

A. I. N° - 206960.0062/10-2

AUTUADO - GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.

AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA

ORIGEM - SAT/COPEC

INTERNET - 06.03.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0017-02/13

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Operações escrituradas nos livros fiscais e informadas na DMA – Apuração e Informações Complementares. O sujeito passivo não impugnou a infração, mas pede redução da multa. Pedido negado por se tratar de descumprimento de obrigação principal, e ser de competência da Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/05/2010, para exigir ICMS no valor de R\$4.421.115,42, referente aos meses de janeiro a setembro de 2009, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de: “Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS Normal lançado e não recolhido, conforme livro Registro de Apuração do ICMS e DMA’s.” Em complemento consta na descrição dos fatos: *ICMS Normal lançado e não recolhido, conforme Livro Registro de Apuração do ICMS e DMA's. Estão anexados a este Auto de Infração – A.I.: o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, o Anexo do Demonstrativo do A.I., a planilha de levantamento do débito tributário; cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS, cópias das DMA's, e demais documentos comprobatórios*

O autuado, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 35 a 42, preliminarmente com fulcro no artigo 151, inciso III do CTN, requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto perdurar a discussão administrativa acerca da obrigação tributária em questão, com a devida repercussão nas certidões de regularidade fiscal.

Em seguida, o patrono do autuado, dizendo que a conclusão fiscal está baseada em dados declarados nos livros fiscais e demonstrativos mensais de apuração do imposto que enviou à SEFAZ, transcreveu os artigos 113 e 138 do Código Tributário Nacional (CTN), para arguir ilegalidade da multa aplicada, visto que, “a conduta da Gasforte é de quem, embora enfrentado problemas de caixa que vem impedindo o adimplemento tempestivo de alguns tributos, insiste em cumprir à risca seus deveres acessórios, em clara colaboração para com os interesses do fisco...” e que “a conduta ordeira do contribuinte e a harmonia do seu comportamento diante da legislação posta revelam sua boa fé”, e requer “que sejam atenuadas as multas impostas para, no máximo, 20%, sob pena de adentramento no território do confisco...”. Transcreve posicionamento de Ministro do STF e lição de renomado tributarista sobre esta questão.

Ressalta que nos tribunais superiores vigora o entendimento segundo o qual a denúncia espontânea acompanhada do pagamento do tributo, mais os juros, afasta a incidência da multa moratória. Com base nisso, argumenta que se a confissão do contribuinte é posterior à ação fiscal ou desacompanhada do pagamento, incide a multa. Entretanto, argumenta que tal penalidade pecuniária, neste caso, tem natureza punitiva e deve ser sensível a atenuantes.

Reforça que se o contribuinte confessa sua dívida antes da ação fiscal e faz pagamento, afasta a penalidade. Se confessa, mas não tem como pagar, não afasta a multa, mas não pode ser desprezado o seu comportamento benigno ao fisco e seu efeito atenuante sobre o comportamento infrator. Portanto, salienta que a multa é proporcional à gravidade da conduta, representando um verdadeiro confisco a ferir o art. 150, IV da Constituição Federal

Concluindo, requer:

- “a) Suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário constante do AI;*
- b) Não inscrição do suposto crédito tributário enquanto perdurar a discussão administrativa;*
- b) Concessão de certidão positiva com efeito de negativa alusiva ao suposto crédito tributário enquanto perdurar a discussão a administrativa;*
- c) Reconhecimento do excesso confiscatório das multas aplicadas e reforma do AI, reputando totalmente improcedente o AI nesse ponto e impondo correção no sentido de realinhar a penalidade para 20% em cada caso”.*

Na informação fiscal às fls.48 a 50, os autuantes rebateram as razões da defesa nos seguintes termos.

Em relação ao pleito do autuado para que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário, argumentam que é descabida tal pretensão, pois todos os processos percorrem o trâmite normal previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, e será analisado e julgado pelo CONSEF, nas duas instâncias julgadoras, podendo também ser analisado pela PROFIS, quando ocorrem dúvidas a serem dirimidas sobre a interpretação das leis tributárias vigentes.

Se abstiveram de comentar a alegação defensiva de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, bem como, o pedido para a sua redução, por considerarem que trata-se de matéria da competência do CONSEF e/ou PROFIS.

Concluem ratificando sua ação fiscal, pugnando pela procedência total do Auto de Infração.

Conforme despacho de fl. 51 verso, o PAF foi encaminhado à Coordenação Administrativa do CONSEF pelo então Relator para que fosse analisada a tempestividade da defesa.

A Coordenação Administrativa do CONSEF por sua vez, destacando que a revelia encontra-se consignada à fl. 33, decorrente da data de ciência “AR”, em 26/05/2010, fl.32, e ingresso da defesa em 30/08/2010, fl. 34, encaminhou o processo à SAT/COPEC, por entender que ocorreria a mudança da data da ciência, fl.44, e considerada tempestiva a defesa sem constar nos autos justificativa ou comprovação alguma para a alteração promovida através dos despachos às fls. 46 e 46.

À fl.53, a COPEC/GEFIS na pessoa de seu Supervisor, informa que apesar de constar o “AR” com data de ciência em 26/05/2010, a cópia do referido PAF não chegou às mãos do autuado, sendo, então, em data de 30/07/2010, na repartição formalizada a ciência do Auto de Infração, com a entrega de cópia do referido AI, com reabertura de novo prazo de defesa, conforme consta no Sistema SIGAT, tendo retornado o processo ao CONSEF.

O CONSEF se manifesta às fls.54 a 56, e após analisar os autos, concluiu que em decorrência da falta de argumentação apresentada pelo autuado para justificar a intempestividade de sua defesa, e sendo constatado que houve, efetivamente, decurso de prazo ultrapassado para impugnação do lançamento, sugeriu que fosse o presente processo encaminhado para a SAT/COPEC a fim de que fosse lavrado o respectivo Termo de Revelia, cientificando o sujeito passivo da intempestividade verificada, concedendo-lhe prazo legal de dez dias, para, querendo, interpor Recurso contra o arquivamento da defesa protocolada.

Conforme intimação e AR dos Correios, fl. 58, o autuado foi intimado no endereço sítio Rua Jerônimo Sodré, sala 02, 1º andar, Bairro Campo do América, Jequié/BA, para tomar conhecimento da decisão de considerar intempestiva a peça impugnatória ao auto de infração e

se manifestar no prazo de 10 (dez) dias sobre o arquivamento da defesa protocolada, conforme artigo 173 do RPAF/99.

O patrono do autuado, fls.60 a 67, interpõe recurso impugnatório ao arquivamento de defesa pelos fatos e fundamentos a seguir declinados.

Quanto a conclusão de fls. 54 a 56 onde o Auditor Fiscal parecerista considerou intempestiva a defesa apresentada por entender que não consta no processo qualquer documento que dê embasamento para a mudança de 26/05/2010 para 30/07/2010, conforme documento à fl. 44, o defendente destaca que a questão central reside em determinar a data em que o contribuinte tomou ciência do processo.

Enfatiza que a data em que efetivamente tomou ciência foi 30 de julho de 2010, e que de acordo com o artigo 109, inciso I, do RPAF/99, para que se considere efetivada a intimação, é necessário que a mesma seja recebida pelo sujeito passivo ou interessado. No caso, diz que a assinatura que consta do “AR” (fl. 32) não pertence a representante, nem preposto ou qualquer dos funcionários que fazem parte da Gasforte.

Afirma que “a intimação não foi entregue nem a preposto nem a representante da empresa, mas sim a pessoa estranha ao quadro funcional do contribuinte”, e que o termo de revelia, fl.33, partiu de uma presunção equivocada de que o mesmo tivesse recebido a intimação, uma vez que consta na fl. 32 dos autos um “AR” assinado por alguém.

Com base nisso, sustenta que não foi dada ciência ao sujeito passivo interessado, ferindo o disposto no art. 2º e o art. 109 do RPAF, impondo a nulidade do ato com fulcro no inciso II do artigo 18 do citado Regulamento.

Informa que em julho de 2010, já superado o prazo de defesa baseado na intimação defeituosa, um dos prepostos do contribuinte dirigiu-se à Repartição Fazendária, tomou conhecimento do processo e fez prova do defeito na intimação enviada pelo correio.

Ressalta que naquela ocasião a autoridade competente reconheceu o vício do ato de intimação e, ao invés de criar um incidente processual de maior envergadura e que demandaria mais tempo, prestigiou o informalismo e a rápida solução do litígio preconizados no art. 2º do RPAF, optando por sanar o defeito processual mediante a ciência imediata no corpo dos autos no dia 30/07/2010.

Com base nesses argumentos, o defendente não concordou com a decretação da intempestividade da defesa pelo auditor fiscal informante, por considerar que esta somente pode decorrer da decretação de imprestabilidade do despacho de fl. 53 que reabriu a contagem do prazo defensivo, e que não existem os elementos necessários à anulação do citado despacho.

Destaca que é firme o entendimento no sentido de que a anulação do ato administrativo, quando afete interesses ou direitos de terceiros, deve ser precedida do contraditório, sob pena de afronta ao texto constitucional no art. 5º, LV.

O defendente frisa que o auditor parecerista sequer reputa nulo o ato, apenas discorda de seu teor, e argui que a questão ganha contornos estritamente técnicos, com base no seguinte:

- a) *a mera discordância acerca do teor do ato administrativo ou de sua forma ou fundamentos (despacho de fl. 53) não é suficiente para impedir que tal ato produza efeitos;*
- b) *em nenhuma passagem da decisão aqui discutida se vê reputado nulo o despacho de fl. 53;*
- c) *se não anulado o despacho não se pode anular os efeitos de tal decisão administrativa, isto é, a data de efetiva ciência do contribuinte é 30.07.2010 e seu prazo de defesa conta a partir daí;*
- d) *neste cenário, reputar intempestiva a defesa do contribuinte sem anulação do despacho que reabriu o prazo defensivo é ato revestido de escancarada afronta ao direito de defesa do contribuinte, medida desprovida de amparo no ordenamento jurídico vigente e que afronta abertamente o devido processo.*

Concluindo, requer:

- a) que a presente impugnação seja recebida com efeito suspensivo, promovendo suspensão imediata da exigibilidade do suposto crédito tributário;
- b) reconhecimento da firmeza do despacho administrativo (fl. 53) que formalizou a ciência do AI e reabriu a contagem do prazo defensivo;
- c) reconhecimento da ausência de elementos suficientes e das formalidades necessárias ao questionamento de validade do despacho de fl. 53;
- d) reconhecimento de que a data de efetiva ciência do AI foi 30.07.2010, uma sexta-feira;
- e) reconhecimento de que o prazo defensivo iniciou em 02.08.2010, segunda-feira, e findou em 31.08.2010;
- f) reconhecimento da tempestividade da defesa e encaminhamento da mesma para apreciação pelo órgão competente;
- g) concessão imediata de certidão positiva com efeito de negativa alusiva ao suposto crédito tributário aqui discutido.

Consoante despacho de fl. 71, o processo foi baixado em diligência à COPEC para que fossem informadas de forma detalhada e clara as razões da alteração de data de ciência do contribuinte.

A SAT/COPEC/GEFIS, fl. 72, considerando que a intimação remetida por via postal com aviso de recebimento – AR fora entregue a pessoa estranha ao quadro funcional do contribuinte, bem como os argumentos de fato e de direito apresentados pelo patrono do autuado, justificou que, em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, resolveu intimar pessoalmente o contribuinte sobre a reabertura do prazo regulamentar de 30 (trinta) dias para recolhimento do débito reclamado ou apresentar defesa administrativa.

A Coordenação Administrativa do CONSEF, fl. 74, retornou o processo para que a COPEC juntasse ao processo a informação e aguardasse o prazo de 30 (trinta) dias da reabertura do prazo.

Funcionário da COPEC, fl. 75, diz que para a diligência solicitada o autuado já apresentou defesa conforme documentos fls.34 e 43, sendo também prestada informação fiscal pelo autuantes, fls. 48 a 50.

Atendendo ao despacho de fl.76, a COPEC junta a intimação de fl. 77, acompanhada de informações do INC, e de comprovantes dos Correios referentes a recebimento da intimação (fls.79 a 81).

VOTO

Inicialmente, saliento que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, que se encontra fundamentada em diplomas legais vigentes, e no demonstrativo e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, não ensejando em qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, especialmente qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, inocorrendo, assim, quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

No caso da intempestividade da defesa apresentada em 30/08/2010, analisando as peças processuais, constato que restou evidenciado nas informações prestadas pela SAT/COPEC/GEFIS que efetivamente a intimação dando ciência ao autuado do lançamento em 26/05/2010, conforme AR dos Correios AR à fl. 32, foi assinada por pessoa estranha ao quadro funcional do contribuinte. Portanto, considerando que, a repartição fazendária admitiu que o contribuinte autuado não havia recebido cópia do PAF, tendo formalizada a entrega do mesmo em 30/07/2010, com a reabertura do prazo de defesa, entendo que o prazo defensivo iniciou em 02/08/2010 e findou em 31/08/2010, e a

defesa apresentada pelo contribuinte às fls. 35 a 42 deve ser conhecida, porquanto foi tempestiva sua apresentação.

No tocante ao pedido para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, observo que, consoante o art. 151, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual considero que o pedido formulado pelo impugnante no sentido de que haja suspensão da exigibilidade do crédito tributário é desnecessário, pois já previsto em lei.

Igualmente, o pedido do patrono do autuado para que seja concedida positiva com efeito de negativa alusiva ao suposto crédito tributário enquanto perdurar a discussão a administrativa, tal matéria deve obedecer ao que dispõe o artigo no artigo 105 do RPAF/99, não cabendo apreciação nesta instância de julgamento.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a imputação de que o contribuinte autuado deixou de recolher nos prazos regulamentares, o ICMS, no valor de R\$4.421.115,42, referente aos meses de janeiro a setembro de 2009, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a da Lei nº 7.014/96 referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios e declarados na DMA, conforme documentos às fls. 07 a 29.

Considerando que o autuado não nega em sua peça defensiva que a exigência fiscal se refere a imposto lançado nos livros fiscais, bem como, que não tivesse efetuado os recolhimentos dos valores nos prazos regulamentares, considero procedente o presente lançamento tributário, com fulcro no artigo 140 do RPAF/99.

Quanto ao pedido de redução, de 20%, da multa pelo descumprimento de obrigação principal neste processo, não pode ser acolhido, pois a multa aplicada na infração está prevista no dispositivo legal mencionado, qual seja, artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, não competindo a esse órgão julgador nesta instância de julgamento, a prerrogativa para a sua redução, a teor do que dispõe no art. 42, § 8º da Lei 7014/96, regulamentado pelo art. 159 do RPAF/BA, sendo que tal pedido poderá ser requerido à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade.

Ante o 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 206960.0062/10-2, lavrado contra **GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.421.115,42**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR