

PROCESSO	- A. I. N° 299314.0004/18-0
RECORRENTE	- WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAL DO NORDESTE LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0069-01/19
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 16/04/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0027-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. VENDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO COM A UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INTESTATADUAL. INFRAÇÃO 01. Este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade da multa de 60% e supostamente abusiva, para negar eficácia a comando normativo emanado de autoridade superior ou para reduzir ou cancelar penalidade por descumprimento de obrigação principal. 2. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO 02. Infração não impugnada no mérito. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA REVENDA EM OUTROS ESTADOS. RECOLHIMENTO A MENOR. INFRAÇÃO 03. Não comprovada a existência do alegado processo industrial. Operações com argônio e nitrogênio em estado líquido, substâncias inertes, insusceptíveis de reagirem quimicamente com outras ou de utilização como matéria prima ou produto intermediário. 4. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE AQUISIÇÕES NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. INFRAÇÃO 04. O art. 4º, § 4º da Lei n° 7.014/1996, presume a ocorrência de saídas tributáveis sem registro na escrita e, consequentemente, sem pagamento de ICMS, sempre que constatadas entradas não lançadas nos livros próprios, sejam elas tributáveis ou não. Indeferido o pedido de cancelamento. 5. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. ERRO. MULTA. INFRAÇÃO 05. Os auditores comprovaram que, em 25 de setembro de 2018, constava dos bancos de dados desta Secretaria da Fazenda, na DMA de fevereiro de 2016, a informação prestada pelo autuado, no campo “APURAÇÃO DO IMPOSTO – DÉBITO DO IMPOSTO – DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS”, da quantia diferente daquela indicada como correta na própria impugnação. Infrações 01 a 05 caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Negado o pedido de redução das multas, uma vez que não há elementos que permitam a avaliação do grau de culpabilidade do Contribuinte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Vencido voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado no dia 28/09/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$100.414,01, sob a acusação do cometimento das 05 (cinco) irregularidades a seguir discriminadas.

Infração 01 – Recolhimento a menor, em razão de vendas para não contribuintes localizados em outras unidades da Federação com a utilização da alíquota interestadual (anexo 02; janeiro a dezembro de 2015). R\$ 46.480,49 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais de uso e consumo (janeiro a dezembro de 2016). R\$ 9.729,31 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 03 – Recolhimento a menor da antecipação parcial, referente às aquisições em outros estados de mercadorias para revenda (anexo 04; fevereiro, junho a setembro, novembro e dezembro de 2015, janeiro, abril, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2016). R\$ 21.967,63 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (janeiro, março a agosto, outubro a dezembro de 2015, janeiro a junho e agosto a dezembro de 2016). Multa de R\$ 22.096,58, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/1996.

Infração 05 – Declarações incorretas nas informações econômico-fiscais apresentadas por meio de DMA (fevereiro de 2016). Consta o seguinte: “valor referente à diferença de alíquotas declarada em DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), campo Apuração do Imposto – Débito do Imposto, diferente do valor declarado na EFD (Escruturação Fiscal Digital), campo Demonstrativo do Valor Total dos Ajustes a Débito, referente a fevereiro de 2016. Vide anexo 06”. Multa de R\$ 140,00, prevista no art. 42, XVIII, “c” da Lei nº 7.014/1996.

Após a instrução processual, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois os autuantes expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao Princípio do Devido Processo Legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Nada impede que as intimações e notificações sejam endereçadas ao local especificado na peça defensiva. Todavia, em se tratando de Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, nenhuma irregularidade pode ser alegada, desde que observadas as normas dos arts. 108 a 110 do RPAF-BA/1999.

No que diz respeito à terceira imputação, o impugnante argumentou que se está a cobrar antecipação parcial sobre operações efetuadas com os códigos fiscais nºs 2.101 e 2.151 (CFOPs), ou seja, compras e transferências para industrialização, e não comercialização.

No demonstrativo de fls. 83 a 89, é possível notar que entre as operações autuadas, há diversas com argônio e nitrogênio em estado líquido, substâncias inertes, insusceptíveis de reagirem quimicamente com outras ou de utilização como matéria prima ou produto intermediário, ao contrário do que tentou fazer crer o impugnante.

Eventual erro no enquadramento de Códigos Fiscais (nºs 2.101 e 2.151), não descaracteriza a natureza dos fatos. Não foi apresentada a comprovação da existência do suposto processo industrial com itens auditados.

Segundo o defendente, não houve divergência entre o valor declarado a título de diferenças de alíquotas na DMA e na EFD (infração 05), reproduzidas às fls. 126/127. Em todas as declarações, a quantia destacada, conforme alegou, foi de R\$ 4.711,42.

Todavia, os auditores comprovaram que em 25 de setembro de 2018, constava dos bancos de dados desta Secretaria da Fazenda, na DMA de fevereiro de 2016, a informação prestada pelo autuado, no campo “APURAÇÃO DO IMPOSTO – DÉBITO DO IMPOSTO – DIFERENÇA DE ALÍQUOT.”, da quantia de R\$ 4.450,37, diferente daquela indicada como correta na própria impugnação, de R\$ 4.711,42 (documento de fl. 95).

Este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade da multa de 60% das infrações 01

a 03, supostamente abusivas, para negar eficácia a comando normativo emanado de autoridade superior, ou para reduzir ou cancelar penalidade por descumprimento de obrigação principal (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Não é este o foro para suscitar a impossibilidade da instituição de multa com base em percentual sobre os valores das operações, quando a obrigação acessória descumpriada não acarreta dano ao Erário (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999; infração 04).

Indefiro o pedido de cancelamento ou redução da multa da infração 04.

Um dos requisitos para que isso ocorra, é que do descumprimento de obrigação acessória não tenha resultado a falta de recolhimento do tributo. O art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/1996 presume a ocorrência de saídas tributáveis sem registro na escrita e, consequentemente, sem pagamento de ICMS, sempre que constatadas entradas não lançadas nos livros próprios, sejam elas tributáveis ou não tributáveis.

Infrações 01 a 05 caracterizadas.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base no que alega:

Inicialmente informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

Preliminarmente aduz a nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional e no art. 18 do Decreto nº 7.629/1999, que regulamenta o Processo Administrativo Tributário no âmbito da SEFAZ/BA.

No mérito, quanto à infração 03, alega a inexistência de recolhimento a menor de ICMS sobre mercadorias adquiridas de outras unidades da federação para fins de comercialização. Salienta a recorrente que, conforme indicado no anexo 4 do Auto de Infração, a diferença sinalizada pelo Fiscal refere-se a operações realizadas com a utilização dos CFOP's 2.101 e 2.151, que se referem a operações de industrialização, sendo que nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014/1996, a antecipação parcial do imposto será exigida na aquisição interestadual para fins de comercialização.

Logo, considerando que as operações objeto da “infração 3” do lançamento são relativas aos CFOPs 2.101 e 2.151, que se referem à aquisição de bens para industrialização, entende a Recorrente que não está sujeita ao recolhimento parcial de que trata o art. 12-A da Lei nº 7.014/1996. Neste esteio, mostra-se insubstancial a cobrança decorrente da “infração 3” objeto do lançamento fiscal em debate, razão pela qual deve ser reformado o Acórdão JJF nº 0069-01/19 e, por conseguinte, cancelado o Auto de infração nº 299314.0004/18-0.

Na infração 05 alega ausência de divergência entre o valor declarado a título de diferença de alíquota (DIFAL) na declaração e apuração mensal do ICMS (DMA) e na escrituração fiscal digital (EFD).

Apresenta a análise da escrita fiscal, a qual afirma que demonstra que o valor indicado a título de DIFAL é absolutamente o mesmo (R\$4.711,42) em todas as suas declarações. Assim, entende que deve ser reformado o Acórdão JJF nº 0069-01/19 e, consequentemente, cancelada a multa aplicada na Infração nº 5.

Afirma que as multas das infrações 1, 2 e 3 são abusivas e confiscatórias.

Na infração 04, aduz a impossibilidade de instituição de multa com base no valor da operação, quando a obrigação acessória descumpriada não acarretar qualquer dano ao erário. Deste modo, requer que a multa aplicada pela D. Fiscalização e mantida no Acórdão JJF nº 0069-01/19 deve ser integralmente cancelada tendo em vista a impossibilidade de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que não acarreta qualquer dano ao erário, com base em percentual do valor da operação.

Por fim, requer seja julgado procedente o presente Recurso Voluntário, para que seja reformado o Acórdão JJF nº 0069-01/19 e cancelado o Auto de Infração nº 299314.0004/18-0, com o consequente arquivamento do presente Processo Administrativo.

Requer, ainda, a juntada de documentos adicionais e a requisição de cópias de documentos e

informações de quaisquer outros processos que se revelarem necessários à comprovação das alegações fáticas constantes no presente Recurso Voluntário, bem como seja autorizada a realização de sustentação oral de suas razões de defesa perante este órgão quando da inclusão do feito em pauta para julgamento, sendo que referida sustentação será realizada por um dos advogados constituídos.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, quanto à nulidade apontada pela recorrente, observo que o PAF encontra-se revestido de todas as formalidades legais, com a descrição da infração, o devido enquadramento legal e os demonstrativos fiscais que ensejaram o presente Auto de Infração.

Nulidade superada.

No mérito da infração 03, a qual imputa ao sujeito passivo o cometimento de recolhimento a menor da antecipação parcial referente às aquisições em outros estados de mercadorias para revenda, não merece reforma a decisão de piso.

Em que pese o entendimento da recorrente de que não caberia a aplicação do art. 12-A da Lei nº 7014/96 pelo fato das operações serem de industrialização e não de comercialização, vislumbro, através da EFD do contribuinte constante no Anexo 07, que existem operações de entrada e de saída dos mesmos produtos, nas mesmas condições, não havendo prova de que a recorrente industrializa os itens autuados.

Infração 03 mantida.

A infração 05 versa sobre a diferença de alíquotas declarada em DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), campo Apuração do Imposto – Débito do Imposto, diferente do valor declarado na EFD (Escrituração Fiscal Digital). A recorrente afirma que o valor indicado a título de DIFAL é absolutamente o mesmo (R\$4.711,42) em todas as suas declarações.

Todavia, conforme documento apresentado pela fiscalização à fl. 95 demonstra que em 25/06/2016, no campo APURAÇÃO DO IMPOSTO – DÉBITO DO IMPOSTO – DIFERENÇA DE ALÍQUOTA, o valor apontado era de R\$4.450,37, diferente do mencionado pela própria recorrente (R\$4.711,42), razão pela qual entendo pela Procedência da infração 05.

No pertinente às multas aplicadas nas infrações 1, 2 e 3, observo que as mesmas dizem respeito a descumprimento de obrigação principal, falecendo competência a este Conselho Administrativo fazer qualquer análise de cancelamento/redução das mesmas. Ademais, conforme dispõe o art. 167, I e III do RPAF-BA/1999, este órgão julgador não tem competência para decidir sobre constitucionalidade/ilegalidade.

Quanto à infração 04, que diz respeito a entradas não tributáveis sem registro na escrita, faz jus a recorrente a redução da multa aplicada, tendo em vista que ao tempo da interposição do presente Recurso Voluntário ainda estava em vigor o art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96 bem como o art. 158 do RPAF os quais permitiam a redução da multa aplicada desde que restassem demostrados a ausência de dolo, fraude ou simulação e a ausência de prejuízo ao Erário, o que é o caso.

Nesta senda, tendo em vista o ilícito cometido e a necessidade de uma aplicação pedagógica e razoável da penalidade investida, entendo pela redução da multa em 50%, devendo a infração ser alterada para o valor de R\$11.048,29.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reconhecendo a redução da infração 04 em 50% e, quando as demais infrações impugnadas, mantenho-as nos moldes da decisão de piso.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia à nobre relatora para apresentar entendimento divergente, especificamente naquilo que se refere à redução da multa aplicada, nos termos em que segue.

Reduz a multa, a Relatora, ao fundamento de que não ficou provado o dolo, a fraude ou a

simulação, olvidando-se de que a responsabilidade por infrações independe da intenção do agente, nos termos do art. 136 do CTN, abaixo transcrito.

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

Ora, se a omissão no registro das notas fiscais de entrada restou caracterizada, a redução da multa somente se viabiliza se ficar provada, ausência de dolo, fraude ou simulação, bem como que a conduta infratora não tenha implicado em descumprimento de obrigação principal, conforme art. 158 do RPAF, ainda vigente quando da interposição da peça impugnatória.

“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 (grifo acrescido) que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Nesse sentido, a dúvida (ou a ausência de provas) não favorece o Contribuinte, pois não se trata de aspecto que integre o tipo infracional, mas de elemento ou condição *sine qua non* para a redução da sanção já estabelecida pela norma legal.

Ora, como não há provas nessa direção, aspectos que sequer foram objetos de debate, não vejo como se reduzir a multa aplicada à metade do seu valor, medida para a qual se faz necessário encontrar razões plausíveis.

Assim, peço vênia para votar contrariamente ao pedido de redução da multa, e, por conseguinte, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299314.0004/18-0, lavrado contra WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAS DO NORDESTE LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$78.177,43, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$22.236,58, previstas nos incisos XI e XVIII, “c” do referido artigo e Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, José Rosenvaldo Evangelista Rios e Anderson Ítalo Pereira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS