

A. I. Nº - 207103.0007/18-6
AUTUADO - BLUE CUBE BRASIL COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/12/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-01/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA NÃO INGRESSADA NO ESTABELECIMENTO. Restou comprovado que o autuado lançou indevidamente o crédito fiscal. Alegação defensiva de que, de fato, houve lançamento em duplicidade não foi acompanhada de elementos comprobatórios do alegado. Infração subsistente. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO PRESTADO. O silêncio do autuado confirma o acerto da autuação no tocante à esta infração, consoante o art. 140 do RPAFBA/99. Independentemente disso, verifica-se que no caso desta infração o autuado lançou crédito de ICMS referente ao CT-e nº 1296 que acobertou prestação de serviço de transporte aquaviário interestadual alheio ao estabelecimento autuado. Infração subsistente. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$171.689,00, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, nos meses de maio e junho de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$78.622,09, acrescido da multa de 150%.

Consta que o autuado lançou nos livros Registros de Entradas - EFD - e transpôs para os livros RAICMS-EFD, créditos inexistentes de ICMS, oriundos de Notas Fiscais eletrônicas também inexistentes. Consta, ainda, que o autuado além dos artigos infringidos no SEAI, também infringiu os artigos 217, I, e II, § 3º, I, 309, I, “a”, 314, do Decreto nº 13.780;

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado, no mês de fevereiro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$93.035,58, acrescido da multa de 150%.

Consta que o autuado lançou nos livros Registros de Entradas - EFD - e transpôs para os livros RAICMS-EFD, crédito de ICMS de CT-e que acobertou prestação de serviço de transporte aquaviário interestadual alheio ao estabelecimento - tendo como remetente a empresa Dow Brasil Ind. e Com. Ltda., CNPJ Nº 60.435.351/0017-14, IE Nº 74.191.515, e como destinatário a empresa Blue Cube Ltda., CNPJ Nº 20.920.259/0004-00, IE Nº 9070528859, estabelecida na rua Cel. Santa Rira, s/nº, Rocio Indl. Paranaguá/PR. Consta, ainda, que o autuado além dos artigos infringidos no SEAI, também infringiu os artigos 217, III, § 3º, II, 309, V, “a”, 314, do Decreto nº 13.780.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 30 a 36). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Sustenta que ainda que prevaleça a cobrança do principal, o presente Auto de Infração deve ter sua multa reduzida, diante do caráter claramente confiscatório da penalidade e da falta de

razoabilidade e proporcionalidade em relação ao tributo devido. Assevera que a capitulação escolhida pelo autuante também deve ser revista, nos termos do art. 112, inciso I do CTN.

Reporta-se sobre a desproporcionalidade da multa imposta e do confisco.

Alega que as multas impostas são extremamente abusivas, além de ir contra entendimento firmado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Observa que o Auto de Infração em questão exige o ICMS supostamente não pago e multa, no abusivo percentual de 150% do valor do tributo. Ou seja, em ambas as infrações, o valor da multa aplicada excede o próprio valor do tributo devido.

Afirma que nesses casos, é flagrante a inconstitucionalidade da multa aplicada, pois contraria a proibição do efeito confiscatório, consoante artigo 150, inciso IV da CF, além de ferir o direito de propriedade, art. 5º, *caput*, da CF/88, e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Destaca que toda construção doutrinária e jurisprudencial concernente à impossibilidade de se instituir tributo com efeitos manifestamente confiscatório é plenamente aplicável no que se refere às multas e demais penalidades decorrentes de suposto descumprimento de obrigação principal ou acessória.

Acrescenta que sobre o tema, o STF já consolidou o seu entendimento, inclusive em sede de Repercussão Geral, de que as multas arbitradas acima de 100% do valor da obrigação principal são consideradas abusivas, de forma que, o valor da obrigação principal deve, portanto, ser o limitador da norma sancionatória. Neste sentido, reproduz excertos de julgados no caso: RE 833.106 AgR/GO, Min. Rel. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 25/11/2014; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 838.302/MG; Rel. Min. Roberto Barros; D.J.e 28/03/2014; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 482.281-8/SP; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; DJ-e 20/08/2009.

Diz que dessa forma, fica evidente que a multa imposta é manifestamente inconstitucional e está em pleno desacordo com o entendimento do STF, devendo, portanto, ser reduzida.

Ressalta que esse é o entendimento pacífico do Tribunal de Justiça da Bahia, sempre prevalecendo à redução das penalidades que excedam 100% do valor do tributo exigido. Neste sentido, reproduz excertos do Agravo de Instrumento: 0017665-58.2016.8.05.0000, Relator(a): Silvia Carneiro Santos Zarif, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 20/12/2016; Agravo de Instrumento, 0017738-30.2016.8.05.0000, Relator(a): Silvia Carneiro Santos Zarif, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 22/11/2016.

Conclusivamente, consigna que diante disso, requer a redução da multa para 50% do valor do tributo ou, subsidiariamente, para que seja reduzida a 100% do valor do tributo.

Prosseguindo, reporta-se sobre a incorreção da aplicação da multa de 150% na infração 1.

Registra que na infração 1, a Fiscalização alega que a empresa *lançou nos livros registros de entradas – EFD e transpôs para os livros de RAICMS-EFD créditos inexistentes de ICMS, oriundos de NF-e também inexistentes*, e impôs a multa prevista no art. 42, V, ‘b’ da Lei nº 7.014/1996. Reproduz o referido dispositivo legal.

Alega o impugnante que no caso da infração 1, a mercadoria ingressou no seu estabelecimento, sendo que, por mera decorrência involuntária e sem dolo, ocorreu o registro em duplicidade das NF-e de entradas.

Sustenta que nesse caso, não se pode alegar que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento para fins de imposição da multa de 150%. Acrescenta que caso não se entenda pela redução da multa a 50% do valor do imposto, conforme solicitado anteriormente, demonstra ser mais adequada à aplicação da multa prevista no art. 42, II, ‘f’ da Lei nº 7.014/1996. Transcreve o referido dispositivo legal.

Menciona que a capitulação da multa deve observar o disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional, cuja redação reproduz.

Afirma que dessa forma, a multa mais razoável seria a prevista no art. 42, II, ‘f’ da Lei nº 7.014/1996.

Diz que nesse sentido, resta demonstrado o vício do presente lançamento, que se valendo de uma capitulação equivocada, acabou por afrontar o princípio da tipicidade cerrada e o disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Conclusivamente, consigna que diante disso, requer subsidiariamente a aplicação da multa de 60% em vez da multa de 150% para a infração 1.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- seja reduzida a multa de ofício para 50% do valor do tributo;
- subsidiariamente, que a multa aplicada à infração 1 seja a de 60%, prevista pelo art. 42, II, “f”, uma vez que houve sim entrada da mercadoria no estabelecimento;
- subsidiariamente, seja reduzida a multa para 100% do valor do tributo nos termos do entendimento pacífico no STF.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 87 a 91). De início, observa que o autuado em momento algum questiona os valores exigidos, tanto na infração 1, quanto na infração 2. Consigna que o autuado alega que *ainda que prevaleça a cobrança do principal, o presente Auto de Infração deve ter sua multa reduzida, diante do caráter claramente confiscatório da penalidade e da falta de razoabilidade e proporcionalidade em relação ao tributo devido*.

Acrescenta que o autuado alega, ainda, que no caso da infração 1, a mercadoria ingressou no seu estabelecimento, e que involuntariamente e sem dolo houve o registro em duplicidade das Notas Fiscais eletrônicas de entradas.

No tocante à infração 2, diz que o autuado silencia, ou seja, nada questiona ou argumenta na defesa apresentada, nem mesmo a respeito da multa imposta.

Assevera que desse modo, no que tange à infração 2, ratifica o crédito tributário exigido no valor de R\$93.035,58. Acrescenta que a apropriação de crédito de ICMS, por parte do autuado, em tomada de prestação de serviço de transporte aquaviário, alheio ao seu estabelecimento, parece ser ponto pacífico.

Salienta que no tocante à infração 1, o autuado questiona exclusivamente a multa imposta. Observa que o autuado alega a existência de desproporcionalidade da multa imposta e confisco, por isso, incorreção na aplicação da multa de 150%.

Assinala o autuante que o demonstrativo de débito que elaborou, demonstra que a “Vale”, lançou nos respectivos livros Registros de Entradas e transportou para os livros RAICMS valores de ICMS, de Notas Fiscais inexistentes. Ressalta que estas Notas Fiscais não acobertaram nenhuma operação de compra de mercadoria, haja vista que as mercadorias constantes nas Notas Fiscais relacionadas no Demonstrativo de Débito, acostado à fl. 23, não existiram.

Invoca e reproduz os artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, assim como os artigos 217, 309 e 314 do RICMS/BA/12 do Decreto nº 13.780/12, para dizer que da análise dos referidos artigos se constata que sempre o direito ao crédito do ICMS tem como premissas, a entrada de mercadoria real ou simbólica no estabelecimento do detentor do crédito e a idoneidade do documento fiscal que acoberta a operação de aquisição da mercadoria.

Registra que deve o contribuinte do ICMS observar, também, o prazo e as condições dispostas na legislação do ICMS, para o lançamento do crédito em sua escrita fiscal.

No tocante à multa imposta de 150%, transcreve o artigo 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96. Observa que a infração versa sobre os lançamentos de créditos de ICMS que o autuado escriturou em seus livros REs e por consequência nos livros RAICMS.

Ressalta que os créditos fiscais lançados não existiram, pois não existiram as mercadorias, consequentemente as Notas Fiscais também nunca existiram. Diz que nunca existiram os fatos geradores do ICMS, pois nunca houve entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado.

Salienta que desse modo, a tipificação da multa ocorre de forma automática pelo SLCT [**Sistema de Lançamento de Crédito Tributário**] ao se caracterizar e determinar a infração incorrida pelo autuado. Diz que descabe se falar em desproporcionalidade da multa aplicada, ou de incorreção da aplicação da multa, ou de confisco conforme pretendido pelo autuado ao requerer nova tipificação.

Afirma que a legislação do ICMS é clara, e o contribuinte deve observar e praticar as suas disposições normativas, haja vista que a ação ou inação incorreta, acarretará descumprimento de obrigação acessória ou principal, situação na qual, para restaurar a justiça fiscal o preposto fazendário tem o dever funcional de constituir o crédito tributário em favor do erário estadual.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo ambas atinentes à utilização indevida de crédito fiscal.

Inicialmente, cabe consignar que inexistente vício ou falha capaz de inquirir de nulidade o lançamento de ofício em questão. Os dispositivos legais considerados infringidos foram claramente apontados no Auto de Infração. Portanto, descabe falar-se em afronta ao princípio da tipicidade cerrada. Ademais, descabe invocar as disposições do artigo 112 do Código Tributário Nacional (CTN), haja vista que não há que se falar em interpretação *da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato e à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação*.

No tocante à infração 1 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado* -, a conduta infracional imputada ao autuado decorre do fato de ter lançado nos livros fiscais Registro de Entradas (EFD) e transportado para os livros Registro de Apuração do ICMS (EFD), créditos inexistentes de ICMS, originados de Notas Fiscais eletrônicas inexistentes.

Verifico que o impugnante alega que a mercadoria ingressou no seu estabelecimento, sendo que, involuntariamente e sem dolo, ocorreu o registro em duplicidade das NF-e de entradas.

Sustenta que a imposição da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “b” da Lei nº 7.014/1996, é incorreta.

Alega que no caso, não pode ser dito que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento para fins de imposição da multa de 150%. Acrescenta que caso não se entenda pela redução da multa para 50% do valor do imposto, conforme solicitado, demonstra ser mais adequada a aplicação da multa prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996. Requer subsidiariamente a aplicação da multa de 60% em vez da multa de 150% para esta infração.

Observo que o autuante mantém a autuação, afirmando que as Notas Fiscais não acobertaram nenhuma operação de compra de mercadoria, haja vista que as mercadorias constantes nas Notas Fiscais relacionadas no Demonstrativo de Débito, acostado à fl. 23, não existiram.

Ressalta que os créditos fiscais lançados não existiram, pois não existiram as mercadorias, consequentemente as Notas Fiscais também nunca existiram. Diz que nunca existiram os fatos geradores do ICMS, pois nunca houve entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado.

Salienta que desse modo, a tipificação da multa ocorre de forma automática pelo SLCT [**Sistema de Lançamento de Crédito Tributário**], ao se caracterizar e determinar a infração incorrida pelo autuado.

O artigo 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96 dispõe:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:

[...]

b) em razão da utilização indevida de crédito, quando a mercadoria não houver entrado real ou simbolicamente no estabelecimento ou o serviço não tiver sido prestado ao seu titular;

Considero que assiste razão ao autuante. De fato, independentemente da intenção do autuado, ou seja, se involuntariamente ou não, o certo é que os créditos fiscais utilizados decorreram de operações inexistentes, haja vista que não houve efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento autuado.

A alegação defensiva de que a mercadoria ingressou no seu estabelecimento, sendo que, por mera decorrência involuntária e sem dolo, ocorreu o registro em duplicidade das NF-e de entradas, poderia até elidir a aplicação da multa de 150% para 60% - prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96 -, desde que restasse comprovada com a apresentação de elementos comprobatórios de sua alegação, o que não ocorreu.

Diante disso, a infração 1 é procedente.

Quanto à arguição defensiva atinente à inconstitucionalidade da multa de 150%, por certo que é vedado a este órgão julgador apreciar tal matéria, de acordo com o art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No tocante ao pedido de dispensa/redução da multa, falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal, haja vista que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, sendo certo que a competência desta JJF, está adstrita à análise e decisão no que se refere à multa por descumprimento de obrigação acessória.

No que concerne à infração 2, conforme muito bem observado pelo autuante, o autuado manteve-se silente, ou seja, nada impugnou, permitindo concluir que a imputação se apresenta correta, em conformidade com o artigo 140 do RPAF/99.

Independentemente disso, verifica-se que no caso desta infração, o autuado lançou crédito de ICMS referente ao CT-e nº 1296 (cópia acostada à fl. 25), que acobertou prestação de serviço de transporte aquaviário interestadual alheio ao estabelecimento autuado, já que consta no referido documento fiscal como remetente a empresa Dow Brasil Ind. e Com. Ltda., CNPJ Nº 60.435.351/0017-14, IE Nº 74.191.515, e como destinatário a empresa Blue Cube Ltda., CNPJ Nº 20.920.259/0004-00, IE Nº 9070528859, estabelecida na rua Cel. Santa Rira, s/nº, Rocio Indl. Paranaguá/PR.

Assim sendo, resta indubitoso que a infração 2 é subsistente.

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 **207103.0007/18-6**, lavrado contra **BLUE CUBE BRASIL COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$171.689,00**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, "b" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR