

PROCESSO	- A. I. N° 207103.0007/18-6
RECORRENTE	- BLUE CUBE BRASIL COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0178-01/18
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 12/02/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0333-11/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA NÃO INGRESSADA NO ESTABELECIMENTO. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO PRESTADO. Alega a Recorrente que a mercadoria ingressou no seu estabelecimento, sendo que, involuntariamente e sem dolo, ocorreu o registro em duplicidade das NF-e de entradas e por tais razões, sendo imposto a multa lançada de 150%. Entretanto, houve redução a partir de 13/12/2019 para 100%, conforme alteração do dispositivo regulamentar. Confirmado que se trata de mero equívoco, pois há constatada a duplicidade de documentos fiscais, em decorrência de um erro na escrituração fiscal, não significando dizer que a mercadoria não tenha entrado no estabelecimento. Atestado 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, porém, é possível observar que a Recorrente lançou em duplicidade as notas fiscais e em um dos lançamentos, informou o modelo de documento “01” e não “55” que é o equivalente a nota fiscal eletrônica, porém os valores, emitente, data de emissão e produtos são os mesmos. Acolhe-se as argumentações recursais, visto que, houve um equívoco na escrituração fiscal, conforme identificado através da análise do EFD enviado ao Fisco e notas fiscais apresentadas pela Recorrente. Deve-se aplicar a multa prevista no Art. 42, II, “f, prevista para as operações diversas no percentual de 60% nas duas infrações imputadas. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0178-01/18, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2018, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$171.689,00 acrescido de multas tendo em vista as infrações abaixo:

Infração 01: 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;

Infração 02: 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%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 30 a 36), informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 86 a 91), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JJF que após análise julgou Procedente (fls. 97 a 101) nos seguintes termos:

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 inexiste vício ou falha capaz de inquinar 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 cinqüenta 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 Rita, s/nº, Rocio Indl. Paranaguá/PR.

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

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (fls. 171 a 178) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Baseando-se no disposto no Art. 112, inciso I do CTN, solicita que a capitulação escolhida pelo autuante também deve ser revista e sustenta que, ainda que prevaleça a cobrança do principal, a presente 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. Por estas razões, discorre a incorreção e desproporcionalidade da multa aplicada.

Quanto à infração 01 afirma que as mercadorias tiveram sua entrada no estabelecimento, ocorrendo entretanto, uma duplicidade de registro por um erro da Recorrente e que o fato de as mercadorias terem efetivamente entrado no estabelecimento, por si só, já impossibilita a aplicação da penalidade prevista no Art. 42, V, “b”, que se aplica apenas para as hipóteses em que as mercadorias “não tiveram entrada no estabelecimento, o que não foi caso”.

Sugere que, diante da impossibilidade de enquadrar a conduta da Recorrente no art. 42, V, ‘b’ da Lei nº 7.014/1996, uma vez que as mercadorias tiveram entrada no estabelecimento, a multa mais apropriada seria mesmo a prevista no art. 42, II, ‘f’, da Lei nº 7.014/1996, de 60% do valor do imposto, invocando sempre o Art. 112, inciso I do CTN.

Diz ainda que a fiscalização alega não haver impossibilidade de aplicar a penalidade de 60% prevista na alínea acima uma vez que não foi comprovada a parte “em que não haja dolo”.

Portanto, questiona, se não há possibilidade de aplicar a multa de 150% tendo em vista que houve efetiva entrada no estabelecimento e não haveria possibilidade de aplicar a multa de 60% pois não foi comprovada a ausência de dolo, está-se diante de uma dúvida acerca de qual penalidade ser aplicada diante do crédito indevido.

Diz que, resta caracterizado o vício no Auto de Infração, que se valeu de uma capitulação equivocada e afrontou o princípio da tipicidade cerrada e o disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional.

No tocante à Infração 02 menciona o Acórdão recorrido, “*No que concerne à infração 2, conforme muito bem observado pelo autuante, o autuado manteve-se silente, ou seja, nada impugnou (...).*”. Na verdade, a Recorrente não negou o fato ocorrido, mas impugnou a falta de proporcionalidade e razoabilidade da multa imposta. E esse argumento vale para as duas infrações.

Argumenta a Recorrente que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA) já pacificaram o entendimento no sentido de que são abusivas e confiscatórias todas as multas cujo valor é superior ao do tributo devido.

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

Nesse sentido, juntou-se jurisprudência suficiente no sentido de que as multas arbitradas acima de 100% do valor do tributo são afastadas em âmbito judicial, citando algumas decisões, tais como:

"TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral."

(STF; RE 833.106 AgR/GO, Min. Rel. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 25/11/2014 – nossos grifos)

AGRADO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA. MULTA FISCA APLICADA NO PERCENTUAL DE 150%. CONFIGURAÇÃO DE ABUSIVIDADE, Desproporcionalidade E CARÁTER CONFISCATÓRIO. Precedentes DO STF. REDUÇÃO PARA O PATAMAR DE 100% DO VALOR DEVIDO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO, VISTO QUE O ENTENDIMENTO ESTÁ PACIFICADO NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. DECISÃO REFORMADA. RECURSO Parcialmente PROVIDO. (TJ/BA; Agravo de Instrumento, 0017665-58.2016.8.05.0000, Relator(a): Silvia Carneiro Santos Zarif, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 20/12/2016 – grifos nossos)

Desta forma, alega evidente que a multa aplicada está em pleno desacordo com o entendimento do STF e do TJ/BA, devendo, portanto, ser reduzida.

Questiona a impossibilidade deste órgão apreciar o entendimento já pacificado pelo STF diante do art. 167, I do RPAF (Lei nº 7.629/1999) o qual dispõe que não cabe ao órgão julgador declarar a inconstitucionalidade de ato normativo e que não é vedado à administração apreciar matéria já pacificada em última instância pelo Poder Judiciário. O próprio art. 168 do RPAF dispõe sobre procedimento a ser adotado caso esteja sob análise do órgão julgador matéria já decidida em última instância pelo Judiciário e que a atividade administrativa deve ser pautada pelo princípio da eficiência de acordo com o art. 37 da Constituição Federal. A insistência em proferir decisões contrárias à jurisprudência vai de encontro a esse princípio.

Diante do exposto, a Recorrente requer:

- a) seja reduzida a multa de ofício para 50% do valor do tributo, conforme exposto acima;
- b) Subsidiariamente, que a multa aplicada à infração 01 seja a de 60%, pelo art. 42, II, ‘f’, uma vez que houve entrada da mercadoria no estabelecimento;
- c) Subsidiariamente, requer seja reduzida a multa para 100% do valor do tributo nos termos do entendimento pacífico no STF e, acaso não seja esse o entendimento, seja seguido o procedimento do art. 168 do RPAF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0178-01/18, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2018, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$171.689,00 acrescido de multas, pelo cometimento de 02 infrações, conforme a seguir discorrido.

Inicialmente, mister se faz destacar o previsto do Art. 112, inciso I do CTN, citado pela Recorrente.

CTN:

...
Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

Diante do exposto no citado dispositivo legal, é imperativo analisar aquilo que foi considerado pelo autuante e verificar se assiste razão à Recorrente.

Alega a Recorrente que a mercadoria ingressou no seu estabelecimento, sendo que, involuntariamente e sem dolo, ocorreu o registro em duplicidade das NF-e de entradas e por tais razões, a imposição da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “b” da Lei nº 7.014/1996, é incorreta.

Vejamos o que dizia o artigo 42, V, “b” da Lei nº 7.014/96 à época dos fatos e que serviu de base para aplicação da multa pelo autuante:

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

[...]

V - 150% (cento e cinqüenta 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;

Entretanto, a multa acima citada, foi reduzida a partir de 13/12/2019 para 100%, conforme abaixo transcrita:

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

[...]

V - 100% (cento 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;

Logo, em se tratando de um mero equívoco, no lançamento em duplicidade de documentos fiscais, em decorrência de um erro na escrituração fiscal, não significa dizer que a mercadoria não tenha entrado no estabelecimento, apesar de que, apenas uma entrada foi efetiva.

Conforme relatado pelo autuante que manteve a autuação e pela decisão de piso, 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, porém, é possível observar que a Recorrente lançou em duplicidade as notas fiscais e em um dos lançamentos, informou o modelo de documento “01” e não “55” que é o equivalente a nota fiscal eletrônica, porém os valores, emitente, data de emissão e produtos são os mesmos.

Diante destas alegações, acolho as argumentações da recorrente, visto que, houve um equívoco na escrituração fiscal, conforme identificado através da análise do EFD enviado ao Fisco e notas fiscais apresentadas pela Recorrente.

Pede a Recorrente que seja aplicada a multa prevista no Art. 42, II, “f, prevista para as operações diversas das previstas na Lei.

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

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

No caso em lide, entendo que não se aplica a multa prevista no Art. 42, Inciso V, “b” podendo ser

aplicada a multa prevista no disposto acima.

Já em relação a Infração 02 a Recorrente alega apenas a incorreção e desproporcionalidade da multa, decisões já amparadas pelo STF e TJ/BA.

Quanto ao pleito do pedido de dispensa/redução da multa, falece competência a esta Câmara de Julgamento Fiscal, haja vista que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, sendo certo que a competência desta CJF, limita-se a análise e decisão no que se refere à multa por descumprimento de obrigação acessória.

Apesar das argumentações da Recorrente em sua peça, não compete 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.

Desta forma, e diante de todo o exposto, uma vez que houve mero equívoco nas escriturações fiscais da Recorrente, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser aplicada a multa prevista no Art. 42, inciso II, “f” para as infrações 01 e 02.

Infração	Multa JJF	Multa após Julgamento CJF
01	150% (Art. 42, V, b)	60% (Art. 42, II, f)
02	150% (Art. 42, V, b)	60% (Art. 42, II, f)

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207103.0007/18-6, lavrado contra **BLUE CUBE BRASIL COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$171.689,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de Novembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

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