

PROCESSO - A. I. Nº 269132.0001/20-5
RECORRENTE - MESSER GASES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0183-04/20-VD
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/09/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0201-11/21-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Razões de defesa não elidem a autuação. É aplicada a multa de 1% (um por cento), do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço, que tenham entrado no estabelecimento ou que por eles tenham sido utilizados, sem o devido registro na escrita fiscal. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2020, que exige o valor de R\$117.458,52, inerente aos anos de 2016 e 2017, em razão da seguinte irregularidade, objeto do Recurso:

INFRAÇÃO 02 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal dos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativos de fls. 28/71 dos autos (Anexo II). Lançada Multa no valor de R\$96.527,72, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 e multa tipificada no art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96.

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$20.930,80, relativo a uma irregularidade; e por multa acessória, no montante de R\$96.527,72, relativo, também, a uma outra irregularidade, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$117.458,52, sendo todas as duas impugnadas.

A infração 1 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 12/27 dos autos. Consta da descrição dos fatos que se trata das entradas destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento e que foram equivocadamente registradas como insumos (Anexo IA e IB). Lançado ICMS no valor de R\$20.930,80, com enquadramento no art. 29, § 1º, inc. II e art. 53 da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” do mesmo diploma legal.

Consigna o sujeito passivo que, no caso em tela, em relação ao demonstrativo de débito da infração 1, os autuante consideraram como indevidos os créditos apropriados pela empresa em relação aos itens de produtos enumerados no Anexo I, sob a perspectiva de que seriam destinados ao ativo fixo ou consumo do seu próprio estabelecimento e que foram equivocadamente registrados como insumo, o que não pode prevalecer.

Para melhor contextualização, observa que produz e comercializa gases industriais e medicinais. Além disso, diz efetuar venda de centrais distribuidoras de gases, o que compreende além dos equipamentos, a instalação completa da infraestrutura para que as empresas possam receber os gases.

Destaca que essas atividades se encontram previstas no objeto social, conforme destaque a seguir extraído do seu Contrato Social:

“i) Fabricação, industrialização, comercialização, armazenamento, distribuição, expedição, importação e exportação de: (a) gases industriais; (b) gases medicinais; (c) plantas produtoras de gases; (d) unidades geradoras de gases; (e) centrais de distribuidoras de gases; e (f) aparelhos e equipamentos para solda e corte;”

Diz que, como se nota, além da produção e comercialização de gases, também efetua a venda dos equipamentos

necessários à utilização dos gases, dentre os quais a central de distribuição de gases. Essa venda compreende não só os equipamentos que compõe a central como também a sua instalação no estabelecimento dos clientes.

Pontua que esse é o caso, por exemplo, das instalações de ligação do ponto de abastecimento no tanque de gás na porta de um hospital até o ponto final na sala de UTI, em que toda essa estrutura é denominada central de gases.

Consigna que os itens glosados no Anexo I, mais especificamente ANEXO IA, às fls. 12 a 26 dos autos - “compressores”, “válvulas”, “terminais”, “manômetros”, “placas de sinalização” - são peças e partes de central de distribuição de gases que vende para hospitais, clínicas e também empresas.

Diz que essa operação é denominada como “venda da central de gases”, em que instala toda infraestrutura necessária para adequada utilização dos gases, seguindo as normas técnicas aplicáveis.

Registra que, a fim de corroborar os argumentos supra, junta os autos: “planilha” contendo a relação dos componentes utilizados na instalação das centrais e as notas fiscais que comprovam a operação (doc. 3).

Diz que, cotejando os documentos mencionados no parágrafo anterior, percebe-se que venda da central envolve diversos componentes (tubos, conexões, serpentinas, terminais médicos, etc), que são exatamente os itens glosados pela fiscalização. Entre esses documentos, aduz destacar a lista técnica da central de gases, em que contém, de forma pormenorizada, os itens que pertencem a central de gases (doc. 4).

Pontua que os itens mencionados na lista técnica, são exatamente os que foram autuados pela fiscalização como bens para uso e consumo quando, na realidade, compõem toda a estrutura da central de gases.

Friza que as saídas das centrais são tributadas pelo ICMS, de modo que não há qualquer impeditivo legal à tomada de crédito dos itens que a compõem.

Em sede de Informação Fiscal, os agentes Fiscais Autuantes registram que, de fato, o objeto da alegação foi constatado pelos mesmos, através de suas notas fiscais e saídas operações de venda de centrais de gases, documentos esses, inclusive, anexados pela autuada em sua defesa.

Consignam que os produtos analisados isoladamente possuem características de ativos e material de uso / consumo no ambiente industrial, razão pela qual os consideraram como passíveis de exigência de recolhimento de diferença de alíquotas quando da lavratura do auto de infração.

Agora, com o entendimento da função dos itens de produtos, objeto do demonstrativo de débito da infração 1, no processo produtivo da empresa, devidamente explicados na peça de defesa, reconhecem caber um enquadramento diverso do comum do ponto de vista fiscal, e o que poderia ser considerado como ativo permanente ou material uso consumo passa a ter um tratamento fiscal de insumo, e foi o que ocorreu quando os mesmos foram utilizados na montagem de centrais de gases, sendo incorporados ao produto final.

Dizem que, como as centrais de gases são produto acabado da empresa, e esses materiais em lide são utilizados na sua montagem, então, reconhecem que de fato os mesmos podem ser caracterizados como insumo.

Concluem assim, acatando as argumentações apresentadas pela autuada, de que não é devido o recolhimento do ICMS diferença de alíquota, acolhendo a tese de defesa da autuada e pugnam pela improcedência da infração 1.

Neste contexto, não vendo nada que desabone a conclusão dos agentes Fiscais Autuantes, voto pela insubstância da infração 1, por entender, também, que resta razão à tese de defesa de que, os produtos considerados pelos autuantes como ativo e materiais de uso / consumo, são insumos utilizados na montagem de centrais de gases construídas pela defendant, para posterior venda a seus clientes, ensejando a aplicação dos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96, que autorizam o crédito de aquisição de mercadorias do processo produtivo, de bem que será comercializado posteriormente. Infração 1 insubstancial.

A infração 2 diz respeito à entrada, no estabelecimento do Contribuinte Autuado, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal dos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativos de fls. 28/71 dos autos (ANEXO II). Lançada Multa no valor de R\$96.527,72, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 e multa tipificada no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Assim dispõe a redação atual do art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96, dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, efeitos a partir de 22/12/17:

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

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, **mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;** (Grifo acrescido)

A redação anterior dada ao inciso IX do caput do art. 42 pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos de 11/12/15 a 21/12/17, vigente à época dos fatos geradores, abarcava apenas os produtos sujeitos à

tributação como abaixo destacado, diferentemente da redação atual que abarca tantos os produtos sujeitos a tributação como os produtos não sujeitos à tributação ou com tributação encerrada:

“IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;” (Grifo acrescido)

A tipificação da multa aplicada, pelo cometimento da infração 2, caracterizada na inicial dos autos, vigente à época dos fatos, era dada pela redação do inciso XI do caput do art. 42 pela Lei 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03, efeito de 30/12/03 a 27/11/07, como abaixo destacado, vez que a legislação baiana separava a multa por produtos sujeitos à tributação e produtos não sujeito à tributação, com graduação da multa em percentuais diferentes, todavia, em relação a produtos não sujeitos à tributação, que é o objeto da autuação, o percentual, com a unificação hoje vigente, era o mesmo, ou seja, 1% do valor comercial da mercadoria não tributável, entrada no estabelecimento do sujeito passivo sem o devido registro na escrita fiscal:

“1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;”

Pois bem! sobre o percentual da multa aplicada não há controvérsia nos autos, a lide reside na arguição do sujeito passivo de que existe apenas o relatório emitido pelo SIAF, com a relação de notas fiscais emitidas por diversas empresas contra a Impugnante, mas sem qualquer comprovação que tenha lastro em operações efetivamente praticadas.

Pontua a defesa, que o expediente utilizado pelos agentes Fiscais Autuantes é totalmente ilegal e arbitrário, por não ter comprovado durante o curso da fiscalização, que as notas fiscais relacionadas no Anexo II foram, de fato, recebidas pela unidade do Município de Simões Filho, Estado da Bahia, inscrita no Cadastro de Contribuinte da SEFAZ sob o nº 65.247.299 e CNPJ 60.619.202/0009-03, unidade autuada.

Não vejo na legislação qualquer dispositivo que determine o agente Fiscal, no curso dos trabalhos da ação fiscal, apresentar relação de notas fiscais não lançadas na escrita fiscal do contribuinte auditado.

Cabe, sim, quando do encerramento da Fiscalização, identificando a ocorrência de tal situação, efetuar o lançamento da imposição da multa acessória de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como dispõe o art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96, com o indicativo no demonstrativo, que fundamenta a autuação, da data de emissão do documento fiscal, número, chave de acesso, CNPJ do emitente do documento fiscal, unidade da Federação de origem, o valor contábil do bem, entre outros dados, a exemplo do CFOP, que possibilite o sujeito passivo a se defender da acusação, em conformidade com o princípio da ampla defesa e do contraditório, como assim assertivamente procederam os Autuantes.

Vê-se, à fl. 73, Termo de Intimação, ao Contribuinte Autuado, para tomar ciência e efetuar o pagamento ou contestação do Auto de Infração, em tela, na forma do art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto 7.629/99, por DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, com data de postagem em 17/04/2020 e data de ciência em 27/04/2020, tendo a indicação de 60(sessenta) dias para apresentar defesa, o que assim procedeu através do Processo SIPRO nº 051669/2020-8, com cadastramento na pasta SAT/DAT/METRO/CPAF em 26/06/2020, de forma tempestiva.

Compulsando detidamente a peça de defesa, não observo qualquer registro que possa levar dúvida, de qualquer das operações constantes do demonstrativo de débito (ANEXO II), quanto à entrada das mercadorias no estabelecimento da Impugnante, o que, neste aspecto, de pronto refuto o pedido de diligência aventado pelo Contribuinte Autuado, nos termos do artigo 147, inc. I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, por considerar suficiente, para a formação de minha convicção, os elementos contidos nos autos.

Ademais, como os próprios Autuantes destacaram, em sede de Informação Fiscal, as operações relacionadas ao CFOP 5.557, 6.552 e 6.557, que diz respeito à transferência entre estabelecimento, o Contribuinte Autuado, não nega a transferência entre estabelecimento do mesmo contribuinte, sua arguição é de que tais operações não configuram hipótese de incidência de ICMS e, portanto, a imposição de multa pela não escrituração dessas operações não poderia prevalecer, tendo em vista a ausência de prejuízo financeiro ao fisco.

Não vejo restar razão ao defendente em tal arguição, pois não se trata de exigência de imposto e sim de exigência de multa configurada por descumprimento de obrigação acessória por falta de registro da operação no livro fiscal competente do Contribuinte Autuado, que em nada descharacteriza o cometimento da infração a intenção do infrator.

Por fim, vejo que o defendente traz arguição de cobrança da multa sobre remessa ou retorno de vasilhames, sob o manto de que estão, os Autuantes, impondo multa em operações não tributadas pelo ICMS.

De fato, não há controvérsia entre as partes de que se está cobrando multa sobre operações de remessa de vasilhames (CFOP 5.920) ou retorno de vasilhames (CFOP 5.916), ou mesmo devoluções de vasilhames (CFOP 5.921), ou remessa de mercadorias por conta e ordem de terceiros (CFOP 6.923), ou outras saídas de

mercadorias ou prestação de serviço não especificado (CFOP 6.949). Entretanto, há de se destacar, que art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como acima destacado, não faz separação de qual tipo de operação incide a multa por descumprimento da obrigação acessória de seu registro nos livros fiscais próprio.

A disposição do inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 é clara, ou seja, será aplicada a multa de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, sendo que os Fiscais Autuantes cumpriram os seus deveres funcionais em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia. Infração 2 subsistente.

Por fim, quanto à pretensão que todas as notificações e intimações sejam enviadas à Rua Iguatemi, 192, conjunto 231/232, CEP 01451-010, São Paulo, (SP), e veiculadas exclusivamente em nome do Dr. Jamil Abid Junior, portador da OAB/SP nº 195.351, sob pena de nulidade. Há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108 do RPAF/BA, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

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

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso, alegando o que segue.

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

Tendo em vista que a infração 01 foi cancelada pela decisão de primeiro grau, a recorrente insurge-se contra a infração 02, aduzindo que as operações relacionadas no anexo II não foram praticadas pela recorrente. Inequívoca falta de comprovação pela fiscalização de que tais notas fiscais se referem a mercadorias entregues na unidade de Simões Filho.

Afirma a recorrente que parte substancial das notas fiscais, emitidas contra ela, não foram recepcionadas, sendo certo que não tem conhecimento a que se referem, caso dos itens 5162/6102, 5920, 5921, 5916, 6919, 6923 e 6949, não tendo o auditor fiscal juntado aos autos nenhum documento comprobatório que confirme a efetivação da entrada das referidas notas fiscais e as notas fiscais de transferência entre estabelecimentos de um mesmo titular, caso do CFOP 6552 e 5557/6557, não configuraram hipótese de incidência de ICMS, não podendo prevalecer multa pela não escrituração, já que não houve prejuízo ao erário.

Alega a recorrente que desconhece completamente as notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, salvo aquelas que digam respeito a transferência entre seus próprios estabelecimentos.

Entende que caberia ao auditor ter intimado a emitente das notas fiscais para comprovar que as operações a que se referem às notas fiscais e, acima de tudo, a recepção das mercadorias pela recorrente, mediante juntada dos comprovantes de recebimento tais como canhoto de DANFES assinados, romaneios, etc.

Salienta que não há no processo nenhum documento que confirme que uma sequer das notas fiscais relacionadas pela fiscalização foi efetivamente entregue à recorrente.

Assevera ser uma prova impossível comprovar que as notas fiscais relacionadas no anexo II não foram entregues em sua unidade e assevera ser do auditor o ônus de provar que tais notas foram entregues e que as mercadorias ingressaram no estabelecimento da recorrente.

Segue alegando que operações tributadas não podem servir de base de cálculo para imposição de multa fiscal, tendo a autuação equivocadamente entendido que houve omissão de entrada equiparando vasilhame e bens do ativo fixo a mercadoria. Apresenta decisão judicial que inviabiliza a aplicação de multa em operações de remessas de vasilhames e bens do ativo fixo, tendo em vista que se trata de operação nitidamente isenta do ICMS.

Assim, requer realização de diligência e, por fim, seja parcialmente reformada a decisão de piso para que seja também cancelada a infração 02.

VOTO

O Auto de Infração em lide, imputa ao contribuinte o cometimento de duas infrações, sendo

objeto de análise tão somente a infração 02, já que a infração 01 foi cancelada pela Junta de Julgamento Fiscal, e não houve Recurso de Ofício.

A infração 02 versa sobre a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, ocasionada pela falta de registro na escrita fiscal nas operações de entrada de mercadorias no estabelecimento da recorrente.

Quanto ao pedido de diligência suscitado, entendo que este não deve prosperar, por considerar suficiente para a formação da convicção dos julgadores os elementos contidos nos autos, nos termos do que preconiza o artigo 147, inc. I, “a” do RPAF/99.

Ademais, o contribuinte repisa no recurso as mesmas razões de defesa já rebatidas pela Junta de Julgamento Fiscal na Decisão recorrida, a qual, entendo não merecer qualquer reparo.

A recorrente manifesta sua insatisfação, quanto à produção de prova contrária de operações que afirma não reconhecer. Todavia, vale ressaltar que as operações aqui questionadas refletem o relatório emitido pelo SIAF, o qual, apresenta a relação de notas fiscais emitidas por diversas empresas contra a contribuinte, cabendo, deste modo, a esta a contraprova do quanto demonstrado.

Ademais, os CFOPs e as afirmações trazidas não têm o condão de elidir a acusação, já que não está sendo cobrado o imposto, mas sim, multa acessória por descumprimento de falta de registro fiscal nas entradas de mercadorias, sejam elas tributadas ou não, no estabelecimento autuado, conforme disposição do inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Assim, a infração 02 resta subsistente nos moldes da decisão de piso, motivo pelo qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269132.0001/20-5**, lavrado contra **MESSE** **GASES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$96.527,72**, prevista no Art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

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