

A. I. Nº - 206854.0002/14-3
AUTUADO - DOW BRASIL S.A.
AUTUANTES - LUIZ CARLOS PRATES SANTOS e ANTÔNIO TORRES DE BARROS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 13.11.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0216-04/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. MULTA. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Pedidos de redução e cancelamento das multas indeferidos. Ausência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Infrações procedentes. 2. CRÉDITO FISCAL. a) USO INDEVIDO DE CRÉDITO PRESUMIDO. b) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Infrações reconhecidas e pagas. Caráter confiscatório das multas propostas. Incompetência do Órgão Julgador. Art. 167 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/06/14 exige o valor de R\$3.444.571,90, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 16.01.02 - "Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal". Consta que, a partir de cruzamento de dados digitais nos Sistemas de Fiscalização - Circularização com Fornecedores, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais, foi detectado o envio de mercadorias por diversos Fornecedores para o autuado fiscais, nos Postos Fiscais, cujas operações não foram lançadas na escrita fiscal digital - EFD (livros fiscais próprios), conforme demonstrativo INFRAÇÃO 01. Período: exercícios de 2012 e 2013. Valor Histórico: R\$341.266,21. Multa de 1%.

INFRAÇÃO 02 - 16.01.01 - "Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal". Consta que, a partir de cruzamento de dados digitais nos Sistemas de Fiscalização - Circularização com Fornecedores, juntamente com a captação de notas fiscais nos Postos Fiscais, foi detectado o envio de mercadorias por diversos Fornecedores para o autuado, nos Postos Fiscais, cujas operações não foram lançadas na escrita fiscal digital - EFD (livros fiscais próprios), conforme demonstrativo INFRAÇÃO 02. Período: exercício de 2012; jan/13 a jun/13 e set/13 a dez/13. Valor Histórico: R\$702.037,29. Multa de 10%.

INFRAÇÃO 03 - 01.04.06 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS". Acresentam os autuantes que embora lançados na Conta-Corrente, sob a rubrica 'Deduções', foram constatadas parcelas a título de crédito, conforme registros no livro Apuração do ICMS, de forma a transportar valor superior de saldo credor na escrita fiscal. Ressalvam a existência da Resolução nº 116/11 para que o contribuinte esteja submetido ao Programa Desenvolve na hipótese de apuração de imposto a pagar, o que não ocorreu nos meses de ago/11 e set/11. Valor Histórico de R\$871.784,06. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 - 07.15.03 - Multa percentual de 60% sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras

unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme demonstrativo INFRAÇÃO 04. Afiram os autuantes que houve comercialização das mercadorias, cujas operações foram objetos da autuação. Valor Histórico: R\$859.836,57. Meses de: out/10; nov/11; jan/12 a abr/12 e nov/12. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 05 - 02.01.02 - "Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios". Conforme demonstrativo INFRAÇÃO 05, afirmam os autuantes a constatação de notas fiscais, com imposto destacado, não lançadas na EFD, e consequentemente, sem recolhimento do tributo devido. Valor Histórico de R\$93.775,43. Meses de out/10; abr/11; jun/11 e jul/11. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 06 - 01.02.41 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is)". Acrescentam os autuantes que a infração decorreu das transferências interestaduais do estabelecimento matriz do contribuinte, com fins de comercialização, lançada a alíquota de 18% em vez de 7%, de acordo com demonstrativo INFRAÇÃO 06. Valor Histórico: R\$575.872,34. Multa de 60%.

Na defesa tempestiva de fls. 90/106, o autuado sintetiza as infrações, descreve sua atuação no mercado interno e o ambiente tributário no País. Reconhece os lançamentos relacionados com as infrações 03, 04, 05 e 06.

A insurgência do sujeito passivo consiste nas infrações 01 e 02, que tratam de multas por descumprimento de obrigação acessória. Afirma que as operações descritas na infração 01 são retornos de armazenagem de mercadoria fora do campo de incidência do ICMS.

Suscita o cancelamento das multas propostas nas infrações 01 e 02, ao preencher os requisitos determinados pelo art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, posto que a acusação não demonstra sua ação dolosa, fraudulenta e simulada com o Fisco, bem como a falta de escrituração da notas fiscais, quer tributadas ou não, não resultou na inadimplência da obrigação principal. Entende ser aplicável o dispositivo legal em comento, em face do direito subjetivo revelado ao preencher os requisitos normativos, já que suas condutas estão no âmbito da legalidade.

Traz julgados do STF, STJ e entendimento doutrinário acerca do direito posto com vistas ao cancelamento das multas, diante, inclusive, dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade atinentes às penalidades tributárias voltadas, exclusivamente, para prática de atos com intuito de burlar o Fisco.

Menciona o art. 3º do CTN como argumento a fim de afastar o imperativo categórico das penalidades propostas, que se caracteriza, nesse caso, para o impugnante, como instrumento disfarçado de arrecadação, devendo ser instituídas com finalidade pedagógica, no sentido de evitar a prática de atos de má-fé com objetivo de lesar o Erário.

Declara ser exorbitante o quantum das multas, pois a maior parte incide sobre operações não tributáveis. Para corroborar com seu argumento, colaciona ementa da decisão na SEFAZ/BA - Acórdão nº 232884.0011/00-8A - 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Assevera que a lavratura do auto de infração, decorrente de descumprimento de deveres instrumentais, no valor de R\$1.043.303,50, fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade inerentes à garantia do devido processo legal substantivo, já que a sua conduta não resultou em prejuízo ao Erário, por primar pela séria prática das suas atividades. No sentido das suas razões defensivas, apresenta julgado do STF e entendimento da doutrina. Assim, entende ser injusto valor proposto das multas, acima mencionado, e que foge à razoabilidade, diante do recolhimento do ICMS devido e da parcela das operações efetuadas fora do campo de incidência do referido imposto, revelando-se em condutas não prejudiciais ao Fisco Estadual.

Segue com seus argumentos, ao trazer, novamente, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários e citação do art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, a respeito do caráter confiscatório da multa por descumprimento de obrigação acessória, notadamente, porque a multa deixa de

representar punição para transformar-se em verdadeiro confisco de parcela do patrimônio do sujeito passivo apenado. Dessa forma, para o impugnante, ocorre o desvio de finalidade da sanção, diante da inexistência de conexão entre a penalidade imposta e a infração cometida, bem como da falta de proporcionalidade da medida e o delito praticado.

Destaca decisão do Recurso Voluntário do PAF referente ao AI nº 107241.0011/08-1 - Acórdão nº 0273-04/09, de 10/09/2010, deste CONSEF, para concluir pelo abuso das multas propostas e ilegalidade no caso em tela, de modo a impor redução dos valores consignados no auto de infração a patamares razoáveis.

Pede o cancelamento das multas lançadas nas infrações 01 e 02, e de forma subsidiária, redução dos valores propostos na hipótese da subsistência das respectivas imputações, além de pleitear a juntada de documentos para comprovar a legitimidade da sua conduta, com fundamento nos princípios da verdade material e do devido processo legal.

Na informação fiscal de fls. 148/150, os autuantes afirmam o reconhecimento pelo sujeito passivo da procedência das infrações 03, 04, 05 e 06, no total dos valores históricos de R\$2.401.268,40, conforme extrato de pagamento à fl. 151. Em seguida, tecem comentários sobre a atividade do autuado, do aspecto favorável da Resolução nº 116/11 - Benefício Fiscal do DESENVOLVE, inclusive, a surpresa e indignação do fechamento da planta industrial localizada no Estado da Bahia.

Quanto à insurgência do impugnante, relatam que são descabidas as argumentações da defesa, pois o cumprimento das obrigações acessórias é de fundamental importância para a Administração Tributária, visando o controle e adimplemento da obrigação principal - pagamento do tributo.

Consideram gravíssimas as infrações cometidas, por entenderem que, independentemente da destinação das mercadorias, seja, insumo, revenda, uso e consumo, serviço de transporte etc., as operações devem ter seus registros para controle do Fisco, a exemplos das possíveis auditorias de estoque e informações do impugnante, por meio do CFOP, do destino das mercadorias. Acrescentam que o descumprimento das obrigações tributárias acessórias compromete a eficiência fiscal.

Reiteram as penalidades propostas por entenderem que a criação, pelo legislador, de normas atinentes às obrigações acessórias, tem em vista o ordenamento jurídico por completo - visão sistêmica da relação Fisco e Contribuinte.

Entendem fora de propósito os pedidos de cancelamento e de redução das multas consignadas e mantêm os lançamentos tributários, por considerarem que o impugnante não afastou o cometimento das infrações 01 e 02.

Encerram suas participações ao apresentarem o saldo remanescente da autuação no valor de R\$1.043.303,50.

Às fls. 154/157, estão apresentados relatórios "DETALHES DE PAGAMENTO PAF" relativos aos pagamentos, em espécie, dos valores das infrações reconhecidas pelo sujeito passivo, no total do valor histórico de R\$2.401.268,40.

Na sessão de julgamento, o impugnante junta memoriais, inclusive, a decisão do Acórdão nº 0250-11/10, para corroborar sua razões defensivas.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Logo, não existindo vícios na lavratura do Auto de Infração, muito menos no decorrer da instrução processual, de modo a inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito.

O cerne da questão controvertida consiste nos lançamentos tributários por descumprimento de obrigação acessória - falta de registro das operações de entrada de mercadoria não tributável e

tributável - infrações 01 e 02, cuja insurgência está voltada aos valores consignados pelos autuantes, na medida da aplicação dos requisitos estabelecidos no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, para reduzir ou até cancelar as multas propostas.

A obrigação tributária acessória conferida pelo art. 113, §§ 2º e 3º, do CTN possui caráter autônomo. Em se tratando àquela relacionada com o ICMS, não está, apenas, adstrita cumprimento da obrigação principal. As informações de cunho econômico, como o dimensionamento do porte do sujeito passivo, a análise quanto ao valor agregado das suas atividades, além daquelas de cunho jurídico, a exemplo a repartição do valor agregado do ICMS aos municípios baianos prescindem do adimplemento de obrigações acessórias pelos contribuintes do mencionado tributo.

Constam dos sistemas da SEFAZ/BA autos de infração de nºs. 2993140500128 e 2068540001147, em desfavor do impugnante, que indicam infrações à semelhança daquelas consignadas neste PAF por descumprimento de obrigação acessória - falta de registro na escrita fiscal, quando da aquisição de mercadorias tributáveis ou não. Assim, surge a necessidade da persecução administrativa frente ao cumprimento dessas prestações positivas e negativas, independentemente do autuado apresentar saldo credor nos exercícios de 2012 e 2013. Portanto, não é razoável a aplicação do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, como fim em si mesmo, sem a análise sistêmica do ordenamento jurídico vigente e a relação do impugnante com o Fisco.

Ademais, os juízos de razoabilidade e proporcionalidade aventados pelo impugnante não encontram guarida na vontade autônoma, sobretudo, do legislador tributário baiano ao conferir as sanções no art 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, em que pese a apresentação de decisões não vinculantes deste CONSEF.

Logo, as multas impostas se coadunam com a vontade do legislador estadual, nos exatos sentidos da prevenção – geral e especial - conferidos à sanção, com intuito de assegurar a conduta do sujeito passivo para cumprir a obrigação tributária acessória, através da intimidação junto à sociedade na prática infracional, eleita pela norma jurídica, para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico; respeito aos seus determinados valores e, sobretudo, evitar novo cometimento de conduta ilícita em face da legislação tributária posta. Dessa forma, não acolho os pedidos de redução e cancelamento suscitados pelo impugnante.

A insurgência por si só contra os valores propostos das multas das infrações 01 e 02, sem a apresentação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo pelo impugnante das acusações formuladas, não elide a pretensão estatal. Dessarte, com base no arts. 140 e 141 do RPAF/99, são procedentes os lançamentos concernentes às mencionadas infrações pelos fundamentos acima elencados.

Em consonância com art. 167 do RPAF/99, este órgão julgador não possui competência em avaliar o caráter confiscatório do percentual das multas propostas.

Diante do expresso reconhecimento dos ilícitos administrativos imputados, inclusive, com o pagamento, conforme fls. 151; 154/157, as infrações 03, 04, 05 e 06 estão caracterizadas, com base no art. 140 do RPAF/99.

Destarte, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento realizado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 206854.0002/14-3, lavrado contra **DOW BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.541.431,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.447.656,40 e de 100% sobre R\$93.775,43, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa percentual no valor de **R\$859.836,57** e de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.043.303,50**, previstas, respectivamente, no art. 42, nos incisos II, “d”, XI e IX do

artigo e lei acima citados, mais os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologado o pagamento realizado.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR