LTDA. (TORRESBRAS)  
**AUTUANTE** - MARIA CONSUELO PIRES BARROS  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 02.10.2017

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0154-05/17

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES NÃO COMPREENDE TRIBUTAÇÃO DE IMPOSTO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada, com redução em 50% do valor da multa em função de não ter havido dolo, fraude ou simulação e não ter implicado em falta de recolhimento do imposto conforme dispõe o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE** com redução da multa. Decisão não unânime. Vencido o voto do relator.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2016, exige multa pecuniária no valor histórico de R\$282.277,52 em razão da seguinte irregularidade: *"Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos. Exercícios de 2012, 2013 e 2014 - Contribuinte importou bens de Ativo, sob o regime de Admissão Temporária (cópia das NF Entradas, DIs e dos contratos de locação em anexo). Sob tal regime, na Importação, os tributos federais e estaduais recolhidos, o são proporcionalmente ao tempo de permanência do bem no país. Entretanto o crédito do ICMS, conforme Lei complementar n. 87/96, em seu art. 20, Parágrafo 5 e Incisos, determina que o crédito se faça à razão de 1/48, conforme também está consignado no art. 29, Parágrafo 6 da Lei nº 7014/96 e no art. 309, Parágrafo 2, I, e VI do Decreto nº 13.780/2012. E o contribuinte, de maneira equivocada, utilizou-se integralmente dos valores dos créditos e não parceladamente, como seria correto (cópia do LRAICMS do período de 2012 a 2013, em anexo ao AI lavrado. Em 2014, contribuinte usuário de EFD, foi anexado um espelho do Livro). Foi elaborado um Levantamento Fiscal (anexado e entregue em cópia ao contribuinte) – Utilização de ICMS em percentual superior ao permitido na Lei. Nele, detalhadamente, constam as NF e valores escriturados, quanto seria a parcela de 1/48 mensal passível de apropriação, havendo um corte na apreciação na data limite do período fiscalizado 31/12/2014. Ainda em anexo, extrato da arrecadação, referente a 2012, 2013 e 2014".* Art. 42, VII "a", da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 104/114 dos autos, apresenta defesa e, inicialmente, relata quanto à tempestividade impugnatória e descreve os fatos da autuação dizendo ser uma indústria recentemente instalada no Brasil, regularmente habilitada pelo Estado da Bahia no Programa DESENVOLVE, que tem por objeto social a prestação de serviço, a concepção, desenvolvimento, preparação, fabricação, comercialização e manutenção de torres para turbinas eólicas, conforme se depreende do seu contrato social anexo (doc. 01).

A impugnação refuta que *"O CONTRIBUINTE IMPORTOU BENS DE ATIVO, SOB REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. O CONTRIBUINTE DE MANEIRA EQUIVOCADA UTILIZOU-SE DE CRÉDITOS DE VALORES DE CRÉDITOS E NÃO PARCELAMENTO COMO SERIA O CORRETO"*.

Pontua que a autoridade fiscal, diante da identificação do descumprimento da obrigação acessória de lançar as notas de entrada na escritura fiscal digital (EFD), aplicou a multa de 1% e 5% sobre o valor comercial da mercadoria, prevista no artigo 42, VII da Lei nº 7.014/1996 – reproduz.

Afirma que se trata de equívoco contábil cometido pela Empresa que de fato não procedeu ao creditamento parcelado e que o crédito de ICMS efetivamente existe.

Esclarece a esta JJF que o não parcelamento do crédito não é conduta dolosa do contribuinte, muito menos omissão com o objetivo de burlar a legislação para obter vantagem econômica ou implicar em não recolhimento de tributo na tentativa de causar prejuízo ao erário.

Reconhece que se tratou de equívoco contábil, mas ocorrido sem dolo ou má-fé e sem causar qualquer prejuízo ao erário estadual. Diante destes fatos, roga pela análise desta Junta de Julgamento no sentido de cancelar a multa aplicada.

Argui a possibilidade de redução ou cancelamento da multa.

Destaca que a revisão de multa por descumprimento de obrigação acessória na esfera administrativa é permitida pela Lei nº 7.014/1996, bem como no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) - Art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996 – reproduz.

Salienta que o legislador buscando corrigir excessos de natureza confiscatórios, autoriza a redução e até mesmo o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória desde que o contribuinte cumpra dois requisitos objetivos, são eles: “(i) *Comprovar que as infrações sejam praticadas sem dolo, e (ii) Comprovar que o descumprimento da obrigação acessória não implicou em ausência de recolhimento de imposto.*”.

Diz que, reduzir ou cancelar a multa, quando preenchidos os requisitos legais, é, portanto, um ato vinculado, e não discricionário. Acrescenta que a questão do dolo é facilmente superada uma vez que é evidente que o contribuinte, não obteve vantagem de qualquer natureza uma vez que apenas não parcelou crédito existente. Portanto, é cediço que o Contribuinte ora Impugnante não agiu com dolo.

Disse, ainda, quanto à ausência de recolhimento do imposto, ser igualmente clarividente que não houve qualquer prejuízo ao erário estadual uma vez que o pagamento existiu em crédito, mas não se fez de forma parcelada 1/48 conforme determina a legislação.

Destaca que o CONSEF – Conselho da Fazenda Estadual da Bahia vem entendendo pela redução das multas por descumprimento de obrigação acessória quando do preenchimento dos requisitos objetivos de ausência de dolo e ausência de prejuízo ao erário. Colaciona julgados do CONSEF (A-0244-04/13; A0351-12/14).

Conclui que os requisitos objetivos insculpidos na lei foram preenchidos de modo que a redução ou cancelamento da multa é medida que se impõe.

Impugna pela violação aos princípios constitucionais: razoabilidade; proporcionalidade; capacidade contributiva e não confisco.

Registra que todos os atos emanados do Poder Público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade e proporcionalidade. Acosta nesta linha, entendimento da Suprema Corte (ADI 2.551-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-2003, Plenário, DJ de 20-4-2006.) que tem firme entendimento acerca da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no que tange aos atos do poder legislativo.

Pondera a esta JJF que uma multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente de conduta não dolosa do contribuinte e que não causou prejuízo ao erário na monta de R\$282.277,52 é desproporcional e irrazoável.

Ressalta que, além de não observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao aplicar uma multa nesta monta a Autoridade Fiscal feriu flagrantemente o Primado Constitucional da Capacidade Contributiva insculpido no artigo 145, §1º, da Constituição Federal que pressupõe que o legislador respeite a possibilidade do contribuinte em realizar o pagamento de tributos de forma a manter sua própria sustentabilidade, e que não tenha que abdicar desta para adimplir obrigações tributárias, em especial aquelas surgidas de súbito, como é o caso da multa ora fustigada.

Volta a juntar entendimento da Suprema Corte (RE 640452) e ganhou status de repercussão geral uma vez que o tema tem grande potencial de repetição, pois muitos entes federados adotam a técnica das “multas isoladas” por descumprimento de obrigação acessória.

Destaca que o Ministro Relator ponderou que, diante da complexidade e volume de obrigações acessórias atualmente impostas pelas fazendas estaduais e federais é necessário analisar caso a caso além de *“analisar se o descumprimento de uma obrigação acessória desprovê o Fisco de meios necessários para fiscalização, o que poderia abrir a porta para outras infrações”*.

Destaca, ainda, que as multas, principalmente as acessórias, devem ser aplicadas como ferramenta educativa ou para obrigar o contribuinte a pagar o imposto pertinente, não devendo, e até não podendo sob pena de inconstitucionalidade, se confundir com o fim precípua da cobrança do imposto devido.

Refuta que no caso em análise é importante mais uma vez destacar que a conduta ora multada não foi dolosa, não gerou prejuízo ao erário e não abriu porta para novas infrações, conforme exaustivamente abordado. Assim, pugna pelo cancelamento e alternativamente pela redução da multa ora aplicada.

Por fim, requer que: *“a) Que seja dado provimento à Impugnação para CANCELAR o Auto de Infração de nº. 2070903011/16-8, b) Sucessivamente caso a esta Secretaria não entenda pelo cancelamento requer a REDUÇÃO do Auto de Infração de nº. 2070903011/16-8.”*

Protesta, ainda, por juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito. Requer que as intimações sejam feitas sempre em nome do sua patrona, Virgínia Cotrim Nery Lerner, inscrita na OAB/BA sob o nº 22.275, com endereço profissional na Av. Antônio Carlos Magalhães nº 2573, 15º andar, nesta Capital, CEP: 40.280-000, sob pena de nulidade.

Na informação fiscal, fls. 131/133, informa que a autuação dá cumprimento a OS nº 502.886/17, assim, após verificar a peça defensiva, expressa que:

Verifica que, na fl. 105, que inobstante o número do Auto de Infração sob defesa estar correto (207090.3011/16-8), o contribuinte defende-se das infrações 7 e 8, (que nem existem neste Auto), sobre ausência de lançamentos de Notas Fiscais em Escrituração Fiscal Digital, a que estava obrigada a apresentar, afirmando que tal comportamento deveu-se a um equívoco contábil. Não deve prosperar uma defesa que, com todo o respeito, não guarda relação com a autuação.

Salienta que na fl. 107 deste Auto, assume o cometimento da infração autuada, porém defende-se alegando que o creditamento integral do ICMS nas operações autuadas e não parceladamente, como deveria ocorrer, não trouxe prejuízo ao Estado.

A seguir, na folha 108, ressalta que juntando jurisprudência inapropriada ao caso concreto, pois não trata de aproveitamento parcelado de crédito através de CIAP. Envereda, nas fls. 109 e 110, pelo argumento que o Lançamento Fiscal sob exame fere a razoabilidade, proporcionalidade e a capacidade contributiva da empresa fiscalizada, possuindo caráter confiscatório, assuntos fora da alçada de competência do preposto fiscal.

Requer, nas fls. 111 e 112, o cancelamento do Auto de Infração à epígrafe, ou, sucessivamente, a Procedência Parcial do mesmo, pela redução da multa correspondente à Infração que lhe foi imputada.

Reproduz a descrição da infração localizada na folha 1 do Auto de Infração.

Disse que foi elaborado um Levantamento Fiscal (folhas 03 e 04 anexado e entregue em cópia ao contribuinte) – Utilização de ICMS em percentual superior ao permitido na Lei. Nele, detalhadamente, constam as NF e os valores escriturados, quanto seria a parcela de 1/48 mensal passível de apropriação, havendo um corte na apreciação na data limite do período fiscalizado 31/12/2014 (grifos meus).

Acrescenta que, em anexo, consta extrato da arrecadação referente a 2012, 2013 e 2014.

Fatos que merecem atenção:

- a) Em nenhum momento o contribuinte nega o cometimento da infração. Ao contrário, a confessa (veja folha 107);
- b) Tanto o enquadramento legal quanto a multa aplicada ao caso sob exame advêm de Leis, que não foram criados pelo preposto fiscal, quais sejam o Decreto nº 13.780/12 e a Lei nº 7014/96.
- c) O preposto fiscal, antes de qualquer juízo de valor, está obrigado, por exercício de atividade vinculada, a dar cumprimento a Legislação;
- d) Para o Direito Positivo Brasileiro, só a Lei obriga. Doutrina ou Jurisprudência, por mais abalizadas que sejam, não obrigam;
- e) Cumpre observar que o creditamento integral do ICMS, e não parceladamente como deveria ocorrer, conforme confessado pelo contribuinte, produz uma distorção que se propaga no tempo. Observe na folha 03 deste processo. Em dezembro/2014, época do corte acima mencionado, havia um crédito indevido de R\$470.462,54 no saldo credor do contribuinte, conforme apurado pela fiscalização. E com base nesse saldo credor “fictício” por que ainda não apropriado, o contribuinte ingressou no Estado com o Processo n. 026.225/2016-9, afirmando que entre 2013 e 2014, possuía um saldo credor de R\$1.789.932,06, do qual queria autorização para transferir parte a outra empresa. Caso fosse concedido nos termos do pedido configurado estaria o prejuízo ao Estado no comportamento irregular de creditar-se integralmente de ICMS que ainda não fazia jus (cópia do processo mencionado anexada a este Auto e contribuinte possui cópia). A ausência da fiscalização, para detectar comportamentos irregulares, induziria o Estado a erro sobre o montante do saldo credor em 31/12/14.
- f) Digno de nota, também, o prejuízo, expresso na fl. 31 deste Processo, onde o contribuinte declara não possuir Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque. Como dar sequência a procedimentos fiscais em uma empresa que, além de apropriar-se antecipadamente de crédito fiscal, não dá elementos ao Fisco de controlar a sua produção e o seu estoque? Seriam procedimentos louváveis ou premiáveis?

Reitera afirmando que mais que equívoco contábil, são mecanismos que precarizam o procedimento fiscal que deveria ser aplicável a todas as empresas.

Diante da ausência de fato ou fundamento de Direito que impeça, modifique ou extinga a infração autuada, roga a este Colendo Conselho que julgue a Infração 1, do Auto sob exame, Procedente em todos os seus termos e valores.

Quanto aos pedidos formulados pelo autuado, não podem prosperar:

- a) Cancelamento do Auto de Infração examinado, por que a infração esta confessada;
- b) Redução da multa do Auto examinado, por que o comportamento irregular do autuado não foi eventual. Foi encontrado em 2012, 2013 e 2014 e infringiu literal disposição de Lei. Este Auto sob exame compõe um conjunto com outros 2 Autos (207090.3013/16-0 e 207090.3012/16-4) – os comportamentos em desconformidade com a Lei não foram encontrados numa situação isolada, nem o contribuinte, uma Sociedade Empresária Limitada multinacional desconhece as Leis do país onde funciona.

Pontua que de posse do poder fiscalizatório delegado, após a análise criteriosa deste processo, roga a este Egrégio Conselho, que julgue Procedente, em todos os seus termos e valores.

Na fl. 135, consta Formulário de Transferência de Crédito denominado CFA Outras Hipótese – Transferência, onde consta transferência de crédito fiscal no valor de R\$669.799,30 para a empresa Danima Engenharia Ambiental Ltda., tendo saldo acumulado de R\$1.789.932,06, referente ao período de 01/01/2013 a 31/12/2014.

## VOTO

O presente Auto de Infração, ora impugnado, contempla a multa por descumprimento de obrigação acessória em razão da utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS.

O autuante apurou que nos exercícios de 2012, 2013 e 2014 o sujeito passivo importou bens do ativo, sob o regime de Admissão Temporária, conforme consta detalhadamente no Auto de infração, contudo, o crédito do ICMS, conforme Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 20, Parágrafo 5º e incisos, determina que o mesmo deva ser apropriado a razão de 1/48, e art. 29, § 6º da Lei nº 7.014/96 e no art. 309, Parágrafo 2, I, e VI do Decreto nº 13.780/2012.

O sujeito passivo, no entanto, utilizou integralmente os valores dos créditos fiscais decorrentes da aquisição destes ativos e não parceladamente, como determina a legislação. A multa aplicada, portanto, foi a prevista no Art. 42, VII “a”, da Lei nº 7.014/96, visto que a utilização indevida do crédito fiscal não resultou em descumprimento de obrigação principal.

O sujeito passivo, em sua peça defensiva, não contesta a ocorrência do fato jurídico tributário ou mesmo nos cálculos, contudo amparado no que dispõe o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96 e robustecido com jurisprudência e doutrina, fundamenta o seu pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada que foi de 60% do valor do crédito fiscal considerado indevido.

A questão ora em exame se delinea em torno das arguições trazidas pelo sujeito passivo para que seja cancelada ou reduzida a multa aplicada, na medida em que não há contestação quanto aos cálculos, a fundamentação ou mesmo a ocorrências dos fatos imputados ao sujeito passivo.

Cabe, portanto, a apreciação dos argumentos trazidos pelo impugnante, que tem como principal amparo o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, que concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas as multas por descumprimento de obrigações acessórias, a que se refere a multa em questão, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo às infrações por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

Ao examinar a peça defensiva pareceu inicialmente razoável o pleito de redução das multas, quando o sujeito passivo demonstra: a inexistência de obrigação principal resultante da utilização dos créditos fiscais; decisão do CONSEF com redução das multas por descumprimento de obrigação acessória, CONSEF (A-0244-04/13; A0351-12/14), bem como o entendimento da Suprema Corte (RE 640452) que ganhou status de repercussão geral com destaque para o que alinha o Ministro Relator ao dizer, em relação à aplicação das multas por descumprimento de obrigações acessórias, que diante da complexidade e volume de obrigações acessórias atualmente impostas pelas fazendas estaduais e federais é necessário analisar caso a caso além de “*analisar se o descumprimento de uma obrigação acessória desprovê o Fisco de meios necessários para fiscalização, o que poderia abrir a porta para outras infrações*”.

Ocorre que as razões para reduzir ou mesmo cancelar a multa aplicada são contundentemente contestadas pelo autuante em sua informação fiscal, conforme segue trechos que seleciono e ora reproduzo:

*Cumpre observar que o creditamento integral do ICMS, e não parceladamente como deveria ocorrer, conforme confessado pelo contribuinte, produz uma distorção que se propaga no tempo. Observe na folha 03 deste processo. Em dezembro/2014, época do corte acima mencionado, havia um crédito indevido de R\$470.462,54 no saldo credor do contribuinte, conforme apurado pela fiscalização. E com base nesse saldo credor “fictício” por que ainda*

*não apropriado, o contribuinte ingressou no Estado com o Processo n. 026.225/2016-9, afirmando que entre 2013 e 2014, possuía um saldo credor de R\$1.789.932,06, do qual queria autorização para transferir parte a outra empresa. Caso fosse concedido nos termos do pedido configurado estaria o prejuízo ao Estado no comportamento irregular de creditar-se integralmente de ICMS que ainda não fazia jus (cópia do processo mencionado anexada a este Auto e contribuinte possui cópia). A ausência da fiscalização, para detectar comportamentos irregulares, induziria o Estado a erro sobre o montante do saldo credor em 31/12/14.*

*Digno de nota, também, o prejuízo, expresso na fl. 31 deste Processo, onde o contribuinte declara não possuir Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque. Como dar sequência a procedimentos fiscais em uma empresa que, além apropriar-se antecipadamente de crédito fiscal, não dá elementos ao Fisco de controlar a sua produção e o seu estoque? Seriam procedimentos louváveis ou premiáveis?*

*Redução da multa do Auto examinado, por que o comportamento irregular do autuado não foi eventual. Foi encontrado em 2012, 2013 e 2014 e infringiu literal disposição de Lei. Este Auto sob exame compõe um conjunto com outros 2 Autos (207090.3013/16-0 e 207090.3012/16-4) – os comportamentos em desconformidade com a Lei não foram encontrados numa situação isolada, nem o contribuinte, uma Sociedade Empresária Limitada multinacional desconhece as Leis do país onde funciona.*

*Na fl. 135, consta Formulário de Transferência de Crédito denominado CFA Outras Hipótese – Transferência, onde consta transferência de crédito fiscal no valor de R\$669.799,30 para a empresa Danima Engenharia Ambiental Ltda., tendo saldo acumulado de R\$1.789.932,06, referente ao período de 01/01/2013 a 31/12/2014.*

Com efeito, ao perpassar o conteúdo da informação fiscal, se desfaz a impressão inicial, na medida em que não vejo como afastar a existência de dolo em razão da reincidência da mesma infração cometida nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, acrescido ao pedido, acima relatado, de transferência para terceiros dos créditos fiscais que indevidamente acumulou, bem como identifico no procedimento do sujeito passivo, uma porta aberta para infrações dela decorrentes, associadas a possível descumprimento de obrigação principal, originária do aproveitamento de créditos fiscais acumulados indevidamente pelo sujeito passivo e transferidos a terceiros, ou mesmo utilizados em momentos posteriores para deduzir do imposto devido.

Caso a fiscalização não identificasse em tempo hábil a utilização dos créditos indevidos, o contribuinte os teria transferido a outro estabelecimento, oferecendo os meios para que fosse reduzido o imposto devido ao ente tributante, portanto, originando outras infrações. Cabe sopesar que o pedido de autorização de transferência dos créditos realizados pelo sujeito passivo não se reveste em uma medida de transparência de iniciativa do contribuinte e sim uma condição necessária para que tal operação fosse viabilizada e os créditos pudessem ser utilizados amplamente, conforme dispõe os parágrafos do art. 317 do RICMS/BA.

Com efeito, cabe realce o fato de que se efetivada a pretendida transferência irregular de crédito fiscal a outro estabelecimento, não ocorrida pela ação da fiscalização, caberia à aplicação da multa de 60%, conforme previsto no art. 42, inciso VII, “c” da Lei 7.014/96, circunstância que evidenciaria claramente o efeito sobre o descumprimento de obrigação principal do eventual adquirente dos aludidos créditos fiscais, o que revela, mais uma vez, a importância da obrigação acessória descumprida e, em contrapartida, da multa aplicada com a manutenção em seu valor integral.

Fica evidente, assim, que a utilização dos créditos fiscais indevidos, no presente caso, fragilizou o sistema de controle e acompanhamento da arrecadação, que é introduzido pelas obrigações acessórias, previstas em atos normativos.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa

matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias apuradas.

É importante destacar ainda que as decisões judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não cabe a esse órgão competência para decretar a inconstitucionalidade, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Diante do exposto, considero procedente a presente exigência fiscal, bem como não acolho o pedido de redução da multa ou mesmo o seu cancelamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **VOTO VENCEDOR**

Peço vênias ao nobre colega Relator deste PAF para divergir quanto ao cabimento da redução da multa, pleiteada pelo sujeito passivo, em função de não ter havido dolo, fraude ou simulação e não ter implicado em falta de recolhimento do imposto.

No caso, entendo que trata-se de descumprimento de obrigação tributária acessória, conforme o Art. 113 do CTN, que, no caso, se constitui na prestação de não fazer determinado ato em cumprimento do exercício fiscalizatório do Estado. É um dever instrumental que auxilia o fisco nas suas atividades, e nele se inclui a escrituração de livros fiscais e contábeis, ou seja o dever burocrático que facilita o cumprimento das obrigações ditas principais (que implicam em obrigação de pagar o tributo propriamente dito).

Ocorre que, por força de lei, a prestação a ser cumprida é a de não utilizar integralmente os valores dos créditos fiscais decorrentes da aquisição dos ativos e sim parceladamente, como determina a legislação, o que não o fez o contribuinte. A multa aplicada, portanto, foi a prevista no Art. 42, VII “a”, da Lei nº 7.014/96, visto que a utilização indevida do crédito fiscal não resultou em descumprimento de obrigação principal.

O sujeito passivo, em sua peça defensiva, não contesta a ocorrência mas requer a aplicação do § 7º do Art. 42 da Lei 7.014/96, “As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação, e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Na presente lide observo que, inegavelmente, o contribuinte dirigiu-se à repartição fiscal de sua circunscrição e requereu a utilização do crédito fiscal, consoante o pedido de autorização de transferência dos créditos acumulados, realizados pelo sujeito passivo, na forma em que dispõem os parágrafos do art. 317 do RICMS/BA.

Ademais, em valores superiores a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), a utilização do crédito acumulado pelo próprio contribuinte em transferência a outros contribuintes dependerá de ato específico do Secretário da Fazenda, e fica condicionada ao exame fiscal quanto à existência e

regularidade do crédito fiscal acumulado e à informação dos respectivos saldos na Declaração e Apuração do ICMS (DMA) apresentada pelo contribuinte.

Portanto há todo um procedimento para a utilização de créditos fiscais acumulados, que foi obedecido pelo sujeito passivo, e este evento, cumprido de forma voluntária, não denota a presença de dolo, simulação ou fraude para a utilização de tais créditos. Ademais, o creditamento fiscal foi escritural, sem a utilização efetiva de qualquer parcela, e não implicou em falta de recolhimento do imposto.

Assim, houve erro na apuração do saldo credor do ICMS, fato não negado pelo sujeito passivo, mas que não resultou em recolhimento a menor do ICMS mensal, haja vista que não repercutiu no conta corrente fiscal, ou seja, não houve a efetiva utilização para diminuir o valor do imposto recolhido mensalmente.

Ressalto que a fraude tem como elemento onipresente a má-fé, e requer da autoridade autuante um esforço probatório devidamente fundamentado para comprovar a sua ocorrência. Há que se comprovar que houve o emprego de manobras insidiosas e desleais no comportamento do contribuinte, de modo a levar a fiscalização a erro. Quanto à simulação, esta é a declaração de vontade intencionalmente não verdadeira. Por exemplo, declaração de vontade de um negócio jurídico que sequer existe, ou a realização de algum ato jurídico que é de natureza diversa daquele que, de fato, se pretende ultimar, ou seja, o agente quer o engano.

Assim, cabe ao fisco provar, dentro das regras prescritas no ordenamento jurídico que o fato probando se enquadra naquilo que o legislador definiu como fraude, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64, o que não aconteceu no presente caso.

Restou comprovado nos autos que os créditos escriturais não foram utilizados, e que o sujeito passivo dirigiu-se à repartição fiscal e forneceu todos os elementos para a apuração da possibilidade de utilização dos créditos fiscais acumulados, e sob essa ótica, entendo que o pleito do contribuinte deve ser acolhido para que haja uma redução da multa em 50% do valor originariamente aplicado. Dessa forma a infração perfaz o valor de R\$141.138,76.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207090.3011/16-8**, lavrado contra **TORRES EÓLICAS DO BRASIL LTDA. (TORRESBRAS)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa pecuniária no valor de **R\$141.138,76**, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, reduzida em 50%, conforme dispõe o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR