

A. I. Nº - 207090.3012/16-4
AUTUADO - TORRES EÓLICAS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.11.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE SUJEITO A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Infração reconhecida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO E EMPRESAS DE TRANSPORTE LOCALIZADAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Infração subsistente. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Existindo prestação sucessiva de serviço de transporte, cabe ao sujeito passivo por substituição a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Infração procedente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Correta a aplicação da multa no percentual de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES EM ARQUIVOS MAGNÉTICOS QUANDO INTIMADO. Infração comprovada. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/12/2016, para exigência de ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$280.317,28, sob acusação do cometimento das seguintes infrações, no exercício de 2014:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal. ICMS no valor de R\$20,51 e multa de 60%.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal, referente a aquisição de Serviço de Transporte sujeito a Substituição Tributária. ICMS no valor de R\$24.269,25 e multa de 60%.
3. Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. ICMS no valor de R\$57.612,38 e multa de 60%.
4. Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. ICMS no valor de R\$29.162,39 e multa de 60%.

5. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. ICMS no valor de R\$46.745,76 e multa de 60%.
6. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. ICMS no valor de R\$438,46 e multa de 60%.
7. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita. Multa de 1%, no valor de R\$15.430,10.
8. Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Multa no valor de R\$106.638,42.

O autuado, por meio de advogado legalmente constituído, destaca a tempestividade de sua defesa às fls. 294 a 305, e aduz as razões de fato e de direito, pelas quais impugna o lançamento fiscal.

Esclarece que *“trata-se de indústria recentemente instalada no Brasil, regularmente habilitada pelo Estado da Bahia no Programa DESENVOLVE, que tem por objeto social a prestação de concepção, desenvolvimento, preparação, fabricação, comercialização e manutenção de torres para turbinas eólicas, conforme se depreende de seu contrato social anexo”*.

Refuta o cometimento das infrações 07 e 08, e passa a descrevê-las, quando a autoridade fiscal diante da identificação do descumprimento da obrigação acessória de lançar as notas de entrada na escrituração fiscal digital (EFD), aplicou as multas de 1% e 5% sobre o valor comercial da mercadoria, previstas no art. 42, inciso IX e inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, respectivamente. Chama a atenção de que em que pese as Notas Fiscais não escrituradas se refiram a operações tributadas, não há ausência de recolhimento de tributo, pelo que não há que se falar em prejuízo ao erário.

Assevera que trata-se de um equívoco contábil, cometido pela empresa, que de fato não procedeu à escrituração fiscal digital (EFD), de notas fiscais de entrada (infração 07) e de saída (infração 08) de mercadorias nos termos do capítulo XV do RICMS. Diz que houve equívoco de não constar algumas notas fiscais, o que não representou inadimplemento de obrigação principal.

Cita o Processo relativo ao AI 281508.0006/11-6, no qual a multa foi reduzida, para o equivalente a 20% do valor inicialmente aplicado.

Na sua pretensão invoca a ocorrência de violação aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, capacidade contributiva e não confisco. Pondera que uma multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente de conduta não dolosa do contribuinte, e que não causou prejuízo ao erário na monta de R\$15.430,10 e de R\$106.638,42, é desproporcional e irrazoável.

Transcreve parte do RE 640452 que ganhou status de repercussão geral, pelo caráter confiscatório da multa isolada por descumprimento de obrigação acessória decorrente de dever instrumental.

Destaca que o Min. Relator ponderou que, diante da complexidade e volume de obrigações acessórias atualmente impostas pelas fazendas públicas, é necessário analisar caso a caso, além de analisar se o descumprimento de uma obrigação acessória desprovê o fisco de meios necessários para a fiscalização, o que poderia abrir a porta para outras infrações.

Ressalta ainda o caráter educativo que devem assumir as multas por descumprimento de tais infrações. No caso em análise, aduz que a conduta ora multada não foi dolosa, não gerou prejuízo ao erário e não abriu porta para novas infrações, conforme exaustivamente abordado.

Pugna pelo cancelamento e alternativamente, pela redução da multa aplicada.

Protesta e requer pela juntada posterior de provas, e produção de todos os meios de prova em direito permitidos.

Requer que as intimações sejam feitas sempre em nome do sua patrona, Virginia Cotrim Nery Lerner, inscrita na OAB sob nº 22.275, com endereço profissional na Av. Antonio Carlos Magalhães nº 2573, 15º andar, nesta capital. CEP 40.280-000, sob pena de nulidade.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 455/456, e após relatar os fatos trazidos pela defendente, no que tange aos princípios constitucionais, adentra no exame das infrações 07 e 08 que foram expressamente impugnadas pelo defendente.

Na infração 07, ressalta que o contribuinte, usuário de EFD, no exercício de 2014, deixou de lançar diversas Notas Fiscais de Entradas em sua escrituração. Tal fato foi detectado da comparação das NF Eletrônicas, emitidas através do Sintegra, pelos fornecedores da empresa fiscalizada, com os lançamentos que efetuou, através da EFD. Preliminarmente elaborou um levantamento fiscal, e a empresa fiscalizada foi intimada (cópia da intimação de fl. 248), para ratificar ou não, a ausência de lançamentos das Notas Fiscais elencadas na sua EFD.

Destaca que, em nenhum momento o contribuinte nega o cometimento da infração, mas a confessa.

As multas aplicadas e o enquadramento legal advêm de Leis, e o preposto fiscal tem atividade vinculada a dar cumprimento à legislação. Observa que não foram uma ou duas NF de entradas não lançadas, mas as descritas em 43 folhas. Muitas vieram de fora do Estado e referem-se a material destinado a uso/consumo da empresa, que uma vez lançadas, obrigariam ao pagamento do diferencial de alíquotas, como não foram lançadas nem o ICMS recolhido, configurado está o prejuízo ao Estado, no comportamento de omitir o lançamento de Notas Fiscais de Entradas.

Salienta que o contribuinte não possui Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, o que não dá elementos ao fisco de controlar a sua produção e o seu estoque.

Opina pela procedência da infração.

Quanto à infração 08, forneceu informações através de Arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, mediante intimação, com omissão de operações ou de prestações. Pontua que a multa está limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculada sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

Informa que o Contribuinte é usuário de EFD, e deixou de lançar na sua escrita fiscal, Notas Fiscais de saídas de mercadorias, fato detectado através do SINTEGRA, na comparação de Notas Fiscais autorizadas, com as Notas Fiscais de saídas constantes da EFD. A cópia da intimação está na fl. 250, assim como a resposta do contribuinte. O levantamento fiscal e cópias das notas fiscais de saídas estão nas fls. 251 a 287, com resumo na fl. 249. O valor total das operações está nas fls. 288 a 291.

Destaca os mesmos fatos da infração 07, que merecem destaque e opina pela procedência da infração.

Reitera que o contribuinte manteve o mesmo comportamento durante todo o exercício de 2014. As omissões não foram encontradas numa situação isolada, e o contribuinte, uma sociedade multinacional não desconhece as leis do país onde funciona. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos requisitos previstos no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Ressalto que esta JJF não tem competência para apreciar questões de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos emanados da Administração Pública, a teor do que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), pelos fatos alegados na defesa.

Consoante a doutrina, em posição adotada por Eduardo Sabbag, em Manual de Direito Tributário, Saraiva, 4ª Ed., “a carga tributária, analisada global ou individualmente, deve rimar com as limitações constitucionais ao poder de tributar, a saber, os princípios tributários. Dentre aqueles de expressivo cunho subjetivo, destaca-se o postulado que veda a confiscabilidade tributária.” e prossegue: “É fato que há fértil campo investigativo ainda a ser preenchido pelo estudo científico-jurídico, na seara da vedação ao tributo com efeito de confisco, buscando-se a nítida definição dos seus contornos conceituais.”

Outrossim, “o postulado da proporcionalidade desponta como inafastável instrumento de limitação estatal, tendente a inibir o excesso de poder cometido por toda e qualquer pessoa que atue em nome do Estado. Nesse passo será observado o princípio ora analisado se houver a razoabilidade (I) no cotejo entre o objetivo visado com o ato de descumprimento da regra tributária e a gradação da sanção estipulada como reação do Direito àquela ação e (II) no patamar de suportabilidade pelo sujeito passivo da sanção pecuniária imposta.”

Dessa forma, a razoabilidade e a proporcionalidade dão limites ao confisco tributário. Contudo, o princípio da legalidade não pode ser afastado quando ressaltamos que as multas aplicadas no presente Auto de Infração estão delimitadas e tipificadas na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, ao qual esta JJF encontra-se jungida na apreciação dos casos concretos impugnados na esfera administrativa fiscal.

Cabe no caso, ao Poder Judiciário, atendendo as circunstâncias do caso concreto, reduzir a sanção excessiva aplicada pelo fisco, e graduar a multa de acordo com a gravidade da infração e a importância desta para os interesses da arrecadação, sendo que o STF tem copiosa jurisprudência rechaçando as multas com feição confiscatória, a exemplo:

EMENTA – RE 91.707/MG, 2ª t, Relator Min. Moreira Alves, j. 11-12-1979: ICM. Redução de multa de feição confiscatória. Tem o STF admitido a redução de multa moratória imposta com base em Lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória.

Assim, somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não cabe a esse órgão competência para decretar a inconstitucionalidade, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA, posição esta adotada por este CONSEF, a teor de julgado desta mesma empresa, no qual foi Relator o colega Ângelo Mário Pitombo.

No mérito, o sujeito passivo reconhece o cometimento das infrações 01, 2, 3, 4, 5, 6, pelo que ficam mantidas em sua integralidade.

Refuta as infrações 07 e 08 que passo a analisar quanto ao seu mérito.

A infração 07 decorreu do fato de ser o contribuinte usuário de EFD no exercício de 2014, e ter deixado de lançar diversas notas fiscais de Entradas em sua escrituração. Este fato foi detectado da comparação das Notas Fiscais Eletrônicas, emitidas através do Sintegra, pelos fornecedores da empresa fiscalizada, com os lançamentos que efetuou por meio da EFD. Foi aplicada a multa prevista no Art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, reduzida retroativamente ao patamar de 1%, em obediência à Lei 13.461/2015, c/c Alínea “c” do inciso II, art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN).

O sujeito passivo não nega o cometimento da infração, mas requer o cancelamento ou a redução da multa, conforme a previsão contida no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Reza o § 7º que “As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”

O demonstrativo da infração encontra-se na fl. 225, e nas fls. 226 a 247, onde estão individualizadas as notas fiscais tributadas ausentes de lançamento.

Entendo que não cabe, neste caso específico, a redução da multa aplicada, posto que não restou comprovado que a ausência de escrituração não tenha resultado em falta de recolhimento do imposto, são mercadorias tributáveis. Caso restasse comprovado o registro contábil da operação e ausência do lançamento da escrita fiscal, poderia ser cogitada da redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Outrossim, a multa já foi reduzida de 10% para o percentual de 1%, por meio da Lei nº 13.461/2015, aplicada retroativamente conforme o Art. 106, II, alínea “c” da Lei 5.172/66 (CTN).

Infração procedente.

A infração 08 decorreu do fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando a multa limitada a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

O contribuinte, usuário de EFD, deixou de lançar em sua escrita fiscal, Notas Fiscais de Saídas de mercadorias. Este fato foi detectado por meio do SINTEGRA, na comparação de Notas Fiscais autorizadas com as Notas Fiscais de Saídas constantes da EFD do contribuinte.

O demonstrativo encontra-se à fl. 249 e cópias das notas fiscais em anexo. As planilhas relativas às operações de entrada e de saída no exercício fiscalizado, ou seja, de 2014, estão anexas às fls. 288 a 291 do PAF, e amparam a limitação da multa, conforme a norma de regência.

A multa está prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 10.847/07:

XIII-A - Nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

- i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.*

A sociedade empresária não contesta o mérito da infração, mas requer o cancelamento ou a redução da multa, com base no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96.

Nego o pedido de redução da multa, pelas mesmas razões já expostas na infração anterior. Não restou comprovado a falta de prejuízo ao erário, ao tempo em que destaco que notas fiscais de saídas de mercadorias não foram fornecidas à Escrituração Fiscal Digital – EFD-, e não restou comprovado que o pagamento do ICMS fora efetuado nos prazos regulamentares, relativo a esses documentos fiscais. Infração procedente.

Saliento que o patrono da sociedade empresária requer que as intimações sejam feitas sempre em seu nome, Dra. Virginia Cotrim Nery Lerner, inscrito na OAB sob nº 22.275, com endereço profissional na Av. Antonio Carlos Magalhães nº 2573, 15º andar, nesta capital. CEP 40.280-000.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207090.3012/16-4**, lavrado contra **TORRES EÓLICAS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$158.248,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “e” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$122.068,53**, previstas nos incisos IX e XIII-A, “i” dos citados artigo e Lei, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR