

A. I. N° - 269194.0002/19-4
AUTUADO - BRASKEM S/A.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - 26.08.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0131-02/19

EMENTA: ICMS. MULTA. FALTA DE REGISTRO FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Reconhecido o cometimento da Infração. Impugnação apenas pede cancelamento ou redução do valor da multa proposta. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 27/03/2019, para exigir o crédito tributário em razão da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$1.629.771,86. Período: Janeiro 2016 a Novembro 2017. Enquadramento Legal: Artigos 217 e 247, do RICMS-BA/2012 Multa: 1% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço.

O representante legal do autuado apresentou defesa às fls. 31 a 38. Reproduzindo a infração, diz não lhe restar alternativa senão demonstrar que a multa não deve subsistir, tendo em vista que a situação se amoldaria às circunstâncias previstas no art. 42, §7º, da Lei. 7.014/96, que autorizam o seu cancelamento, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois o Fisco não pode “*lhe exigir a multa combinada sem considerar as circunstâncias que permeiam o suposto 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*”.

Transcrevendo excerto de doutrina a respeito, escreve que a multa deve ser utilizada para desestimular o ilícito e punir o infrator e não como simples meio para o Estado lançar mão no patrimônio do contribuinte, sob pena de violar os princípios citados, razão pela qual, diz, 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.

Admitindo a ausência de escrituração das notas fiscais objeto da autuação, alega que isto não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada, **mesmo porque caberia ao Fisco comprovar, de forma incontestável, a ocorrência de dolo, fraude ou simulação no caso em apreço.** (grifos no original)

Aduz que tampouco o Erário deixou de arrecadar o ICMS, já que exige multa e não o tributo devido nas operações. Ressaltando sua condição de grande contribuinte e fiel cumpridora de seus deveres fiscais, legais e sociais, fala que, sem pretender se eximir das suas responsabilidades e obrigações, se alguma infração cometeu, decorreu de falha cometida por prepostos da empresa que, por lapso, não escrituraram as NFs no LRE, no período fiscalizado.

Repisa que não causou prejuízo ao Erário e que a não escrituração da NFs trouxe malefícios somente à Impugnante, que não se creditou, quando possível, do imposto destacado nos documentos fiscais.

Frisa que grande maioria das NFs constantes do levantamento fiscal acobertam operações (i) de retorno de materiais remetidos para conserto (CFOP`s 5916 e 6916); (ii) retorno de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP 5906) ou, (iii) retorno simbólico de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP`s 5907 e 6907) que nem configuram transferência de titularidade de

mercadoria, razão pela qual pergunta: “existiria alguma razão para a Impugnante agir de forma dolosa, fraudulenta ou dissimulada, ao não registrar as entradas de mercadorias, se isso não lhe oneraria em nada, pelo contrário, geraria o risco de, eventualmente, vir a ser apenada pelo descumprimento de obrigação acessória?”.

Reproduzindo trechos de decisões do CONSEF, repete que o caso se amolda aos requisitos autorizadores do cancelamento da multa imposta e que caso a multa não seja cancelada pugna que ao menos seja reduzida.

Requerendo diligência para constatar o que alega, conclui pedindo que o AI seja julgado improcedente.

A Informação Fiscal de fls. 75/77 registra que a autuada: a) nada apresentou para justificar a ausência de registro de NFs relacionadas nas fls. 8 a 22 do PAF; b) a autuada afirma ter havido falhas cometidas por seus prepostos; c) que, segundo a Impugnante, isso só lhe teria causado prejuízo, pois não se creditou do imposto destacado nas NFs, mas que todas NFs insertas na infração são de operações não tributadas.

Aduz que a Defesa invoca os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para justificar pedido de cancelamento ou redução da multa, mas que não lhe cabe comentar a respeito e que a competência para avaliar o pedido cabe ao CONSEF.

Concluindo, diz não ter havido defesa direta de mérito, ratifica a acusação fiscal e pede a procedência do AI.

VOTO

O Auto de Infração em exame acusa que o autuado deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal no período janeiro 2016 a novembro 2017, o sancionando com a multa no valor de R\$1.629.771,86, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

Pois bem. Antes de adentrar ao mérito da acusação fiscal impugnada, compulsando os autos verifico: a) conforme recibos de fls. 03, 05 e 23, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08-22-verso, e CD de fl. 24); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147, I, “a”, do RPAF, indefiro o pedido de diligência formulado.

De logo, ressalto tratar-se de lançamento relacionado a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Superada a análise preliminar, passo a apreciar o mérito do lançamento tributário de ofício em sede de revisão neste órgão administrativo judicante.

Admitindo a ausência de escrituração das notas fiscais objeto da autuação, a alegação do Impugnante é que isto não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada, **mesmo porque caberia ao Fisco comprovar, de forma incontestável, a ocorrência de dolo, fraude ou simulação no caso em apreço.** (grifos no original)

Ressaltando sua condição de grande contribuinte; diz ser fiel cumpridora de seus deveres fiscais, legais e sociais; fala que, sem pretender se eximir das suas responsabilidades e obrigações, a infração cometida decorreu de falha de prepostos da empresa que, por lapso, não escrituraram as NFs no LRE; que não causou prejuízo ao Erário e que a não escrituração da NFs trouxe malefícios somente à Impugnante, que não se creditou, quando possível, do imposto destacado nos documentos fiscais.

Frisa que grande maioria das NFs não registradas acobertaram operações (i) de retorno de materiais remetidos para conserto (CFOP`s 5916 e 6916); (ii) retorno de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP 5906) ou, (iii) retorno simbólico de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP`s 5907 e 6907) que nem configuram transferência de titularidade de mercadoria e, culminando suas razões para pedir o cancelamento ou redução da penalidade proposta por entender 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”, lançou o seguinte questionamento: “existiria alguma razão para a Impugnante agir de forma dolosa, fraudulenta ou dissimulada, ao não registrar as entradas de mercadorias, se isso não lhe oneraria em nada, pelo contrário, geraria o risco de, eventualmente, vir a ser apenada pelo descumprimento de obrigação acessória?”.

Por sua vez, na Informação Fiscal o autuante diz não ter havido defesa direta de mérito, ratifica a acusação fiscal e pede a procedência do AI.

Pois bem, ao que no momento interessa, regulamentando a legislação da matéria em análise, o RICMS-BA expressa o seguinte:

Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração (Conv. S/Nº, de 15/12/70):

I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

II - das aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento;

III - dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte.

§ 4º Os lançamentos serão feitos documento por documento, desdobrados em tantas linhas quantas forem as alíquotas do imposto e as naturezas das operações ou prestações, segundo o Código Fiscal de Operações e Prestações, nas colunas próprias, da seguinte forma:

....

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do ICMS;

V - Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

VI - Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

Portanto, do confronto das alegações defensivas com a disciplina legal exposta, vê-se que, indubitavelmente, a materialidade da acusação é irrefutável.

É que com a inserção da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo Ajuste SINIEF 02/09 e prevista no art. 247 do RICMS/2012, toda escrituração fiscal do contribuinte passou a ser feita por ele em ambiente digital que se culmina no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), administrado pela Receita Federal e compartilhado com as administrações tributárias estaduais. Neste aspecto, o autuado está obrigado à escrituração fiscal digital usando o SPED, único formato legal de escrituração fiscal-contábil para efeito de prova a favor do autuado, desde 01/01/2011.

Ora, a exposta sistemática das informações fiscais a cargo do contribuinte tem a finalidade de possibilitar ao Fisco o conhecimento e o direto acesso à movimentação empresarial no que diz respeito às obrigações tributárias, de modo a que os procedimentos tributários regidos pelo princípio da inquisitoriedade, a exemplo do lançamento tributário, possam ser levados a cabo unilateralmente pela Administração ativa, até sem a necessidade da participação do contribuinte, em certos casos.

Nesse contexto, é fato que a regular EFD oferece a possibilidade para o Fisco atuar de ofício no sentido de homologar ou não as prévias atividades do contribuinte com respeito ao ICMS e, quando a EFD se apresentar inconsistente (o que não ocorreu no caso), intimar o contribuinte a regulariza-la. Assim, eventuais irregularidades cometidas pelos obrigados tributários nos arquivos EFD que produzem e que não refletem a realidade da movimentação empresarial com repercussão tributária, apenas podem ser corrigidas mediante fundamentadas provas e dentro do SPED.

Vê-se, então, que a correta prestação das obrigações acessórias, especialmente relacionadas ao registro das operações nos livros fiscais, resulta de fundamental importância para o controle do cumprimento das obrigações tributárias principais dos contribuintes por parte do Fisco no exercício da sua institucional função no sistema tributário. Portanto, ao contrário do que alega o contribuinte, exatamente para desestimular ilícitos que a falta de registro de documentos fiscais potencialmente pode causar ao Erário, é que o legislador tributário, representando o interesse público instituiu a penalidade imposta na medida suficiente para evitar eventuais prejuízos causados por falta de repasse do ICMS, imposto não cumulativo, recebido pelos contribuintes de direito dos consumidores finais, contribuintes de fato no sistema tributário.

Em tal contexto, importa ressaltar que acompanhando sua condição de grande contribuinte, grande empresa S.A. obrigada a manter estrito controle de sua atividade para bem cumprir suas obrigações fiscais-contábeis, inclusive para com seus sócios e acionistas, estranho é que apenas considerando a infração aqui confessada, o histórico da empresa nos registros da SEFAZ demonstra reiterados cometimentos da mesma infração, estampando uma reincidência prática (exemplo: Acordãos JJF Nº 0088-03/17, JJF Nº 0120-03/17, JJF Nº 0137-03/18, JJF Nº 0165-04/18, JJF Nº 0184-01/16, JJF Nº 0196-03/14, JJF Nº 0211-03/16, também contendo expressivos valores, alguns inclusive quitados), o que, além de não corroborar com a compliance tributária revestida na declaração de ser “fiel cumpridora de seus deveres fiscais, legais e sociais”, imputando a inominados prepostos incapazes de substituir a empresa nas suas responsabilidades, quiçá diante de um critério de avaliação de riscos, responde ao questionamento do Impugnante quanto à razão para o cometimento da infração.

De mais a mais, o cometimento da infração, ainda que o Fisco não tenha comprovado nestes autos a ocorrência de dolo, fraude ou simulação por parte do Impugnante, como protesta, conduz, no mínimo, a percepção de um deficiente controle da atividade empresarial, ao menos no que diz respeito aos interesses do Fisco devido ao fato de a empresa ser reincidente no cometimento da infração em apreço, desautorizando, por consequência a possibilidade de do cancelamento ou redução do valor da penalidade, pedido que denego.

Por outra parte, o art. 123 do RPAF assegura o direito de o sujeito passivo impugnar o AI de uma só vez, oportunidade em que, por imposição do ônus probatório, deverá pontuar e apresentar

todas as provas que lhe favoreçam, sustentando seu direito. No caso em tela, as alegações defensivas apenas confessam o cometimento da infração acusada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269194.0002/19-4, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.629.771,86**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR