

A. I. N° - 269132.0004/14-0
AUTUADO - BRASKEM S.A.
AUTUANTES - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 11/09/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0196-03/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o impugnante deixou de debitar em sua EFD o imposto destacado nas notas fiscais de saídas elencadas no levantamento fiscal. O autuado não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE LANÇAMENTO NOS REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD do autuado. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Excluída do levantamento fiscal nota fiscal cuja escrituração restou comprovada nos autos. O débito foi reduzido. Infração procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração em lide, lavrado em 04/06/2014, foi efetuado lançamento exigência do crédito tributário no valor total de R\$1.289.474,50 em decorrência do cometimento das infrações a seguir relacionadas.

Infração 01 - 03.01.04 - Falta de recolhimento do ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, nos meses de junho e novembro de 2011, no valor de R\$28.544,32, acrescido de multa de 60%. Consta que: “O contribuinte deixou de se debitar em sua EFD dos valores de ICMS destacados nas notas fiscais de saída números 41655, 41656, 41657 e 48516. Conforme se pode observar nas cópias de Danfes que integram o Anexo 1, o contribuinte destacou ICMS normalmente nas notas fiscais acima enumeradas. Ocorre que a ora autuada não se debitou dos correspondentes valores de ICMS em sua Escrituração Fiscal Digital, vide comprovações abaixo em separado:...”;

Infração 02 - 16.01.02 - Entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor tributável, no valor de R\$1.260.930,18. Consta que “O contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias não sujeita à tributação, conforme demonstrativo constante do anexo II.”

O impugnante, por meio de advogado, com procuração às fls. 42 e 43, apresenta defesa às fls. 27 a 35. Inicialmente, observa a tempestividade da impugnação e reproduz o teor dos itens que compõem a acusação fiscal, em seguida articula as ponderações sintetizadas abaixo.

No que diz respeito à infração 01 informa que está envidando esforços para identificar os esclarecimentos/documentos necessários para comprovar a improcedência desse lançamento, mas ainda não obteve êxito. Deste modo, informa que, com fulcro nos princípios da verdade

material e do informalismo do processo administrativo fiscal, requer que esta Junta de Julgamento Fiscal aprecie os esclarecimentos/documentos que carreará nos presentes autos, demonstrando a total insubsistência dessa cobrança.

Quanto à infração descrita no item 02, até o presente momento assinala que não conseguiu identificar em sua escrituração fiscal todos os registros supostamente omitidos da sua EFD, listadas no Anexo II do Auto de Infração. Sustenta estar convicto de que todas as notas fiscais elencadas no levantamento fiscal ou, ao menos a sua imensa maioria, foram sim escrituradas, a exemplo da Nota Fiscal nº 1710, que consta lançada em sua EFD de agosto de 2011, fl. 50.

Afirma que a constatação do registrado em sua EFD da citada nota fiscal denota que o levantamento fiscal pode conter outros erros, pelo que se compromete a continuar as buscas dos registros das notas em sua escrita fiscal e carrear aos autos as provas que conduzirão ao afastamento da penalidade tão logo as localize. Requer, desde já, que a operação com a Nota Fiscal nº 1710 seja excluída do cômputo da multa lançada.

Observa que, mesmo não logrando identificar todos os registros ou parte deles, ainda assim, não pode prevalecer a penalidade imposta por meio do item 02 da autuação por afrontar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que a infração aparentemente cometida pela Impugnante não decorreu de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada, tampouco gerou falta de recolhimento do ICMS devido.

Neste contexto, em que pese a lisura com que o Auditor Fiscal autuante conduziu os seus trabalhos, assevera sua discordância das infrações que lhe foram imputadas. Prossegue esclarecendo que através do item 02 do Auto de Infração, a fiscalização pretende exigir o pagamento de multa, capitulada no art. 42, inciso XI, da Lei n.º 7.014/96, correspondentes a 1% do valor comercial do bem ou da mercadoria, que tenha entrado no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal. Afirma que os prepostos fazendários justificam tal exigência por suposto descumprimento da legislação do ICMS, especificamente no que tange à obrigatoriedade de registrar, no livro de Registro de Entrada, o ingresso das mercadorias apontadas nas notas fiscais indicadas no Anexo II da peça acusatória.

Pondera que, apesar de sua convicção da lisura dos seus procedimentos de escrituração fiscal continua investigando os motivos pelos quais as notas fiscais não foram identificadas pelos autuantes em sua EFD. Sustenta que, mesmo na hipótese de restarem confirmados eventuais falhas na escrituração das entradas das mercadorias, não pode o Fisco Estadual lhe exigir a multa cominada sem levar em consideração as circunstâncias que permeiam o cometimento da infração, sob pena de desnortear o propósito universal da aplicação da multa, que é o de punir o infrator na exata medida da sua culpabilidade.

Explica que a aplicação da sanção tributária deve sempre guardar um vínculo com o objetivo da sua imposição, posicionando-se de forma proporcional entre o quantum da multa e o valor do tributo, bem como se atrelando ao grau de culpabilidade do agente.

Reproduz trecho dos ensinamentos do jurista, Helenilson Cunha Pontes, para ilustrar sua tese de que a multa deve ser utilizada como forma de desestimular o ilícito e punir o infrator, não devendo consistir num simples meio para que o Estado lance mão do patrimônio do contribuinte, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade, que veda justamente o excesso das sanções, na medida em que elas extrapolem a sua finalidade e, mais do que isso, reclama a cada momento a correta adequação entre as regras de direito e o meio concreto a que elas se referem.

Frisa que para evitar excessos é que, através do §7º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, reproduzido pelo art. 158, do RPAF-BA/99, o legislador concedeu ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator em função do grau da sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário. Transcreve o dispositivo legal para destacar que o cancelamento da multa pelo órgão julgador está condicionado ao atendimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) a penalidade deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; (ii) a conduta infratora

não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação; e (iii) a infração não pode ter implicado falta de recolhimento do imposto.

Observa que mesmo admitindo-se que a infração tivesse sido praticada, não há dúvidas de que a obrigação descumprida constitui uma obrigação acessória, já que, conforme estabelece o §2º, do art. 113, do CTN, tem por objeto uma prestação positiva de apresentar informações ao Fisco e não se confunde com a obrigação principal que tem por objeto o pagamento do tributo.

Diz ser inquestionável que sua conduta não foi praticada com dolo, fraude ou simulação; mas sim, decorreu de falha cometida pelos seus prepostos, que, por um lapso, deixaram de escriturar no livro Registro de Entrada algumas das notas fiscais referentes a entradas ocorridas no período fiscalizado.

Ressalta ser uma empresa de grande porte, que possui diversos estabelecimentos e que realiza milhões de operações de entradas de mercadorias. Assevera que, a despeito de estar atenta ao cumprimento das suas obrigações tributárias, acaba ficando suscetível de cometer erros diante do enorme volume de operações praticadas, como foi o caso do objeto da presente autuação (falta de escrituração de algumas notas fiscais de entrada). Continua observando que tal ocorrência está longe de configurar uma conduta dolosa, fraudulenta ou simulada, pois apenas houve uma simples falta de cumprimento de dever instrumental, que, inclusive, não lhe trouxe qualquer vantagem

Destaca que sempre mantém sua escrituração fiscal regular, asseverando não haver qualquer razão para deixar de registrar as entradas não tributáveis, tendo em vista que isso em nada lhe oneraria. Prossegue frisando que tanto é assim, que na peça acusatória, em momento algum o descumprimento da comentada obrigação acessória foi vinculado à hipótese de prática de dolo, fraude ou simulação.

Assinala que, caso constatada a infração, o Erário não terá sofrido qualquer prejuízo em razão da não escrituração de algumas poucas entradas nos seus livros de Registro de Entrada, já que, no presente caso, as operações sequer eram tributadas.

Afirma não restarem dúvidas que as notas fiscais de entrada listadas no Anexo II, fls. 10 a 154, que deixaram de ser escrituradas, o foram apenas por uma simples falta de cumprimento de dever instrumental, praticado sem dolo, fraude ou simulação.

Sustenta que todos os requisitos autorizadores do cancelamento da multa, impostos pelo §7º, art. 42, da Lei n.º 7.014/96 foram devidamente atendidos, pelo que, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cabe a esta Junta de Julgamento cancelar a penalidade imposta neste item do Auto de Infração.

Ressalta que o CONSEF vem aplicando em diversos julgados a previsão contida no §7º, art. 42, da Lei n.º 7.014/96, para cancelar/reduzir as penalidades aplicadas sobre condutas que preencham os requisitos previstos no aplaudido dispositivo legal, conforme se pode observar da decisão exarada no Acórdão CJF N° 0411-12/13, cujo trecho do voto reproduz.

Registra que, diante da ausência de dolo, fraude ou simulação quando da prática do ato omissivo e em razão da não ocorrência de falta de recolhimento de imposto ao Fisco baiano e, em estrita obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se que seja cancelada ou, ao menos, reduzida a penalidade aplicada por meio desta vergastada autuação.

Protesta pela juntada posterior de documentos e apresentação de esclarecimentos complementares.

Requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Os autuantes ao prestar informação fiscal, fls. 52 a 55, depois de transcrever o teor das infrações e resumir as razões de defesa alinhadas pelo impugnante, aduzem os seguintes argumentos.

No que diz respeito à Infração 01 observam que o texto descritivo desse item da autuação já esclarece, por si só, a situação fática que ensejou o lançamento de ofício, qual seja: o contribuinte deixou de se debitar em sua EFD dos valores de ICMS destacados nas Notas fiscais de Saída de nºs 41655, 41656, 41657 e 48516.

Afirmam que nos registros C100 e C190, presentes nas linhas 6945 a 6950 do arquivo transmitido pelo contribuinte, de nome F0070653_SRF+SRF1_EFD_003-9929-SpedEFD-42150391001738-01377354-0-201106-18072011171554-004-18072011173237.txt, demonstra que não houve o débito de ICMS correspondente na EFD, em relação às Notas Fiscais de nºs 41655, 41656, 41657. Quanto à Nota Fiscal nº 48516, sustentam também que nos registros C100 e C190, presentes nas linhas 7622 e 7623 do arquivo transmitido pelo contribuinte, de nome F0228787_SRF+SRF1_EFD_003-9929-SpedEFD-42150391001738-01377354-1-201111-26042013194401-004-26042013201114.txt, que não houve o débito de ICMS correspondente na EFD.

Assinalam que o autuado em sua impugnação reconhece o cometimento da infração.

Destacam que a escrituração digital comprovando a falta do débito foi transcrita no corpo do auto de infração e em CD-ROM, e entregues ao autuado.

Asseveram ter restado comprovado nos autos pela fiscalização e reconhecido pelo autuado o cometimento da infração e concluem pugnando pela procedência da infração 01.

Ao cuidar da infração 02, de início, afirmam que reconhecem o cabimento de se excluir do demonstrativo de débito a única nota fiscal que foi de fato escriturada na EFD, qual seja, a Nota Fiscal nº 1710, no valor de R\$110.250,00. Ressaltam que nestes termos, o débito oriundo da infração deverá ser reduzido de R\$1.260.930,18 para R\$1.259.827,68.

Registram que não há que se falar em afronta ao princípio da proporcionalidade quando a penalidade é de apenas 1% sobre o valor econômico da operação não escriturada.

Observam que em relação à alegação de afronta ao princípio da razoabilidade, por não ter havido dolo ou prejuízo ao Erário, lembram que a cominação de penalidade para a infração em foco foi criada pelo legislador justamente para os casos em que o Erário não foi lesado. Frisam que, caso contrário, o enquadramento se daria pela presunção de omissão de saídas tributadas, com cuja receita seria possível a aquisição da mercadoria que deixou de ser registrada.

Em referência a alegada à inexistência de dolo, cita o entendimento do CONSEF acerca da intenção do agente nesses casos, conforme Acórdão JF nº 0041-03/13, cujo excerto transcreve.

Pugnaram pela procedência parcial da infração 02, reduzindo-se o valor do débito de R\$1.260.930,18 para R\$1.259.827,68, em razão de terem incluído indevidamente no demonstrativo a Nota Fiscal nº 1710.

Concluem requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração cuida de duas infrações a legislação tributária do ICMS. Falta de recolhimento do ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios - Infração 01 e Entradas no estabelecimento de mercadorias não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal - Infração 02.

Em relação ao item 01 da autuação, o impugnante em sede defesa não apresentou qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal que se encontra devidamente explicitada nos registros C100 e C190, presentes nas linhas 6945, a 6950 e 7622 e 7623 reproduzidos à fl. 02, cuja cópia em CD-ROM foi entregue ao defendente, cópias das respectivas Notas Fiscais de nºs 41655, 41656, 41657 e 48516, colacionadas às fls. 06 a 09.

A alegação do defendente de que, “está envidando esforços para identificar os esclarecimentos/documentos necessários para comprovar a total improcedência desse

lançamento, mas ainda não obteve êxito”, articulada em suas razões de defesa não tem o condão eximir a responsabilidade pelo cometimento da irregularidade objeto da autuação. Os esclarecimentos e documentos para apreciação prometidos pela defesa de que carrearía aos autos não se concretizaram.

Logo, ante a inexistência de qualquer óbice objetivo à acusação fiscal e diante da caracterização da falta de recolhimento do ICMS uma vez que o defendente não se debitou dos correspondentes valores devidamente destacados nas notas fiscais objeto deste item da autuação, a infração 01 é subsistente.

No que diz respeito à infração 02, o autuado ao se referir em sua defesa às operações elencadas no demonstrativo de apuração crédito tributário, “Notas Fiscais de Mercadorias Tributadas que entraram no Estabelecimento sem o devido Registro na Escrita Fiscal”, fls. 10 a 14, informou que não conseguiu identificar em sua escrituração fiscal todos os registros omitidos na sua EFD. Assegurou a sua convicção de que todas as notas fiscais elencadas, ou ao menos a sua imensa maioria, foram escrituradas. Citou a Nota Fiscal de nº 1710, que consta lançada em sua EFD no mês de agosto, conforme cópia que carrou aos autos, fl. 50. Prometeu continuar as buscas dos registros das notas fiscais em sua escrita fiscal e carrear aos autos para afastar a penalidade aplicada.

Em suma, estas foram as razões de defesa perfilhadas pelo impugnante.

Depois de examinar os elementos que compõem o contraditório instalado em torno deste item da autuação, constato que a Nota Fiscal de nº 1710, constante do levantamento fiscal, fl. 12, deve ser excluída do levantamento fiscal, uma vez que restou comprovado nos autos, fl. 50, o seu registro na EFD do autuado.

Apesar de o defendente ter alegado que a constatação do registro da nota fiscal supra aludida, denota a existência de erros no levantamento fiscal, não conseguiu carrear aos autos qualquer comprovação inequívoca de quaisquer outras notas fiscais que tiveram o efetivo registro em sua EFD. Logo, a insinuação do autuado não ultrapassou o nível de mera alegação, desprovida que remanesceu de substrato probante.

Com a exclusão da nota fiscal, devidamente comprovada, que se encontra registrada na EFD do impugnante, o valor do débito da infração 02 fica reduzido para R\$1.259.827,68. Assim, no demonstrativo de apuração no Anexo II à fl. 12, deve ser excluído no mês de julho o valor de R\$110.250,00, referente a esta nota fiscal. Nestes termos o débito relativo à data de ocorrência 31/07/2011 passa para R\$7.552,87.

O impugnante requereu o cancelamento ou redução da multa aplicada no percentual de 1%, como forma de realizar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, invocando em seu favor a disposição do §7º do art. 42 da Lei n. 7.014/96. Aduziu que sua conduta afigurou-se completamente despida de má-fé, dolo ou simulação.

O dispositivo legal apontado pelo autuado possibilita a redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado falta de recolhimento do tributo.

No presente caso, restou evidenciado o cometimento parcial da irregularidade e mesmo que tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação, não restou provado nos autos que a falta de escrituração dos documentos fiscais não implicou em falta de recolhimento do imposto. Ao contrário do argumento do impugnante de que, por se tratar do não registro de entradas de mercadorias somente a ele poderia causar prejuízo, é patente que com a aplicação de roteiros específicos, a exemplo do roteiro de auditoria de estoques, é que se poderia assegurar, de forma inequívoca, não ter o procedimento adotado implicado falta de recolhimento do imposto.

Rejeito o pedido de redução ou cancelamento da multa.

Assim, resta parcialmente caracterizada a infração 02.

Diante do exposto, a infração 01 é integralmente subsistente, e parcialmente subsistente a infração 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE PARTE**, o Auto de Infração n° 269132.0004/14-0, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.544,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, da Lei n° 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.259.827,68**, prevista no inciso XI, do referido artigo e Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei n° 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA