

A. I. Nº - 108580.0009/11-2
AUTUADO - EURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO ESQUADRIAS E ARTEFATOS LTDA.
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO e SÉRGIO PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP/INDÚSTRIA
INTERNET - 25. 04. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-01/13

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS COM DESTAQUE DO IMPOSTO, PORÉM LANÇADAS SEM TRIBUTAÇÃO. Alegação defensiva de que os autuantes elaboraram as Planilhas considerando a alíquota uniforme de 17%, quando existiam notas fiscais arroladas na autuação cujos destinatários eram contribuintes localizados noutros Estados, portanto, a alíquota não poderia ser de 17%, bem como de existência de notas fiscais arroladas na autuação cuja natureza da operação diz respeito a saídas não tributadas pelo ICMS, restou parcialmente comprovada. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade. Rejeitada a decadência arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2012, exige ICMS no valor de R\$412.363,85, acrescido da multa de 60%, por ter deixado de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, fevereiro, março, junho, setembro e dezembro de 2008, fevereiro, março e abril de 2009.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 392 a 394), inicialmente, requerendo que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais na ação administrativa que ora se instaura, sob pena de nulidade.

Suscita preliminar de nulidade do lançamento, por insegurança na determinação e apuração da infração e valores, bem como por cerceamento do direito de defesa, sob o fundamento de que a acusação é vazia e genérica (prática de operações tributáveis como não tributáveis), sem qualquer esclarecimento acerca da natureza das operações ou demonstrações analíticas pertinentes, que não lhe foram apresentadas.

Salienta que a exigência fiscal se concentra nos meses de junho, agosto e setembro de 2007, março e setembro de 2008 e fevereiro e março de 2009, maiores valores, chegando ao absurdo de apontar como base de cálculo R\$1.143.155,11, como se fossem operações tributadas assim não tratadas, contudo, nenhuma demonstração analítica da origem dos valores lhe foi apresentada, tornando o lançamento eivado de vício insanável.

Diz que, por outro lado, ainda que o lançamento atendesse ao disposto no art. 46, do RPAF, as importâncias relativas aos fatos ocorridos até 13/07/12, data de sua intimação, estariam alcançadas pela decadência, pois decorridos 5 anos dos fatos geradores.

Ressalta que esse entendimento encontra amparo no STF, que firmou a Súmula Vinculante 8, definido que: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e*

os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.". Acrescenta que, além disso, recente decisão do STJ que anexa, também suporta a decadência ora suscitada, devendo se fazer a exclusão das parcelas relativas aos meses de 2007, até os fatos geradores ocorridos no dia 13/07/2007, caso a nulidade de todo o PAF, por cerceamento do direito de defesa, seja superada.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, dependendo do resultado da revisão, a improcedência. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, revisão para alcançar a verdade material.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls. 409/410), consignando que a autuação trata de vendas efetuadas pelo contribuinte com emissão de notas fiscais, com destaque do ICMS, contudo, estes valores não foram apresentados para fins de recolhimento do ICMS no livro Registro de Apuração do ICMS em momento algum.

Dizem que o autuado alega a ocorrência de decadência, entretanto, não cita uma nota fiscal de um ano anterior a 2007. Observa que todas as notas fiscais arroladas na autuação dizem respeito aos exercícios de 2007 a 2009, portanto, amparadas pela legislação que trata do direito do Estado de constituir o crédito tributário, fora do período de decadência e da prescrição.

No que tange à entrega das intimações e do Auto de Infração e seus anexos, informam que houve recusa do Contador do contribuinte em assinar, bem como em comparecer a Inspetoria Fazendária para receber os anexos, sob a alegação de que pela falta de pagamento dos seus honorários não mais representava o autuado. Frisam que procuraram o contribuinte, porém, o estabelecimento se encontrava fora de operação e não foi possível entregar o Auto de Infração.

Salientam que fizeram valer o que lhes confere a legislação estadual e mesmo assim não foram atendidos pelos representantes da empresa, conforme documentos de fls. 384/385, forçando o envio do Auto de Infração através de via postal (AR).

Registraram que o contribuinte está fora de operação e tem o benefício do DESENVOLVE, contudo, jamais pagou um centavo de ICMS mesmo tendo saldo devedor.

Salientam que o contribuinte é beneficiário do DESENVOLVE para fabricar esquadrias de PVC e nunca confeccionou uma única peça, mas sim esquadrias de alumínio, para a qual não tem direito a benefício fiscal algum.

Finalizam mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão, deliberou pela conversão do feito em diligência a IFEP INDÚSTRIA (fl. 414), a fim de que o órgão competente intimasse o autuado, entregando no ato, mediante recibo específico, cópias das Planilhas de fls. 09 a 14 elaboradas pelos autuantes. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que se manifestasse.

Cientificado sobre a diligência e tendo recebido cópia das Planilhas de fls. 09 a 14, o autuado se manifestou (fls. 427 a 429), inicialmente, reiterando, o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da empresa na ação administrativa que ora se instaura, conforme poderes constantes do instrumento de procuração.

Frisa que a intimação ora respondida, a despeito da presente solicitação constar expressamente da defesa, sendo certo de que não mais exerce suas atividades, foi encaminhada ao endereço de um dos sócios da empresa, conforme anexo, pelo que só foi entregue aos advogados mais de 15 dias depois, provocando grave prejuízo à defesa, razão pela qual pede a nulidade da intimação, a fim de que se atenda o quanto consta do item 01 da defesa, em consonância com os poderes destacados na procuração.

Como preliminar protesta pela nulidade do lançamento, ante a ausência do termo de início de fiscalização, que também não lhe foi apresentado.

Sustenta que a ação fiscal padece do imprescindível "termo de início da fiscalização", o que, conforme precedente do CONSEF, no caso, o Acórdão CJF Nº 0326-12/11, cuja ementa transcreve, implica em nulidade do lançamento.

Ainda como preliminar, suscita a nulidade do lançamento, por insegurança na determinação e apuração da infração e valores, bem como por cerceamento do direito de defesa.

Afirma que a acusação é vazia e genérica, ou seja, prática de operações tributáveis como não tributáveis, sem qualquer esclarecimento acerca da natureza das operações. Acrescenta que nas "demonstrações" analíticas apresentadas não encontrou qualquer esclarecimento da motivação pela qual as operações das notas ali listadas seriam tributadas e não o foram.

Diz que conforme já abordado, as cobranças se encontram concentradas nos meses de junho, agosto e setembro de 2007, março e setembro de 2008 e fevereiro e março de 2009, maiores valores, chegando ao absurdo de apontar como base de cálculo R\$1.143.155,11, como se fossem operações tributadas assim não tratadas, porém, nenhuma demonstração analítica da origem dos valores lhe foi apresentada, tornando o lançamento eivado de vício insanável.

Aduz que, por outro lado, ainda que o lançamento atendesse ao disposto no art. 46, do RPAF, as importâncias relativas a fatos ocorridos até a data da intimação, no caso, 13/07/12, estariam alcançadas pela decadência, pois decorridos 5 anos dos fatos geradores. Acrescenta que esse entendimento encontra amparo no STF, que firmou a Súmula Vinculante 8, definido que: "*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.*".

Salienta que além disso, recente decisão do STJ, anexada à defesa, também suporta a decadência suscitada, devendo, de inopino, se fazer a exclusão das parcelas relativas aos meses de 2007, até os fatos geradores ocorridos no dia 13/07/2007, caso a nulidade de todo o PAF, por cerceamento do direito de defesa, seja superada.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, revisão para alcançar a verdade material. Requer a nulidade do Auto de Infração ou, dependendo do resultado da revisão, pela sua improcedência.

O autuante que se pronunciou (fls. 431 a 436) contesta a argumentação defensiva atinente à ocorrência da decadência, afirmando que o impugnante não menciona uma única nota fiscal de exercício anterior a 2007. Acrescenta que todas as notas fiscais dizem respeito aos exercícios de 2007 a 2009, portanto, totalmente amparadas pela legislação que trata do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário.

No que tange às intimações e entrega do Auto de Infração com seus anexos, inclusive as planilhas com os cálculos devidos, informa que houve recusa do Contador do contribuinte em assinar o Auto de Infração, bem como em comparecer a Inspetoria Fazendária, sob a alegação de que não mais representava o autuado, por falta de pagamento dos seus honorários. Acrescenta que o contribuinte foi procurado, contudo, o estabelecimento estava fora de operação e não foi possível entregar o Auto de Infração, o que forçou o envio através da via postal (AR).

Reitera que o contribuinte está fora de operação e mesmo sendo beneficiário do Programa DESENVOLVE para fabricar esquadrias de PVC nunca confeccionou uma única peça, mas sim esquadrias de alumínio, para a qual não tem direito a benefício fiscal algum. Registra que o autuado jamais pagou um centavo de ICMS mesmo tendo saldo devedor.

Salienta que toda documentação referente ao presente processo está e sempre esteve à disposição do contribuinte, para ser retirado e obtenção de cópias, não cabendo ao Estado da Bahia e muitos menos aos autuantes qualquer responsabilidade, se assim não procedeu o interessado.

Tece comentário sobre o trabalho que executa, bem como sobre as medidas adotadas para ciência do contribuinte.

Rechaça a alegação do impugnante de que o Auto de Infração foi encaminhado a um dos sócios da empresa e este permaneceu com o Auto de Infração por 15 longos dias, gerando, desse modo, um grande prejuízo para a defesa, questionando o que o Estado da Bahia tem a ver se o sócio recebeu o Auto de Infração e guardou por 15 dias.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade do lançamento de ofício, arguidas pelo impugnante, conforme faço a seguir.

No que tange à alegação de insegurança na determinação e apuração da infração e valores, bem como por cerceamento do direito de defesa, sob o fundamento de que a acusação é vazia e genérica, sem qualquer esclarecimento acerca da natureza das operações ou demonstrações analíticas pertinentes, que não lhe foram apresentadas, verifico que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a descrição da infração se apresenta bastante clara, não permitindo qualquer sombra de dúvida sobre a acusação fiscal. Ou seja, claramente resta identificada a ilicitude imputada ao sujeito passivo, no caso: *“Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*.

Verifica-se nas planilhas elaboradas pelos autuantes, fls. 09 a 14, que as notas fiscais arroladas na autuação foram claramente identificadas, inclusive com a indicação da base de cálculo, da alíquota e do valor do ICMS devido, sendo plenamente possível confrontar as cópias das referidas notas fiscais acostadas aos autos com os dados constantes nas planilhas.

No que concerne à alegação de que não houve qualquer esclarecimento acerca da natureza das operações, bem como que não lhe foram apresentadas as demonstrações analíticas, observo que os autuantes registraram a dificuldade para entrega das intimações e do Auto de Infração e seus anexos. Primeiro, junto ao Contador da empresa que se recusou a assinar o recebimento, bem como a comparecer a Inspetoria Fazendária para receber os anexos, sob a alegação de que não mais representava o autuado, por falta de pagamento dos seus honorários. Segundo, ao procuraram o contribuinte, constataram que o estabelecimento se encontrava fora de operação e não foi possível entregar o Auto de Infração.

Como não lograram êxito nos procedimentos acima aduzidos, fizeram o envio através de via postal (AR), cujo recebimento encontra-se acostado aos autos.

Entretanto, cabe registrar ainda que visando preservar o direito de ampla defesa do autuado, bem como na busca da verdade material, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência a IFEP INDÚSTRIA, a fim de que o órgão competente intimasse o autuado, entregando no ato, mediante recibo específico, cópias das Planilhas de fls. 09 a 14 elaboradas pelos autuantes, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que se manifestasse.

A diligência foi cumprida, o autuado recebeu cópia das planilhas e se manifestou dentro do prazo de trinta dias que lhe fora concedido.

Quanto à arguição de nulidade da intimação por ter sido encaminhada ao endereço de um dos sócios da empresa, pelo que só foi entregue aos advogados mais de quinze dias depois, provocando grave prejuízo à defesa, certamente que não pode prosperar, haja vista que nos termos do art. 109 do RPAF/99, considera-se efetivada a intimação, quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

No presente caso, a intimação feita ao sócio da empresa se apresenta válida, pois se trata de pessoa legitimada para tanto. É certo que a alegação defensiva de que somente tomou ciência quinze dias após, o que cerceou o direito de defesa, não deve ser atribuída ao Fisco, pois este agiu em conformidade com o RPAF/99.

Quanto à alegação de ausência do Termo de Início de Fiscalização, o que implicaria na nulidade do lançamento de ofício, constato que também não procede, haja vista que consta nos autos à fl. 06, o referido termo.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidades arguidas por não ter ocorrido qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o lançamento, portanto, por inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18, incisos I a IV, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No respeitante à arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos fatos ocorridos até 13/07/12, data de sua intimação, certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, estabelecem que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, invocado pelo impugnante.

Em verdade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, e a Fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Desse modo, considerando que o lançamento de ofício ocorreu em 29/06/2012, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF, em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05, 0192-11-05, CJF 0144-11/09.

No respeitante à Súmula Vinculante nº 08 do STF aduzida pelo impugnante, cabe observar que esta declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, manifestando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária.

O entendimento prevalecente neste CONSEF é de que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, conforme reiteradamente vem sendo decidido nos julgamentos e se verifica, por exemplo, no Acórdão CJF Nº. 0144-11/09.

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.

Quanto à solicitação do impugnante para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, ressalto que inexiste óbice para o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço indicado. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Quanto à revisão fiscal, observo que o autuado nada trouxe em termos valorativos que pudesse suscitar a possibilidade de realização do trabalho revisional pretendido, razão pela qual indefiro o pedido, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

Cabe-me consignar que, na sessão de julgamento, o patrono do autuado ao exercer o direito de sustentação oral, suscitou que a intimação válida teria ocorrido apenas em 26/11/2012, inclusive com a reabertura do prazo de defesa, o que resulta na nulidade do lançamento.

Na realidade, não houve reabertura do prazo de defesa, tendo apenas esta Junta de Julgamento Fiscal convertido o feito em diligência, a fim de que fosse entregue ao autuado cópia das Planilhas de fls. 09 a 14, já que não constava nos autos a comprovação da entrega. Foi consignado na diligência que deveria ser concedido ao autuado o prazo de trinta dias, para que se manifestasse, por ter sido considerado um prazo mais razoável do que o prazo de dez dias comumente concedido nas diligências.

Desse modo, não há que se falar em nulidade do lançamento, conforme pretendido pelo impugnante.

Ainda na sustentação oral, o patrono do autuado alegou que os autuantes elaboraram as Planilhas considerando a alíquota uniforme de 17%, quando existiam notas fiscais arroladas na autuação cujos destinatários eram contribuintes localizados noutros Estados, portanto, a alíquota não poderia ser de 17%. Alegou também a existência de notas fiscais arroladas na autuação cuja natureza da operação dizia respeito a saídas não tributadas pelo ICMS.

Passo a examinar o mérito.

Constatou que a auditoria realizada pelos autuantes foi embasada nos livros e documentos fiscais do próprio contribuinte, ou seja, nas notas fiscais emitidas e registros efetuados nos livros fiscais próprios. Portanto, trata-se de uma situação fática que não permite qualquer dúvida sobre a irregularidade apontada na autuação, pois fundamentada nos registros do próprio contribuinte.

Em face da argumentação defensiva, trazida na sustentação oral de que os autuantes elaboraram as planilhas considerando a alíquota uniforme de 17%, quando existiam notas fiscais arroladas na autuação cujos destinatários eram contribuintes localizados noutros Estados, portanto, a alíquota não poderia ser de 17%, confrontei as notas fiscais arroladas nas Planilhas de fls. 09 a 14, elaboradas pelos autuantes, com as respectivas cópias acostadas aos autos e constatei que assiste razão ao impugnante exclusivamente no que diz respeito à Nota Fiscal nº 0003, haja vista que, de fato, se refere à operação realizada pelo autuado com contribuinte regularmente inscrito no Estado de Pernambuco. Consta na referida nota fiscal, a base de cálculo no valor de R\$1.178,00, alíquota de 12%, com o ICMS no valor de R\$141,36, enquanto na Planilha de fl. 09 os autuantes registraram como sendo a alíquota de 17% com ICMS devido no valor de R\$200,26, referente ao mês de janeiro de 2007.

Desse modo, no que tange à exigência referente a “Data de Ocorrência” de 31/01/2007, o valor do ICMS efetivamente devido é de R\$2.096,36.

No que concerne à alegação de existência de notas fiscais arroladas na autuação cuja natureza da operação diz respeito a saídas não tributadas pelo ICMS, também examinei todas as notas fiscais e constatei que parte substancial destas tem como natureza da operação “vendas”. Quanto às demais notas fiscais constatei que foram emitidas pelo autuado tendo como natureza da operação “troca”, “simples remessa” e “remessa p/industrialização”, entretanto, inexiste nos referidos documentos fiscais qualquer observação ou explicação, conforme exige a legislação do ICMS, para que o contribuinte utilizasse nas operações realizadas tais natureza da operação, existindo, inclusive, notas fiscais emitidas para destinatários localizados noutros Estados sem destaque do imposto.

Dante do exposto, o valor do ICMS originalmente exigido no Auto de Infração de R\$412.363,85 passa para R\$412.304,95.

Por derradeiro, vale consignar que o fato de ser o sujeito passivo beneficiário do Programa DESENVOLVE não tem qualquer afetação quanto à autuação, haja vista que a exigência diz respeito ao ICMS devido pelas operações normais realizadas pelo autuado e não à parcela incentivada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108580.0009/11-2**, lavrado contra **EURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO ESQUADRIAS E ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$412.304,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR