

PROCESSO - A. I. Nº 269190.3002/16-0
RECORRENTE - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0144-02/17
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/08/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-11/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. FRETE A PREÇO CIF. É provado nos autos que o frete foi assumido e pago pela unidade da empresa estabelecida em outro Estado, não procedendo a arguição do defendente de que as operações estão acobertadas pelas disposições do § 1º, art. 21, LC 87/96. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida deste item. 3. MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Considerações de defesa elidem parcialmente a infração imputada. Refeitos os cálculos. Item subsistente parcialmente. Mantida a Decisão recorrida deste item. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 3. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto, tempestivamente, pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 20/12/2016, que exige ICMS no valor de R\$99.014,85, conforme demonstrativos e documentos às fls. 14 a 49 e CD/mídia à fl. 50 dos autos, em razão da constatação de três irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.27: Utilizou indevidamente, na condição de destinatário de mercadorias, crédito fiscal de ICMS no valor de R\$13.717,46, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente, nos meses de maio, junho, julho e dezembro de 2013; janeiro, maio, junho e julho de 2014, conforme demonstrativo à fl. 14 dos autos, com enquadramento no art. 29, § 4º, inc. II, da Lei 7.014/96, c/c com art. 439 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devidos registro na escrita fiscal nos exercícios de 2013, 2014 e 2015, conforme demonstrativo às fls. 41/43 dos autos. Lançado multa no valor de R\$42.096,46, com enquadramento nos Artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Após a devida instrução processual, a 2ª JJF decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da autuação, considerando totalmente Procedente a infração 1, Nula a infração 2 e Parcialmente Procedente a infração 3, reconhecendo a escrituração de algumas notas fiscais, conforme voto a seguir transcrito:

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal e acessória, no montante de R\$99.014,85, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, todas impugnadas. A Infração 1, diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$13.717,46, relativo a frete cobrado a preço CIF, decorrente de entrada de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação do mesmo titular, em que os serviços de transporte, na forma descrita no documento fiscal, foram tomados pelo remetente; a Infração 2, diz respeito, também, a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$43.200,93, relativo a frete de mercadoria em saídas por transferências cobrado a preço CIF, com destino a outras unidades da Federação do mesmo titular, em que os serviços de transporte, na forma descrita no documento fiscal, foram tomados pelo remetente; e a Infração 3, diz respeito a cobrança de multa formal no valor total lançado de R\$42.096,46, decorrente de obrigação acessória por ter dado entrada de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Versa as Infrações 1 e 2 de utilização indevida de crédito, decorrente de serviço de transporte efetuado por transportadora, na forma dos Conhecimentos de Transportes Eletrônicos (CTe) constantes dos demonstrativos de débitos das autuações às fls. 14 e 31 dos autos, respectivamente, sob a acusação de que, em relação a Infração 1, por se tratar de entradas interestaduais de mercadorias a preço CIF, entende os agentes Fiscais que não cabe ao autuado, na condição de destinatário das mercadorias, fazer uso dos créditos dos CTe que deram curso às mercadorias; por sua vez, em relação a infração 2, não obstante a acusação ser por uso de crédito, relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, consta da descrição dos fatos, como argumento de acusação da ocorrência da infração, a afirmação de que não se trata de operações de venda a preço FOB ou CIF, mas sim de operações de transferência para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular; e que, por isso, não cabe ao autuado, na condição de remetente das mercadorias, fazer uso dos créditos dos CTe que deram curso às mercadorias.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz que o entendimento da D. Fiscalização se encontra equivocado eis que, o § 1º do artigo 21 da Lei Complementar nº 87/96 é absolutamente claro ao determinar que o tomador faz jus à utilização dos créditos fiscais de ICMS incidente sobre os serviços de transporte contratados, verbis:

“Art. 20: Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada a seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º. Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.”

Como tal, compulsando detidamente os demonstrativos débitos das Infrações 1 e 2 às fls. 14 e 31 dos autos, bem assim os documentos impressos - "Documentos Auxiliar do Conhecimento de Transporte (DACTE)" e os "Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE)" - que dão sustentação as autuações; vê-se tratar, em relação a Infração 1, de prestação de serviço, efetuado por empresa transportadoras, autônomo ou pelo próprio remetente, relativo ao transporte de mercadorias - "Dióxido de Carbono" - oriundas de fora do Estado da Bahia, para a unidade da White Martins Gases Industriais Ltda, I.E. 046.882.480, estabelecida no Município de Camaçari, tendo como tomador do serviço as unidades da White Martins Gases Industriais Ltda, remetentes das mercadorias, caracterizando uma operação de transporte a preço CIF. Por sua vez, a Infração 2, trata-se de prestação de serviço, efetuado por empresa transportadoras, relativo ao transporte de mercadorias - "Hidrogênio Comprimido" "Analisador de Ativo Fixo" "Instrumento de Medição Ativo Fixo" etc" - da unidade da White Martins Gases Industriais Ltda, I.E. 046.882.480, estabelecida no Município de Camaçari, para diversas unidades fora do Estado da Bahia da própria White Martins Gases Industriais Ltda, tendo como tomador do serviço a unidade de Camaçari, remetente das mercadorias, caracterizando uma operação de transporte a preço CIF diferentemente do caracterizado na autuação de ser a preço FOB.

Os significados das siglas FOB e CIF estão relacionados com o pagamento do frete no transporte de mercadorias. Estas siglas são utilizadas para distinguir dentre comprador (recebedor das mercadorias) e fornecedor (remetente das mercadorias) quem arca com os custos do frete, ou seja, quem suporta os custos e riscos do transporte. A sigla FOB, significa dizer que comprador (recebedor das mercadorias) assume o custo frete, ou seja é quem pagou o frete. A sigla CIF, significa que o fornecedor (remetente das mercadorias) assume o custo do frete, ou seja é quem pagou o frete.

Em relação a Infração 1, como bem está definido na descrição da autuação, trata-se de crédito relativo a frete a preço CIF, ou seja, em que o transporte das mercadorias objeto da lide foram pagos pelas unidades da White Martins Gases Industriais Ltda. remetentes das mercadorias, estabelecidas em outras unidades da Federação. Sobre tal aspecto não há lide. A controvérsia é instalada sobre o entendimento dos agentes Fiscais de que, os custos dos transportes foram tomados e pagos pelo remetente das mercadorias, não cabendo ao autuado, na condição de destinatário, fazer uso dos créditos relativos aos fretes pagos.

Contesta o sujeito passivo, argüindo o entendimento equivocado dos agentes Fiscais, amparado no § 1º do

artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96. Neste aspecto entendo não restar razão os argumentos do defendente. Não se trata de direito ao lançamento do crédito tomado pelo autuado se a utilização dos de serviços de transportes resultasse operações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a serviço de transporte de produtos alheios à atividade do estabelecimento autuado, o que daria direito ao uso do crédito glosado, dado o princípio da não-cumulatividade intrínseco do ICMS esculpido no art. 19 do mesmo diploma legal.

Trata-se a Infração 1 de glosa do uso de crédito de prestação de serviço, efetuado por empresa transportadora, relativo ao transporte de mercadorias para empresa estabelecida neste Estado, cujo o frete foi pago pela empresa remetente da mercadoria, ou seja, o serviço de transporte foi assumido e pago pela unidade da White Martins Gases Industriais Ltda., estabelecida no Estado de Minas Gerais de onde efetivamente vieram as mercadorias transportadas para a unidade da White Martins Gases Industriais Ltda, estabelecida no Estado da Bahia, empresa autuada.

Não cabe aqui argüir a disposição do § 1º do artigo 20 da Lei Complementar n.º 87/96, recepcionado pelo art. 29, § 1º, inc. III, da Lei 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, vez que não se trata de imposto pago pela filial recebedora das mercadorias, estabelecida no Município de Camaçari/BA, que teria direito a usufruir do imposto pago nas operações anteriores dado o imposto ser não-cumulativo, se assim houvera assumido o custo do frete do transporte das mercadoria, que não foi o caso.

Na realidade a Infração 1 diz respeito a glosa de crédito por utilização indevido na escrita fiscal decorrente de frete assumido e pago pela unidade estabelecida em outro Estado remetente das mercadorias para este Estado. Em outras palavras o remetente das mercadorias é quem arcou com os custos e pagou frete relativo ao serviço de transporte das mercadorias; e não a empresa recebedora das mercadorias, a unidade da White Martins Gases Industriais Ltda, estabelecida no Município de Camaçari, Estado da Bahia. Na sua essência o frete pago pela unidade do Estado de Minas Gerais está embutido no preço da mercadoria. É o que se vê da orientação dada pelo art. 439, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 no transporte de mercadoria cuja operação de circulação seja realizada a preço CIF.

Enquadra-se esta operação na vedação, esculpida na legislação na utilização, como crédito fiscal, por parte do destinatário, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte, em que o transporte da mercadoria foi efetuado por transportadora e assumido pelo remetente da mercadoria. No caso específico pela unidade da White Martins Gases Industriais Ltda, estabelecida no Estado de Minas Gerais. Em sendo assim, entendo subsistente a Infração 1.

Por sua vez, trata-se a Infração 2 de glosa de uso de crédito de serviço efetuado por empresa transportadoras, relativo ao transporte de mercadorias - "Hidrogênio Comprimido" "Analisador de Ativo Fixo" "Instrumento de Medição Ativo Fixo" etc" da unidade da White Martins Gases Industriais Ltda, I.E. 046.882.480, estabelecida no Município de Camaçari, para diversas unidades fora do Estado da Bahia da própria White Martins Gases Industriais Ltda, tendo como tomador do serviço a unidade de Camaçari/Ba, a empresa autuada, remetente das mercadorias, caracterizando uma operação de transporte a preço CIF, diferentemente do destacado na caracterização da autuação, que frisa ser transporte a preço FOB, vez que assume o pagamento do frete nessas operações é o remetente da mercadorias, a empresa autuada, a White Martins Gases Industriais Ltda, estabelecida no Município de Camaçari/BA.

Os agentes Fiscais dizem que, a acusação fiscal não decorre por se tratar de operações de venda a preço FOB ou CIF, mas sim, de se tratar de operações de transferência para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente o mesmo titular. Neste caso, observam que o valor da base de calculo está disciplinado na Lei Complementar 87/96, art. 13, § 4º, em que o defendente estaria infringindo, sendo, à luz dos seus entendimentos, devido à autuação.

Não se vê no demonstrativo de fl. 31, que fundamenta a Infração 2, qualquer indicativo que leve a interpretar a ocorrência de erro na constituição da base de cálculo do imposto decorrente de saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, disciplinado na LC 87/96, art. 13, § 4º como assim dizem os agentes Fiscais referir o objeto da autuação.

Na realidade o que se observa, conforme o demonstrativo de débito da autuação à fl. 31 dos autos, é eminentemente a descrição do crédito tomado pelo autuado, relativo ao imposto destacado nos Documentos Auxiliares do Conhecimento de Transporte Eletrônico (DACTE), que deram curso as mercadorias "Hidrogênio Comprimido" "Analisador de Ativo Fixo" "Instrumento de Medição Ativo Fixo" etc" da unidade da White Martins Gases Industriais Ltda., I.E. 046.882.480, estabelecida no Município de Camaçari, para diversas unidades fora do Estado da Bahia da própria empresa autuada.

Os DACTE's nº 353 (fl. 32), 098 (fl. 34), 425 (fl.35), 438(fl.37) e 429(fl.39 acostados aos autos, pelos os d. Agentes Fiscais, para fundamentar a autuação atestam que de fato o tomador do serviço de transporte foi a unidade da White Martins Gases Industriais Ltda, I.E. 046.882.480, estabelecida no Município de Camaçari, caracterizando operações de venda/transferência a preço CIF.

Portanto, verifico uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são

situações distintas, o que inquina de vício insanável a Infração 2. A acusação fiscal decorre da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadoria em saídas por transferência a preço FOB, relativo a mercadorias para outras filiais do mesmo grupo empresarial situadas em outras unidades da Federação, com enquadramento no art. 49, § 4º, inc. III, da Lei 7.014/96, c/c com art. 48, inc. II, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Por sua vez, a descrição dos fatos traz a informação de que a acusação do uso do crédito indevido não decorre das operações de transferências terem ocorridos a preço FOB ou mesmo CIF, mas sim por ter utilizado crédito de ICMS de operações, decorrentes de transferência de mercadorias para estabelecimento localizado em outras unidades da Federação, pertencente ao mesmo grupo; e neste caso, o valor da base de cálculo está disciplinado no art. 13, § 4º, da LC87/96, o qual teria sido infringido pelo defendente.

Desta forma, é de se concluir que a divergência aventada vicia de forma o lançamento fiscal, vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Logo, com base no art. 18, inc. IV, “a”, do RPAF/99, declaro nula a Infração 2. Por outro lado, com fundamento no art. 156, do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

A Infração 3 diz respeito a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devidos registro na escrita fiscal. Em sede de defesa, os agentes Fiscais destacam que fizeram parte do levantamento fiscal um total de 95 notas fiscais eletrônicas que se encontram devidamente gravadas e anexadas ao presente processo, com certificado de autoria e autenticidade, conforme recibo constante à fl. 49. Deste total, apenas 7 notas fiscais são objeto de contestação por parte do defendente, conforme fls. 80 a 86 deste PAF.

Em relação à nota de número 750735, diz que o autuado contesta a falta de lançamento com a apresentação de cópia do livro (EFD) à fl. 84, referente dezembro 2016. Conforme se comprova pela documentação acostada às fls. 1 a 10 deste processo, a ação fiscal teve início em 07/10/2016, não podendo ser acatado o registro desta nota fiscal após tal data. O documento em questão foi emitido em 05/10/2015 e somente foi registrado mais de um ano depois, em dezembro de 2016, após o início da ação fiscal. Logo, o procedimento retificador da conduta irregular, neste caso, não pode afastar a incidência da multa corretamente aplicada pela fiscalização.

Com relação às notas de número 18895, 18584, 17767, 18303, 17519 e 17277, o que se pode concluir, diz os d. agentes Fiscais, após considerar as cópias dos livros fiscais apontadas às fls. 80 a 86, é que tais documentos foram, de fato, lançados na EFD. Deste modo, após análise dos arquivos eletrônicos da EFD, bem como das notas fiscais eletrônicas que são parte integrante do Auto de Infração e estão devidamente autenticados e anexados ao processo, conforme fls. 49 e 50, a fiscalização concorda com a exclusão destas seis notas fiscais do rol daquelas integrantes do ANEXO 03.

Com relação a todas as demais 88 notas integrantes da infração 03, o que se verifica, de fato, é que o Contribuinte não nega que tenha deixado de efetuar o devido registro das notas fiscais de entrada no livro fiscal próprio, e, para esta infração, a legislação é muito clara quando prevê a sansão do art. 42, IX, da Lei Estadual 7.014/96.

Portanto, diante da defesa apresentada, a fiscalização concorda com a revisão do ANEXO 03 da Infração 3, com a retirada das notas fiscais de número 18895, 18584, 17767, 18303, 17519 e 17277, reduzindo o valor histórico autuado em R\$778,87 com a exclusão dos referidos débitos nos meses de junho a agosto e outubro a dezembro de 2015. Demais meses dizem permanecerem inalterados.

Isto posto, não observando qualquer fato que desabone as alterações efetuadas pelos d. Agentes Fiscais no demonstrativo de débito da autuação em análise, manifesto pela procedência parcial da Infração 3 no valor remanescente apresentado na Informação Fiscal às fls. 92/93 dos autos.

Voltando aos autos à fl. 106 dos autos, o sujeito passivo destaca os ajustes efetuados pelos agentes Fiscais, sem tampouco contestá-los, exceto quanto a arguição da aplicação da multa, tendo em vista a sua impossibilidade de instituição, com base no valor da operação, quando, à luz da sua ótica, a obrigação acessória descumprida - falta de escrituração de notas fiscais de entrada - não acarreta qualquer dano ao Erário.

Em relação à arguição da defesa quanto à impossibilidade de instituição da multa acessória, com base no valor da operação, isto é, a aplicação de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, decorrente de entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal; observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da Infração 3, objeto em análise, art. 42, inc. XI, da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme assim preconiza o art. 167, inc. III, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Por fim, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Cabe destacar, entretanto, que o Auto de Infração obedeceu em

sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 do citado diploma legal, encontrando-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que os agentes Fiscais cumpriram o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.

Inconformado com a decisão da 2ª JJE, o autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com Recurso Voluntário, fls. 144 a 155, aduzindo, em síntese, o que segue abaixo:

No item 1 do lançamento fiscal, onde a D. Fiscalização efetuou a glosa dos créditos de ICMS incidentes sobre os serviços de transporte contratados pelo Recorrente para consecução da sua atividade empresarial de comercialização de gases, entende que está amparado no § 1º do artigo 21 da Lei Complementar nº 87/96, onde, é absolutamente claro o direito à utilização dos créditos fiscais de ICMS incidente sobre os serviços de transporte contratados, *verbis*:

“Art. 20: Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada a seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º. Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.”

Assim, entende ser insubsistente o item 1 do lançamento fiscal e requer a reforma da Decisão recorrida.

No pertinente a alegação da Abusividade e da finalidade confiscatória da Multa de Ofício aplicada, solicita o cancelamento da mesma, tendo em vista o seu inequívoco caráter abusivo e confiscatório, na medida em que perfaz valor equivalente a 60% (sessenta por cento) dos valores supostamente devidos.

Verifica-se, portanto, que tal sanção demonstra que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, a situação do contribuinte e de sua atividade, bem como qualquer outro parâmetro razoável para lhe balizar o cálculo.

Faz referência ao artigo 3º do CTN, que estabelece ser o tributo uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento disfarçado de arrecadação.

Quanto a impossibilidade de instituição de multa com base no valor da operação, quando a obrigação acessória supostamente descumprida não acarretar qualquer dano ao Erário, entende o Recorrente que a multa referente ao item 3 do lançamento fiscal ora combatida deve ser integralmente cancelada, tendo em vista a impossibilidade de instituição de multa com base no valor da operação, quando a obrigação acessória supostamente descumprida (falta de escrituração de notas fiscais de entrada) não acarretar qualquer dano ao Erário, na medida em que não ocasiona o descumprimento da obrigação principal e, tampouco, gera dificuldades para a D. Fiscalização apurar o recolhimento do tributo pelo contribuinte na forma ditada pela legislação tributária.

Assevera que em casos como o presente, inexistindo qualquer dano ao erário, a multa pela infração cometida pelo contribuinte somente pode ser aplicada utilizando-se de um valor fixo, por infração cometida, não se admitindo que a mesma seja aplicada tendo por base um percentual sobre o valor da operação, sob pena de demonstrar-se desproporcional à conduta realizada.

Cita diversos doutrinadores para fundamentar sua tese de que na hipótese do descumprimento da obrigação tributária não acarretar dano ao erário, como se verifica no presente caso, a penalidade deve ser totalmente relevada, tendo em vista a complexidade das legislações tributárias e o grande número de obrigações acessórias previstas em lei, especialmente em se tratando de ICMS.

Também cita julgado do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que reconhece a insubsistência da

aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória com base em percentual do valor da operação ou do tributo devido, quando a inobservância da legislação estadual não acarretar dano ao erário.

Conclui requerendo que seja julgado procedente o presente Recurso Voluntário, reconhecendo-se a insubsistência do Auto de Infração, com o consequente arquivamento do presente Processo Administrativo.

VOTO (Vencido quanto à redução da multa da Infração 3)

O item 1 da autuação trata da utilização indevida de crédito fiscal relativo a frete a preço CIF, na condição de destinatário da mercadoria e não a ausência de tributação da operação mercantil subsequente, como alega o Recorrente, onde os custos dos transportes foram tomados e pagos pelo remetente das mercadorias (frete CIF), não cabendo ao autuado, na condição de destinatário, fazer uso dos créditos relativos a estes fretes.

O direito ao crédito é disciplinado no RICMS/Ba, que em seu artigo 309, inciso V, assim estabelece:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

V - o valor do imposto cobrado, relativo aos serviços de transporte tomados;

Portanto, não tem razão o Recorrente nas suas alegações, devendo ser mantido o julgamento de piso neste item.

Considerando que a multa sugerida para a irregularidade 1 é a prevista na alínea “a”, do inciso VII do art. 42, da Lei nº 7.014/96, este Conselho não tem competência para sua redução ou cancelamento.

Portanto, fica mantida a multa de 60%, que poderá ser reduzida, por ocasião da quitação do Auto de Infração, de acordo com o previsto no art. 45 da mesma lei.

O item 2 da autuação, julgado Nulo pela JJF, não foi objeto do Recurso Voluntário.

Quanto ao item 3 da autuação, esta se refere a aplicação de multa em razão da falta de registro de entrada de mercadorias não tributáveis na escrita fiscal. Neste caso, a multa está expressamente prevista, no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96, não cabendo, a este Conselho, discutir a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, bem como a constitucionalidade da legislação, conforme norma estabelecida no artigo 167, incisos I, II e III do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Entretanto, considerando que a falta de escrituração das notas fiscais não trouxe nenhum prejuízo para o erário, não causou embaraço ou dificuldade para a fiscalização e não está comprovado dolo, fraude ou simulação, voto pela redução da multa em 50%, conforme prerrogativa estabelecida no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7014/96 e artigo 158 do RPAF.

§ 7º 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.

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.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, considerando a redução da multa aplicada na infração 3 em 50%.

VOTO VENCEDOR (quanto à redução da multa da Infração 3)

Peço *venia* ao ilustre relator para discordar da sua decisão de reduzir a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória da Infração 3, sendo a exação em razão do contribuinte ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem os devidos registros na escrita fiscal, como previsto no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Deixo de acolher a proposta para reduzir as multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, pois, nestes casos, além de se tratarem de sanções específicas, não há como afirmar se a falta de registro das notas fiscais não ensejou prejuízo ao erário estadual, pois, tal fato também enseja, por presunção legal, em ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, prevista no Art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, em razão da conclusão de que o fato de não registrar as mercadorias, independentemente de tributadas ou não tributadas, o sujeito passivo as adquiriu com receitas anteriores de vendas tributadas, também não contabilizadas, o que, por si só, já implicaria na exigência do imposto e, em consequência, em prejuízo à Fazenda Estadual.

Assim, a redução da multa aplicada pela falta de registro só seria cabível, salvo melhor juízo, se comprovada o registro contábil destas aquisições, provando que tais compras foram realizadas com suporte de receitas contabilizadas, com prejuízo apenas do lançamento em sua escrita fiscal, o que não restou provado, cujo ônus é do contribuinte, por ser detentor delas e por pleitear a redução ou cancelamento das multas, cujos requisitos teriam de ser comprovados.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à infração 3, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269190.3002/16-0, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.717,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$41.317,59**, prevista no inciso XI, do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à redução da multa da Infração 3) - Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Quanto à redução da multa da Infração 3) – Conselheiros(as): Carlos Antonio Borges Cohim Silva, Laís de Carvalho Silva e José Rosivaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2018.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à redução da multa da Infração 3)

MARCELO MATTEDI E SILVA – VOTO VENCEDOR
(Quanto à redução da multa da Infração 3)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS