

A. I. N° - 120018.0032/08-7
AUTUADO - AON DE OLIVEIRA
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUZA, FRANCISCO NELSON DE SOUZA FILHO e JOÃO ROBERTO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 18.05.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0103-02/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIAS DE DADOS ENTRE AS VIAS DOS DOCUMENTOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE AS DIFERENÇAS. Fato demonstrado nos autos, diferença apurada no cotejo entre o valor constante entre as vias das mesmas Notas Fiscais. Não acolhidas as arguições de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2008, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$75.489,20, acrescido da multa de 150%, decorrente de recolher a menos o ICMS em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas Notas Fiscais.

O autuado apresentou defesa, fls. 396 a 399, preliminarmente, requer pela decadência para os fatos geradores ocorridos antes de 29/12/2003, em conformidade o Art. 156, V, do Código Tributário Nacional – CTN.

Argüi nulidade do Auto de Infração alegando falta de entrega de documentos dos documentos que embasaram a autuação, cerceando seu direito de defesa, observando que o fisco constatou divergências entre as 1ªs e 3ªs vias das notas fiscais informadas por terceiros.

Alega que na elaboração dos cálculos do débito e seu respectivo demonstrativo, com a conferência de nota por nota, se deu sem a presença de representante da empresa, quando deveria ter sido comunicado à empresa fiscalizada a data, hora e local onde seriam procedidas as conferências documentais, para que se pudesse fazer presente, inclusive podendo exercer o seu direito de impugnar todo e qualquer documento estranho ao exercício da empresa.

Reitera que o agente fiscal não fez acompanhar o auto de infração dos documentos que serviram de base ao cálculo do suposto ICMS recolhido a menos.

Diz que a multa aplicada no percentual de 150%, foi equivocadamente amparada no art. 42, inciso V, alínea “c”, da Lei 7.014/96, o que majora o suposto débito desta empresa para o valor que entende ser absurdo e ilegal, quando deveria ser aplicado o percentual previsto na alínea “a” do inciso I, do art. 42, da Lei 7.014/96, ou seja, 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares.

Acrescenta que a empresa passa por precária situação financeira que não lhe dá no presente momento lastro ao pagamento dos valores imputados no auto de infração, mormente pela crise geral de créditos que passa não só o Brasil como também o resto do mundo, sem falar na já conhecida excessiva carga tributária do Brasil, circunstância que impede que as pequenas e micro empresas sobrevivam por mais de dois anos.

Ao concluir, requer pela decadência relativa a período anterior a 29/12/2003, bem como seja determinado dia, hora e local para que os Auditores Fiscais juntamente com o representante da empresa autuada ou pessoa por ele indicada, possam conferir os documentos da empresa, bem como ainda as notas fiscais fornecidas por terceiros, possibilitando assim a ampla defesa de sua defesa e do contraditório, conforme garantidos pela Constituição final, possa rever o próprio auto de infração, fazendo as dev.

esposado nestas razões. Requer ainda que, acaso reste comprovado que ainda existem valores a recolher, sobre eles incidam o percentual legal de 50%, conforme a legislação acima anunciada, mais o benefício do art. 45 supra citado.

O auditor autuante, fls. 404 a 407, ao prestar a informação fiscal, ressalta que a defendente foi autuada por adulteração de vias de notas fiscais, fato amplamente conhecido pro “calçamento de notas fiscais”, tendo acostados aos autos cópias ou vias destinadas do fisco das notas fiscais do emitente, com os valores que serviram de base à sua escrita e ao cálculo do imposto recolhido, fls. 44 a 247. Salienta que foram igualmente juntadas as cópias das notas fiscais correspondentes a partir da folha 249. Dado à quantidade de provas, não há quaisquer possibilidade de dúvidas quanto a procedência da ação fiscal.

Salienta que em nenhum momento, em suas alegações defensivas, o autuado contesta os dados constante do levantamento fiscal.

Quando a alegação de decadência em relação ao exercício de 2003, aduz que o Art. 965, I, do RICMS/97, define que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em relação a falta de acompanhamento da ação fiscal, por preposto do autuado, salienta que não existe na legislação tributária base legal para tal procedimento, até mesmo porque a ação fiscal se iniciou com uma Intimação ao contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais e se encerrou com a lavratura do Auto de Infração, ficando disponível para consulta e até mesmo retirada de cópia pelo contribuinte, não podendo prosperar a alegação de cerceamento de defesa.

No tocante ao argumento defensivo de falta de juntada aos autos da documentação comprobatória do ilícito reclamado, diz que basta compulsar os autos para verificar que as notas fiscais foram acostadas a partir da folha 44.

Relativamente a multa aplicada, transcreve o art. 915, V, “c”, o qual determina a multa de 150%, para a infração.

Ao finalizar, opina pela procedência da autuação.

O PAF foi convertido em diligência para que fosse entregue ao contribuinte cópia das notas fiscais e reabertura do prazo de defesa. À folha 413 consta recibo firmado pelo contribuinte, no qual consta a entrega das cópias das notas fiscais, 44 a 389, que embasaram a autuação e a intimação sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 dias.

Em nova manifestação defensiva, fls. 415 e 416, o contribuinte reiterou sua defesa inicial, acrescentando que as notas fiscais folhas 140, 141, 194 e 195 não possuem 2ª via fixa no talão, mas sim a 3ª via com valor diverso no talão, o que teria gerado equívoco no valor apurado.

Em nova informação fiscal o autuante reitera os argumentos anteriores.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de divergências de informações entre as vias das mesmas Notas Fiscais (Calçamento de notas fiscais).

Em relação a arguição de nulidade por não ter sido entregue ao sujeito passivo cópia das notas fiscais em embasaram a autuação, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que o PAF foi convertido em diligência, tendo o impugnante recebido cópia das referidas notas fiscais mediante recibo firmado à folha 413 dos autos, sendo intimado da reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Ressalto que as citadas notas fiscais foram acostadas aos autos pelo autuante desde o início da constituição do processo. Portanto, não cabe a alegação de cerceamento do direito de defesa.

De igual modo, não pode ser colhido a arguição de nulidade em relação a falta de acompanhamento da ação fiscal por preposto do autuado durante o procedimento fiscal, uma vez que não existe tal previsão da legislação tributária. A fiscalização é exercida, única e exclusivamente, por preposto da Secretaria da Fazenda. Ao contribuinte é assegurado o direito de defesa, após lavratura do Auto de Infração, sendo-lhe concedido o prazo legal de 30 dias para tal, procedimento que foi observado na presente lide em duas oportunidades. O autuante, fls. 08 a 21, acostou o demonstrativo especificando, para cada nota fiscal, a data de emissão, o número, no valor da 1ª via, o valor da 3ª via, a diferença que corresponde a Base de Cálculo e o ICMS devido, que foi entregue ao contribuinte, fls. 393 e 394. Às vias das notas fiscais foram acostadas às folhas 44 a 389 dos autos, igualmente foi entregue o sujeito passivo, fl. 413. Logo, também não cabe a alegação defensiva.

Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade.

Em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período 01/01/2003 a 29/12/2003, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à 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, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será 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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessário a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo emitido notas fiscais com vias em valores diferente, omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplica-se, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a função do § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, o fisco teria até o dia 31/12/2008 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 12/11/2008 não se configurou a decadência.

Superada as questões preliminares, no mérito, observo que o sujeito passivo não questionou os dados e valores constantes nos demonstrativos que embasaram a autuação. Por sua vez, a infração encontra-se embasada nos demonstrativos acostados às folhas 08 a 21, onde foram especificadas cada nota fiscal, a data de emissão, o número, o valor da 1ª via, o valor da 3ª via, a diferença que corresponde a Base de Cálculo e o ICMS devido, que foi entregue ao contribuinte, fls. 393 e 394. Às vias das notas fiscais foram acostadas às folhas 44 a 389 dos autos, igualmente foi entregue o sujeito passivo, fl. 413.

Quanto a alegação genérica de que as notas fiscais folhas 140, 141, 194 e 195 não possuem 2ª via fixa no talão, a mesma não é capaz de elidir a autuação, principalmente, que a responsabilidade pela aguada dos talões é do contribuinte, sujeito passivo da relação jurídico tributária. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Quanto a multa aplicada, entendo que foi corretamente indicada, pois trata-se de multa específica, prevista no Art. 42, V, “c”, que determina que será de 150% do valor do imposto, quando houver divergências de informações em vias do mesmo documento fiscal, que impliquem seu recolhimento a menos, não podendo ser acolhido o pedido do contribuinte para redução da mesma para 50%.

Quanto ao pedido para redução prevista no art. 45, o mesmo não pode ser acolhido, uma que o benefício da redução prevista no citado artigo somente se aplica nas multas previstas nos incisos I, II, III, VI e VII do art. 42, excetuada a hipótese da alínea “d” do inciso II. Como a multa aplicada foi a prevista no inciso V, não há possibilidade de redução do valor da multa.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **120018.0032/08-7**, lavrado contra **AON DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.489,20**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DA

ÂNGELO MARIO DE A