

A. I. Nº - 207092.0008/22-6
AUTUADO - ENEL GREEN POWER DELFINA B EÓLICA S.A.
AUTUANTE - LUIZ ROBERTO SANTOS FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/04/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0054-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Multa de 1%, calculada sobre o valor das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Mantida a exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2022, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$ 1.268.944,01, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

Infração 01 - 016.001.006: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória, correspondente a 1% do valor das mercadorias;

O autuado ingressa com defesa, fls. 30 a 39 inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação e esclarece que é empresa geradora de energia elétrica, dentre outras atividades, conforme se infere dos atos constitutivos juntados aos autos (doc. 1).

Após descrever o teor da autuação enquadramento legal e multa aplicada assevera que a cobrança do crédito tributário em questão não merece prosperar, face à insubsistência do Auto de Infração lavrado, à luz das razões de fato e de direito trazidas aos autos, como restará demonstrado no decorrer da presente Impugnação.

No tópico denominado: “DO MÉRITO – DA INCORREÇÃO DA MULTA APLICADA E SEU OBJETIVO CONFISCATÓRIO” diz que a autuação teve origem no fato de que algumas notas fiscais de saída de bens no estabelecimento da Impugnante não foram registradas em seus livros fiscais, o que daria ensejo à aplicação de multa formal a ser calculada de acordo com o valor da operação de compra e venda praticada pelas partes.

Neste ponto ressalta que a multa cobrada é exorbitante e confiscatória, visto que está vinculada ao valor total das operações praticadas entre a Impugnante e terceiros – operações essas, diga-se, não tributadas em razão do diferimento do ICMS.

Destaca que a vinculação do tributo ao valor total da mercadoria comercializada é abusiva e, repita-se, tais operações de compra e venda não resultaram em ICMS a ser pago pela Impugnante ao estado da Bahia, pois a Impugnante sequer recolhe ICMS próprio, visto que o ICMS para o segmento em que atua é diferido.

Entende que por qualquer ângulo do qual se encarem as coisas, a multa imposta na autuação não poderia, de forma alguma, ser calculada com base em percentual incidente sobre o valor das operações de saída realizadas pela Recorrente ao longo dos anos-bases, eis que, à míngua da pertinência lógica entre a infração e as possíveis consequências dela, de um lado, e a base sobre a qual foi calculada, perde, como perdeu, todo e qualquer caráter didático, educativo (como é da natureza das multas formais), e resta indisfarçavelmente desnaturada, não pela gravidade da infração, em si, mas somente porque o valor das operações de saída, que ele promove, é superior a um limite arbitrariamente fixado pelo legislador.

Manifesta o seu entendimento de que uma multa desse calibre, orientada for um fator

absolutamente estranho à expressão econômica da infração e exótica às eventuais consequências desta, traduz um deliberado desvio de finalidade — e pouco importa que o seu agente seja o próprio legislador —, convolvando uma sanção em instrumento de aumento da arrecadação estadual.

Transcreve ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, sobre as multas formais para em seguida trazer a sua interpretação no sentido de que as Autoridades Tributárias devem, obrigatoriamente, aplicar os princípios e as regras previstas nas normas de processo administrativo em geral ao processo administrativo tributário. Ou seja, se vê a Impugnante obrigada, através do presente Auto de Infração, a recolher aos cofres estaduais valor superior à alíquota de ICMS base fixada pelo Estado, sobre operações que não contam com a incidência do tributo, por conta de mero descumprimento de obrigação acessória, o que se mostra totalmente desproporcional e descabido.

Entende que foi arbitrada multa proporcional aos valores referentes às operações de compra e venda sendo que, para a sua atividade – comercialização de energia elétrica, a Impugnante somente tem a obrigação de prestar informações ao Fisco e manter em dia seus livros de registro, já que não é contribuinte de ICMS nesta operação, visto que o tributo é diferido.

Assim, absurda a pretensão da fiscalização de vincular o valor da multa formal ao valor total das operações de compra e venda praticadas pela Impugnante, operações essas em que não há recolhimento do ICMS pela Impugnante.

Sobre a vinculação da multa formal ao valor total de sua operação, ou seja, ao seu preço de venda, copia entendimento de Hugo de Brito Machado, exposto em artigo elaborado para a revista Dialética, e frisa que eventual equívoco formal do contribuinte não trouxe nenhum prejuízo ao estado da Bahia, uma vez que não houve tributo que deixou de ser recolhido (posto que a operação não era tributada) ou mesmo não foi escriturado ou utilizado nenhum crédito de forma equivocada.

De fato, deve-se ter em mente que as penalidades têm por propósito conceder eficiência à lei, devendo, por conseguinte, guardar proporção com esse fim. Desse modo, cominar a presente sanção mostra-se inconciliável com os princípios da proporcionalidade da pena, da razoabilidade e do não-confisco que regem a ordem jurídica brasileira.

Traz conceitos do Direito brasileiro, sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como lições de Helenilson Cunha Pontes, Leandro Paulsen sobre o tema e entendimentos do STJ sobre a ilegalidade da imposição, pela Administração, de multa desproporcional e irrazoável.

Arremata que assim, não fossem todas as outras razões até aqui expostas, bastaria a (necessária) investigação acerca da relação de equivalência entre o montante da multa aplicada e a “gravidade” do comportamento da Impugnante para chegar-se inelutavelmente ao convencimento sobre a improcedência da autuação, considerando que a sanção imposta corresponde a 1% do valor da operação, para a qual, frise-se, não há imposto devido, mostra-se claramente confiscatória, o que é rechaçado pelo Direito positivado, como informa Sacha Calmon Navarro Coelho.

Logo, outro não poderia ser o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, como ratificam os acórdãos que reproduziu.

Assim, tem-se que totalmente desproporcional exigir da Impugnante o valor de R\$ 1.268.944,01 como sanção, acrescida de juros de mora, para mero descumprimento de obrigação acessória, que sequer prejudica o recebimento de imposto pelo Estado – já que, nas operações com energia elétrica praticadas pela Impugnante não há incidência de ICMS por conta do diferimento do tributo.

Finaliza solicitando o acolhimento dos argumentos acima mencionados, para que seja declarado insubsistente o lançamento fiscal, com o cancelamento e arquivamento definitivo do Auto de Infração nº 2021/000265, e protesta pela produção de todos os meios de provas admitidos em direito, em especial pela juntada de outros documentos complementares.

O autuante ao prestar Informação Fiscal, fls. 86 a 87, faz um resumo dos argumentos defensivos nos seguintes termos:

“Em sua defesa a autuada alega que a multa imposta à impugnante é exorbitante e confiscatória, visto que está vinculada ao valor total das operações praticadas entre a impugnante e terceiros – operações não tributadas em razão do diferimento do ICMS.

Ainda que, prossegue, a multa imposta na autuação não poderia ser calculada com base em percentual incidente sobre o valor das operações de saída (grifo nosso), realizadas pela recorrente ao longo dos anos bases, restando desproporcionalidade entre a infração e as possíveis consequências dela e que a base sobre a qual foi calculada perde o caráter educativo.

Prossegue argumentando que foi arbitrada multa proporcional aos valores referentes às operações de compra e venda (grifo nosso) sendo que, para a sua atividade – comercialização de energia elétrica, a impugnante somente tem a obrigação de prestar informações ao Fisco e manter em dia seus livros de registro, já que não é contribuinte de ICMS nesta operação, visto que o tributo é diferido.

Ressalta que eventual equívoco formal do contribuinte não trouxe nenhum prejuízo ao estado da Bahia, uma vez que não houve tributo que deixou de ser recolhido, posto que operação não tributada e que não houve utilização de crédito de forma equivocada.

Conclui o autuado que o valor exigido como sanção acrescida de juros de mora é totalmente desproporcional para mero descumprimento de obrigação acessória, que sequer prejudica o recebimento do imposto pelo Estado – já que, nas operações com energia praticadas pela impugnante não há incidência por conta do diferimento do tributo.

Em seguida se pronuncia no sentido de que a impugnante não nega o cometimento da infração, não questiona o montante levantado e sua argumentação parte de premissa errada de que autuação tem como base o valor das operações de saídas realizadas pela recorrente;

Transcreve o teor da acusação e informa que foram elaborados os demonstrativos às folhas 05 a 23v do PAF e que as justificativas defensivas somente convalidam o acerto do lançamento fiscal.

Quanto a gradação do percentual da multa aplicada diz que está conforme a legislação tributária, independente da consequência da omissão, e não cabe a esta autoridade fiscal definir.

Ressalta que a omissão da escrituração, mesmo de operações sem incidência do imposto, afeta o cálculo do Índice de Participação dos Municípios prejudicando os municípios onde estão estabelecidos os contribuintes responsáveis pelas operações omitidas, pois, o referido índice leva em consideração as entradas e saídas de mercadorias desses, afetando assim o valor do repasse aos municípios envolvidos, e, por consequência, penalizando as suas populações com a redução da disponibilidade de recursos orçamentários para a execução das políticas públicas.

Finaliza opinando pela PROCEDÊNCIA total do presente auto de infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide está relacionado ao descumprimento de obrigação acessória, e diz respeito a entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativos às fls. 05 a 23 e CD à fl. 24.

Em sede de Defesa, o Impugnante alegou que, de acordo com os atos constitutivos da empresa, anexados aos autos (doc. 1), tem como uma de suas atividades, a geração de energia elétrica, sendo que a multa ora exigida se refere às operações de compra e venda, relacionadas a referida atividade, e no seu entender, por não ser contribuinte do ICMS, nestas operações, visto que o tributo é diferido, a multa se mostra totalmente desproporcional e confiscatória.

De início destaco que todas as notas fiscais objeto do presente lançamento foram emitidas em nome da empresa autuada, e regularmente autorizadas, inexistindo qualquer documento de saída, emitido pelo defendente.

Assim é que a legislação prevê a aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal (art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96). Portanto, a legislação determina a necessidade de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada de mercadoria, bens, ou serviços, no estabelecimento, independente de ser destinada ou não à

comercialização, e não é condicionada a sua aplicação à ocorrência de prejuízo ou não ao erário estadual.

Friso que a lei não excepciona qualquer operação ou prestação, sendo irrelevante para a sua caracterização o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado.

Neste caso, caberia ao mesmo proceder a escrituração das mesmas e adoção das providências cabíveis junto aos emitentes dos referidos documentos fiscais para efeito do desfazimento da operação, acaso entendesse pertinente, lembrando que constitui obrigação de todos os Contribuintes acompanhar no sistema Nacional de Notas Fiscais da Receita Federal as notas fiscais emitidas que tenham seu estabelecimento como destinatário, conforme o estabelecido no Art. 89, §17, do RICMS/BA.

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

Assim, ante a inexistência da comprovação inequívoca de que não ocorrera a entrada das mercadorias constantes das Notas Fiscais indicadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, fls. 05 a 23, devidamente validada no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, tendo como destinatário o estabelecimento autuado, bem como, por não ter o Impugnante adotado os procedimentos preconizados pela legislação de regência, resta evidenciado o acerto integral da autuação.

No que diz respeito a alegação de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento de obrigação acessória é prevista no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao alegado caráter confiscatório, não pode ser apreciada por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Por outro lado, é vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/BA, baseado, apenas, no argumento de que houve violação a regras ou princípios constitucionais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207092.0008/22-6**, lavrado contra **ENEL GREEN POWER DELFINA B EÓLICA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.268.944,01**, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR