

A. I. N° - 130610.0203/08-0
AUTUADO - MULTISERV LTDA.
AUTUANTE - EDMUNDO NEVES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET 21.12.2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0371-05/09

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. SUBFATURAMENTO. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Constatado que em todas as infrações não há segurança quanto ao seu cometimento, falta indicação das fontes, demonstrativos e critérios que conduziram à autuação. Implica, portanto em cerceamento de defesa para o contribuinte, pois não há elementos suficientes para se determinar com precisão o cometimento das infrações. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 25/09/2008, exige ICMS, no valor de R\$ 449.889,90, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado (sub-faturamento comprovado). ICMS no valor de R\$ 162.591,90 e multa de 100%.
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 157.748,00 e multa de 60%.
3. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 124.950,00 e multa de 60%.
4. Deixou de apresentar Documento Fiscal quando regularmente intimado. Multa no valor de R\$ 4.600,00.

O autuado ingressa com defesa, fls. 1250 a 1261, com base nos seguintes argumentos:

Inicialmente ressalta a tempestividade de sua peça de defesa, que poderia ser entregue até o dia 04/11/2008, razão pela qual deve ser conhecida. Discorre sobre os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como sobre o ônus da prova. Reclama que ocorreu a decadência do direito de o fisco efetuar o lançamento tributário dos fatos geradores ocorridos até o dia 03/09/2003, pois teria sido notificado em 03/10/2008.

No mérito, na infração 1 aduz que o fisco promoveu uma ilação, onde por meio de indícios, pretende a autoridade presumir a ocorrência de fatos geradores em configuração distinta daquele efetivamente verificado. Ou seja, de que o faturamento praticado pelo contribuinte teria adotado valores distintos dos reais, contudo, não há previsão no artigo 2º, § 3º, do RICMS/97, para dar sustentação à hipótese mencionada na infração 1. Ademais, fica o contribuinte privado de conhecer exatamente os contornos do entendimento da fiscalização, porquanto não há nenhum esclarecimento acerca das razões que ditaram a desconsideração dos valores efetivamente utilizados.

Aduz que por maiores que sejam as distinções de bases de operações, não há fundamentação técnica ou legal para se exigir que todas estejam alinhadas no valor mais alto, nem, tampouco, para reputar as mais baixas como condutas fiscais inadequadas. No mais, a multa aplicada também não se mostra adequada, pois o valor constante das notas espelha o que realmente

sucedeu do ponto de vista comercial, pelo que se impõe o reconhecimento da improcedência da imputação.

Na infração 2, se abstém de reproduzir a legislação invocada, já que a mesma se limita a estatuir o fato gerador do ICMS, alíquotas, o resultado da aplicação da alíquota sobre a base, e o prazo de recolhimento do imposto. Aduz que estas disposições legais não guardam nenhuma relação com a imputação feita, o que fulmina a pretensão estatal. Vale dizer: o estado pretende exigir ICMS pelo fato de operações tributáveis terem sido consideradas como não tributáveis, sem que tenha apontado que afronta à legislação teria sido consumada.

Aduz que até onde pode verificar, com base nas esparsas informações de que dispunha, as operações listadas são remessas para industrialização, as quais conforme o art. 341 do RICMS, têm imposto suspensos. Além disso a multa é inadequada, pois não houve o cometimento da infração.

Na infração 3, salienta que a fiscalização invocou a mesma legislação apontada na pretensa infração anterior, mas inexistente qualquer relação entre o supedâneo legal e o alegado ilícito, o que basta para determinar a inviabilidade do lançamento. Por ter sido privado de qualquer documentação, e por desconhecer a infração, estes fatos geram a nulidade do lançamento, causada pelo cerceamento do direito de defesa.

Na infração 4, chama atenção a sua fragilidade, pois se verifica justamente o oposto, pois houve a retenção pela Fazenda da documentação obtida junto ao contribuinte, de tal maneira que a defesa fica prejudicada. Portanto não se sustenta essa exigência. Requer seja reconhecida a improcedência total do lançamento.

Em 26/11/2008, foram devolvidos os talões fiscais e reaberto o prazo de defesa, consoante documento de fl. 1274.

O autuado apresenta impugnação complementar, fl. 1277 a 1288, e na infração 01, reitera os argumentos expendidos na primeira impugnação, vez que a prova indireta não é uma representação tão segura do fato que se pretende provar quanto à prova direta, devendo ser claramente motivada. Reclama que não há como conhecer exatamente os contornos do entendimento da fiscalização, porquanto não há nenhum esclarecimento acerca das razões que ditam a desconsideração dos valores efetivamente utilizados.

Em primeiro lugar, reitera que não há como se falar em “sub-faturamento comprovado”, já que os preços praticados foram aqueles efetivamente recebidos. Informa que, uma vez processada a escória bruta de aciaria, os resíduos metálicos recuperados permaneciam com as usinas. O co-produto remanescente (escória processada), tinha por destinação natural o emprego como sucedâneo de outros agregados naturais (pavimentação, lastros de ferrovias, aterros, etc). Tal operação comercial, era feita pela impugnante, que recebia única e exclusivamente os valores consignados nas notas fiscais respectivas, o que evidencia que não se sustenta a alegação em questão.

Na infração 2, o acesso à documentação permite asseverar que a indigitada infração é espelho daquilo que a autoridade considerou a infração 1, pois há exata correspondência no aspecto temporal dos fatos geradores.

Conforme dito anteriormente, a impugnante vendia ao mercado as escórias processadas, mas para consumir tal operação era necessário que o material fosse carregado, daí a remessa para Sobremetal Recuperação de Metais Ltda, que se des incumbia de tal mister, recolhendo o ISS respectivo. Percebe-se que há duas operações casadas: uma venda efetuada pela impugnante secundada por uma remessa para Sobremetal, para que procedesse ao carregamento respectivo. Nesta linha fica evidenciado que a Fazenda Estadual não apenas pretende cobrar ICMS em operação sujeita a ISS, (vide inclusas notas fiscais), porquanto toda a infração 2 não passa de remessa para que a Sobremetal efetuasse o carregamento da mercadoria, como igualmente o faz por meio de bis in idem, eis que se trata de um único fato gerador da exação estadual, qual seja: a venda de escória.

Quanto à infração 3, à luz da documentação respectiva coloca as seguintes ponderações: Refere-se às operações expressas nas Notas Fiscais nºs 0596, 603, 617/618 e 639, o que evidencia que a pretensão fiscal é a de exigir ICMS sobre comodato ou remessa para conserto, conforme expressamente consignado na documentação fiscal respectiva, logo os bens objeto das referidas operações não são mercadorias. Portanto, não estão sujeitas ao ICMS conforme Súmula nº 573 do STF.

Quanto à infração 4, aduz que não há reparo a fazer em relação ao que restou assinalado na primeira impugnação. Afirma que diante da inexistência de exata informação a exigência torna-se completamente insustentável, razão pela qual entende que deve ser reconhecida sua nulidade.

Diante do exposto, requer seja reconhecido a improcedência total do lançamento, seja por cerceamento do direito de defesa causado por retenção da documentação utilizada para conceber a autuação, seja pela decadência, seja pela impossibilidade de se tributar a remessa para industrialização ou, ainda, seja pelo equivocado enquadramento legal nas imputações ultimadas.

Requer prazo para a juntada dos comprovantes de recolhimento do ISS, com o que se provará a inviabilidade da pretensão fiscal do Estado.

O autuante presta informação fiscal, à fl. 1295, nos seguintes termos:

Afirma que o auto de infração foi lavrado em virtude de ter o autuado faturado as mercadorias por ele vendidas por preço inferior ao praticado pelo mercado, ou seja, uma tonelada de escória de ferro por R\$0,02 (dois centavos), o que se mostra incompatível até mesmo com suas despesas.

Ressalta que a análise dos fatos e dos documentos acostados ao Auto de Infração, levam a conclusões de que houve sim subfaturamento.

Aduz que as notas fiscais emitidas como simples remessa sem o devido retorno, não foram explicadas a contento pela defesa.

Alega que o autuado emitiu nota fiscal de transferência de máquina, cuja nota fiscal está carimbada por diversos postos fiscais e cancelou esta nota fiscal sem anexar o canhoto da referida Nota Fiscal.

Afirma não ser verdade a pretensão estadual de exigir imposto de comodato, transferência e remessa para conserto. A realidade é que o autuado não comprova o retorno dos bens ou mercadorias enviadas, e no caso da máquina, cancelou uma nota fiscal que já havia dado trânsito ao bem.

Analisa que o autuado argumenta que não houve prejuízo na não apresentação dos livros e documentos, mas, mesmo que a empresa, seja ela qual for, entenda que não há necessidade de apresentar livros e documentos, ela tem a obrigação legal de apresentá-los.

Dessa forma, requer a procedência total do auto de infração.

VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou a decadência do direito de cobrança dos tributos cujo fato gerador ocorreu antes de 03/09/2003, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2008, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 25/09/2008 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

“Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

...

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2003, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2009.

No mérito, na infração 1 é imputado ao autuado a ocorrência de subfaturamento nas saídas de mercadorias (escória), o que resultou em recolhimento a menos de ICMS. Deste modo a acusação versa sobre a utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado no mercado. Consta na descrição fática que o faturamento da empresa autuada é incompatível com os preços por ela praticados, ou seja, a autuada coloca na sua nota fiscal o preço de R\$ 0,02 por tonelada vendida, quando na realidade o preço não é este como demonstrado através da apresentação de diversas notas fiscais.

Inobstante a infração referir-se aos exercícios de 2003 e de 2004, além do exercício de 2005, constato que o autuante tomou por base o preço praticado pelo contribuinte para o mesmo produto, no exercício de 2005, ou seja, o valor da tonelada de escória, de R\$ 6,1, como consta no demonstrativo de fls. 26 a 35 do PAF, ou seja, o auditor fiscal promoveu um arbitramento da base de cálculo do ICMS. Contudo, tratando-se de uma medida a ser aplicada nos casos em que haja sonegação do imposto e não for possível a aplicação de outros métodos de auditoria, segue regras próprias, previstas na legislação do ICMS, arts. 937 e 938.

Partiu a fiscalização da acusação de que os valores de vendas declarados nos documentos fiscais são notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias, mas não comprovou devidamente qual seria o preço no mercado varejista. A contrario *sensu*, utilizou o preço praticado pelo mesmo contribuinte, um ano e dois anos após a ocorrência do fato gerador do ICMS, ou seja, após as saídas das mercadorias do estabelecimento. Portanto, falhou nesse aspecto, fundamental para a quantificação da base de cálculo, que deve ser certa e determinada, livre de dúvidas para que torne o lançamento perfeito e apto a surtir efeitos jurídicos e legais, não foi o que ocorreu na presente situação.

Também no compulsar das notas fiscais anexas ao PAF, relativas à esta infração verifico que as mesmas, formalmente são idôneas, pois não há comprovação de que houve omissão de indicações, não ser o documento legalmente exigido para a respectiva operação, e guarda ainda os requisitos e exigências regulamentares, inclusive com prazo de validade não vencido.

Quanto ao aspecto trazido na acusação, em que embora revestido das formalidades legais, os documentos fiscais teriam sido utilizados com o intuito comprovado de fraude, não há comprovação nos autos, de que estes fatos tenham ocorrido. É que a fraude não se presume e cabe a quem acusa provar a sua alegação. Verifico que não há substrato material que comprove a acusação, no presente caso, bem como que as notas fiscais emitidas estão formalmente perfeitas.

Outrossim, caso fosse realmente detectado que o contribuinte prestou declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias; estaria a fiscalização autorizada a arbitrar o valor da base de cálculo do imposto, mas para tanto teria que se utiliza uma dos métodos previstos no art. 938 do RICMS/BA, e não a forma que utilizou no

presente lançamento, além de comprovar o efetivo preço praticado no comércio varejista, nos exercícios objeto da autuação.

Por esses motivos, entendo que a infração está eivada de vícios insanáveis e decreto a sua nulidade.

Na infração 2, consta a acusação de que a empresa autuada emitiu diversas notas fiscais a título de “simples remessa”, para empresas diversas, sem o devido retorno.

Constato que o autuante utilizou o preço arbitrado de R\$ 6,1 por tonelada para compor a base de cálculo das notas fiscais que fazem parte da autuação, consoante o demonstrativo de fls. 26 a 35, procedimento que também não está respaldado em provas, e encontra-se efetivamente ligado à acusação anterior, o que também fulmina de nulidade o lançamento. Infração nula.

Na infração 3, consta a acusação de que o autuado emitiu as Notas Fiscais nºs 603, 617, 618 e 639, como “outras saídas não especificadas” e “remessa para conserto”, sem a devida correspondência, nem os contratos correspondentes. Na descrição fática há o relato de que o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 596, de 19/09/2003, fl. 393, como transferência de uma máquina, nota fiscal irregularmente cancelada, pois possui diversos carimbos de postos fiscais, está sem o canhoto, fatos que indicam o trânsito das mercadorias.

Ocorre que não há demonstrativos das notas fiscais apontadas, nem a indicação do ano de fabricação dos bens, que podem ter a incidência do ICMS reduzida, de acordo com data de aquisição dos mesmos. Deste modo, não há segurança quanto à infração, pois falta a parte integrante do Auto de Infração, qual seja o demonstrativo da base de cálculo, fato que fulmina de nulidade a infração.

Na infração 4, consta a multa em decorrência da falta de apresentação de documentos fiscal.

Constato que também não estão discriminados quais os documentos não foram entregues, já que alguns foram apresentados, tanto que a fiscalização foi realizada. Assim, não há segurança quanto à acusação, pelo que entendo nula a infração, consoante disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, pois o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **130610.0203/08-0**, lavrado contra **MULTISERV LTDA**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2009.

TOLSTOI SEARA.NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR