

A. I. Nº - 108580.0012/11-3
AUTUADO - EURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO ESQUADRIAS E ARTEFATOS LTDA.
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO e SÉRGIO PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 24/10/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0259-03/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇAMENTO NO LIVRO FISCAL SEM A COMPROVAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL. O autuado não apresentou os documentos que legitimassem o crédito fiscal apropriado. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações caracterizadas. Infração subsistente. Infrações caracterizadas. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O adquirente neste caso é o responsável por substituição relativamente ao imposto, cujo lançamento encontrava-se diferido. Infração subsistente. 3. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. A falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo implica na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada do respectivo período. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 28/12/2011, traz a exigência do crédito tributário no valor histórico de R\$2.400.769,19, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo enunciadas:

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de junho, agosto a dezembro de 2008, janeiro, março a maio, julho a dezembro de 2009. Exigido o valor de R\$153.302,63, acrescido de multa de 60%. (DEMONSTRATIVO às fls. 25 a 27).

Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2007, janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Exigido o valor de R\$276.994,92, acrescido de multa de 60%. (DEMONSTRATIVO às fls. 38 a 40).

Infração 03 - Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, meses de setembro a dezembro de 2009, maio a agosto de 2011. Exigido o valor de R\$8.272,53, acrescido de multa de 60%. (DEMONSTRATIVO às fls. 34 a 37).

Infração 04 - Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de abril, julho a dezembro de 2009, janeiro de 2010 a outubro de 2011. Exigido o valor de R\$1.959.489,11, acrescido de multa de 60%. (DEMONSTRATIVO às fls. 28 a 32).

Infração 05 - Extraviou Documentos Fiscais. Multa fixa no valor R\$2.250,00. (DEMONSTRATIVO às fl. 41).

Infração 06 - Deixou de comunicar mudança de endereço do estabelecimento na repartição fiscal competente. Multa fixa no valor R\$460,00.

Constam às fls. 15 a 23, intimações para apresentação de livros e documentos fiscais e informações em meio magnéticos datadas de 22/08/2011 a 10/11/2011.

O impugnante apresenta defesa às fls. 493 a 496, articulando as ponderações seguintes.

Inicialmente, requer, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa que ora se instaura, conforme poderes constantes do instrumento de procuração.

Suscita como preliminar de nulidade do lançamento, o cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação das infrações apontadas, ante a ausência do termo de início de fiscalização. Destaca que foi regularmente intimado do Auto de Infração por Edital, publicado dia 21/06/12, sem que lhe fosse apresentado o imprescindível “Termo de Início de Fiscalização”. Reproduz ementa do Acórdão CJF Nº 0326-12/11 para, como precedente, aduzir que a falta do “Termo de Início de Fiscalização” implica nulidade do lançamento.

Sustenta que a ausência do aludido termo se encontra aliada a outro vício, qual seja, a falta dos demonstrativos sintéticos e analíticos relativos aos diversos itens do Auto de Infração, os quais não lhe foram entregues quando da sua intimação regular, o que se deu em atendimento ao Edital de 21/06/12. Observa que o Edital se reporta a “reabertura do prazo de defesa”, o que impõe dizer que intimação anterior foi tentada e não foi realizada regularmente. Acrescenta afirmando ser evidente que deveria receber cópia de todos os demonstrativos que instruem a ação, na forma do art. 46, do RPAF-BA/99, pois sem tais elementos não pode exercer o seu direito de defesa. Para corroborar seu entendimento transcreve a ementa do Acórdão CJF Nº 0241-11/10.

Quanto ao mérito, afirma que por se encontrar impedida de se defender de forma direta e específica sobre os supostos fatos geradores, impugna expressamente todos os valores cobrados, asseverando que nunca fez uso de crédito fiscal sem o documento correspondente, que jamais se apropriou de crédito sob mercadorias adquiridas com a fase de tributação encerrada, que não deixou de pagar o ICMS sob sua responsabilidade, que não teve o Desenvolve cassado pela autoridade competente e que não se recusou a prestar ao Fisco qualquer informação regularmente solicitada.

Assevera que mesmo sem conhecer como as importâncias cobradas foram apuradas e calculadas, notadamente no que tange ao item 04 assevera que não foi comunicada da revogação do Desenvolve, ato que compete ao Conselho Deliberativo do programa. Destaca que no próprio Acórdão já aludido fica patente a exigência de ato formal para a revogação de benefícios concedidos ao contribuinte, o que também se aplica ao Desenvolve. Afirma que desconhece a existência de ato, emanado da Autoridade Competente, que lhe tenha retirado o benefício específico.

Pugna pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão para alcançar a verdade material.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou, dependendo do resultado da revisão, pela improcedência.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 506 e 507.

Afirmam que o Auto de Infração foi dado ciência e assinado pelo contribuinte no dia 03/01/2012, e que somente no dia 20/07/2012, fl. 492, é que o contribuinte apresenta sua defesa, portanto nada

mais há de se discutir a não ser solicitar que se inscreva na dívida ativa e cobre deste contribuinte o que efetivamente ele deve ao Estado da Bahia, portanto a defesa é intempestiva.

Observam que mesmo assim, a defesa não apresenta outra alegação, a não ser que não fora dada ciência do termo de Início de Fiscalização. Acrescentam informando que se encontram anexado aos autos o Termo de Início lavrado no dia 04/08/2011, devidamente assinados pelos Auditores Fiscais e também o termo de prorrogação e todas as Intimações devidamente assinadas pela contabilidade do contribuinte, fls. 12 a 23. Arrematam assinalando que só de intimações foram efetuadas nove, todas devidamente assinadas.

Ressaltam que todo material foi entregue ao contribuinte, assim como consta no Livro de Registro de ocorrência, a lavratura dos termos de início, de prorrogação e também o Auto de Infração com os seus anexos, lavrados e colados no referido livro.

Reafirmam que a defesa é intempestiva, já que a assinatura do Auto de Infração ocorreu em 03/01/2012, e a entrada da defesa pelo contribuinte em 20/07/2012.

Em pauta suplementar a 1ª JJF converteu os autos em diligência à IFEP para intimar o autuado e fornecer os demonstrativos de apuração e débito acostados às fls. 16 a 41.

Intimado por via postal, fl. 519 e por edital, fl. 521, para ciência do pedido de diligência, tomou ciência em 26/11/2011, fl. 516, e se manifestou às fls. 523 a 526, aduzindo os seguintes argumentos.

Além de renovar as preliminares de nulidade já articuladas na defesa, suscita também nulidade por ter sido prejudicada em sua defesa pelo fato da intimação ter sido enviada ao endereço de um de seus sócios, a despeito de seu pedido para ser encaminhada para o endereço de seus patronos.

Repisa acerca da falta do termo de início de fiscalização para observar que essa lacuna encontra-se aliada a outro vício, que a seu ver, é a falta dos demonstrativos sintéticos e analíticos relativos aos itens 02 e 04 que não figuram às fls. 24 a 41 que foram entregues a pessoa diversa daquela que indicou em sua defesa. Afirma que não pode exercer o seu direito de defesa, pois deveria receber cópia de todos os demonstrativos que instruem a ação fiscal acorde previsão do art. 46 do RPAF-BA/99.

Depois de reafirmar literalmente os demais termos articulados em sua impugnação, renova seu pleito pela nulidade, ou, dependendo do resultado da revisão, pela improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes apresentam informação acerca da manifestação às fls. 529 a 534, esclarecendo que as intimações, entrega do Auto de Infração seus anexos e planilhas foram recebidos pelos prepostos do autuado, Vangivaldo S. da Cruz e Cristina Silva Severo, funcionários da CONPEC, contabilidade do contribuinte e que fizeram a entrega e retirada do material contábil do impugnante. Assinalam que a comprovação da efetiva representação dos prepostos junto à fiscalização mediante a troca diversos e-mails trocados entre os prepostos e os dirigentes do estabelecimento autuado, informando o andamento da ação fiscal, cujas cópias colacionam às fls. 535 a 547.

Esclarecem que tanto, o termo de início, lavrado em 04/08/2011, fl. 12, quanto o termo de prorrogação da fiscalização, fl. 13, tiveram suas cópias anexadas ao livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências do autuado.

Ressaltam que o autuado nada aborda em sua defesa, pois apenas alegou que os autuantes cassaram o benefício fiscal. No entanto, dizem refutar essa alegação pelo simples motivo de que o impugnante nunca pagou um único centavo ao Estado, portanto não teria direito a qualquer benefício nos meses em que ficou inadimplente. Prosseguem asseverando que não se pode falar de direito ao benefício quando não se cumpre o mais elementar dos deveres, isto é, pagar o ICMS mensal devido.

Arrematam esclarecendo que mesmo assim o benefício não foi cassado em momento algum, pelo simples fato de que quem concede o benefício é outra autoridade distinta do Auditor Fiscal.

Mencionam que a empresa encontra-se fechada, nada produz há algum tempo, inclusive confessado pelo patrono do impugnante à fl. 523.

Anexam às fls. 550 a 555, cópias dos mapas de arrecadação de ICMS do autuado, zerados, ou seja, sem recolhimento algum. Colacionam também, à fl. 548, cópia de extrato do INC - Informações do Contribuinte para comprovar que o escritório de contabilidade CONPEC, do contador, Altino Nascimento Alves, era prestador de serviços contábeis ao impugnante por ocasião da ação fiscal.

Concluem repisando que a defesa é intempestiva, uma vez que a data da assinatura do Auto de Infração ocorrera em 03/03/2012 e a defesa ingressada em 20/07/2012.

Intimado da informação fiscal, fl. 575, o autuado tomou ciência à fl. 582, e manifesta-se às fl. 586 a 588, reiterando integralmente todos seus pleitos alinhados na manifestação anterior.

Às fls. 592 os autuantes mantêm a autuação, observando que a manifestação do autuado, fls. 586 a 588, nada de novo acrescentou.

VOTO

Inicialmente cabe esclarecer que não assiste razão ao autuante ao asseverar que a defesa apresentada pelo impugnante é intempestiva, uma vez que à fl. 468 fica evidenciado que este óbice fora superado, mediante despacho da GECOB/D.ATIVA, reabrindo o prazo de defesa por ocasião da remessa do presente Auto de Infração a essa gerência para inscrição em dívida ativa por intempestividade da defesa apresentada.

No tocante à preliminar de nulidade suscitada pelo autuado sob a alegação de que não consta nos autos o “Termo de Início de Fiscalização”, ao compulsar os autos verifico que constam às fls. 15 a 23, diversas intimações para apresentação de livros e documentos fiscais e informações em meio magnéticos datadas de 22/08/2011 a 10/11/2011.

Convém destacar o teor do inciso II, do art. 28, do RPAF-BA/99, *in verbis*:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

Portanto, da inteligência dos dispositivos acima transcritos, resta cristalino que o *Termo de Início de Fiscalização* fica dispensado a sua lavratura, quando for lavrado o *Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos*, o que foi observado pelo autuante conforme termos lavrados e acostado às fls.15 a 23, devidamente assinados pelo preposto do autuado. Ademais, saliento também constarem dos autos, fls. 12 e 13, cópias assinadas pelos autuantes, Termo de Início de Fiscalização e Termo de Prorrogação de Fiscalização que, apesar de não terem sido colacionadas aos autos as cópias do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e de Ocorrências, os autuantes asseveraram que esses termos foram no aludido livro anexados, fl. 530. Fato esse não contestado pelo autuado na impugnação e nas manifestações ao longo da ação fiscal, portanto, deve prevalecer o estatuído pelo RPAF-BA/99 em seu art. 140, ou seja, “o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Também não deve prosperar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, por inexistência de previsão legal, ao alegar ter provocado prejuízo a sua defesa, pelo fato da intimação ter sido encaminhada para o endereço de um dos sócios do impugnante. A intimação

do sujeito passivo afigura-se definida e caracterizada sua configuração nos termos dos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, não contemplando qualquer obrigatoriedade de remessa da intimação para o endereço do patrono do autuado, mesmo tendo sido requerida. Logo, não vislumbro motivação alguma que resulte em óbice ao pleno exercício da ampla defesa. Nesses termos, entendo que resta também ultrapassada essa preliminar de nulidade.

Os precedentes de julgados do CONSEF, cujas ementas, o impugnante colacionou aos autos, são imprestáveis como paradigma para corroborar suas pretensões, pois tratam de situações distintas das ora tratadas.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada sob alegação de cerceamento de defesa pela falta de demonstrativos analíticos relativos, apesar do impugnante não revelar nem especificar qual a omissão de elementos analíticos dificultou sua plena compreensão dos valores apurados, depois de compulsar os demonstrativos de débito que alicerçam às infrações 02 e 04 constato que o conteúdo apresentado explicita de forma clara e didática a origem dos valores apurados. Assim, não deve prosperar a pretensão do autuado.

Em suma, resta evidenciado que os presentes autos encontram-se revestidos das formalidades legais, eis que inexistem os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao pedido para realização de diligência/revisão fiscal, considero que os elementos existentes nos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide, motivo pelo qual indefiro a postulação do impugnante nesse sentido, com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, II, “b”, do RPAF/99.

Ultrapassadas questões de natureza preliminar de nulidade e prejudicial ao mérito, passo a tratar do cerne da acusação fiscal.

O Auto de Infração trata do cometimento pelo impugnante de seis infrações consoante teor enunciado no relatório.

As infrações 01 e 02 cuidam da utilização indevida crédito fiscal de ICMS, respectivamente, sem a apresentação do competente documento comprobatório e referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Em sede defesa o impugnante não se manifestou especificamente em relação à infração 01, somente questionou a falta de demonstrativos analíticos em relação à infração 02, aduzindo ter sido prejudicada em sua defesa por essa ausência.

Ao compulsar as peças que compõem e fundamentam esses dois itens da autuação, precipuamente os demonstrativos de apuração e de débito, às fls. 25 a 27 - infração 01 e fls. 38 a 40 - infração 02, constato que os referidos demonstrativos discriminam individualizadamente cada uma das notas fiscais que deu origem à utilização indevida de crédito pelo impugnante, indicando, inclusive, a página em que se encontra escriturada no livro Registro de Entradas do estabelecimento autuado. Portanto, como claramente se depreende, a apuração do débito não exige cálculo complexo ou roteiro de auditoria de difícil apreensão, eis que consiste no mero arrolamento das notas fiscais de entradas do impugnante e escrituradas em seu próprio livro Registro de Entradas, cujos créditos foram indevidamente utilizados, o que propicia a instantânea detecção de qualquer inconsistência. Assim, diante da singela, simples e direta forma de apuração do débito é inteiramente descabida a alegação da defesa da ausência de demonstrativo analítico, sem ao menos indicar, de forma objetiva, qual a obscuridade lhe tolhera o seu pleno entendimento da origem e do dimensionamento da base de cálculo apurada.

O impugnante não apresentou, mesmo depois de disponibilizados integralmente os demonstrativos, qualquer inconsistência na apuração do débito exigido nesses dois itens da autuação.

Logo, concluo pela subsistência das infrações 01 e 02.

A infração 03 acusa a falta de recolhimento do ICMS diferido, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, ou seja, está sendo apontado que a empresa adquiriu refeições para consumo de seus funcionários, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 34 a 37, e não efetuou o pagamento do ICMS como determina o art. 343, inciso XVIII, do RICMS-BA/99.

De fato, o citado dispositivo legal dispõe que é diferido o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições, a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por seus empregados para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente.

Depois de examinar o demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes juntamente com as cópias da correspondente documentação fiscal acostado e diante da inexistência de qualquer contestação de seu cometimento pelo impugnante constato que resta caracterizada a infração e concluo pela manutenção desse item da autuação.

A infração 04 acusa o recolhimento a menos do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve.

Em sede defesa e em manifestação ulterior o impugnante articulou o mesmo óbice em relação aos demonstrativos de apuração colacionados às fls. 28 a 33, aduzindo a falta de explicitação analítica como articulou em relação à infração 02. Do mesmo modo e com a mesma veemência refuto a tentativa de macular indevidamente sem apresentar objetivamente qualquer inconsistência ou obscuridade, eis que os dados coligidos nos referidos demonstrativos, além de advirem de fonte produzida pelo autuado, ou seja, sua própria escrituração fiscal, encontra-se discriminada de forma inequívoca a origem de todos os valores apurados.

Não deve também prosperar a alegação defensiva de que não fora comunicada da revogação de seu benefício e que este ato é de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Convém esclarecer que o Programa Desenvolve, instituído pela Lei nº 7.980/01 com objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial do Estado estabelece no seu art. 5º, que o estabelecimento enquadrado no Programa deve observar os procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS apurado e declarado “na forma e prazos regulamentares”, e o art. 8º do citado diploma legal determina que o “Regulamento estabelecerá” os critérios e condições para enquadramento no Programa e fruição de seus benefícios.

Já regulamento citado - Dec. 8.205/02 estabelece o seguinte:

“Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estrado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

§ 1º Caso o atraso ocorra por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, o incentivo será automaticamente suspenso.

§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.”

Portanto, diante do não pagamento pelo impugnante das parcelas de ICMS não sujeitas a dilação, como claramente visto na disposição legal destacada, não há que falar em revogação ou cancelamento do benefício fiscal estabelecido na Resolução Desenvolve como aduziu o autuado. Assim, razão não há no argumento articulado na defesa.

Logo, resta devidamente caracterizada a infração 04.

Já as infrações 05 e 06 não foram contestadas pelo impugnante e tratam, respectivamente, do Extravio de Documentos Fiscais, conforme demonstrativo à fl. 41 e da falta de comunicação da mudança de endereço do estabelecimento na repartição fiscal competente.

Depois de compulsar os elementos que compõem e fundamentam a acusação fiscal constato que se afiguram devidamente comprovados, restando caracterizado o cometimento dessas infrações pelo impugnante. Assim, concluo pela subsistência desses dois itens da autuação.

Por fim, quanto ao pedido para que as intimações e notificações pertinentes ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço do subscritor da presente peça, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108580.0012/11-3**, lavrado contra **EURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO ESQUADRIAS E ARTEFATOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.398.059,19**, acrescido da multa de 60%, prevista, no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, além de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$2.710,00**, previstas nos incisos XIX, XV, “g” do mesmo dispositivo legal mencionado, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA