

A. I. Nº - 281332.0002/14-8
AUTUADO - VANESSA SOUZA FONTES
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 17.11.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-05/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. INIDONEIDADE DOCUMENTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. Acusação de emissão paralela de notas fiscais, com a mesma numeração e valores distintos. Imputação da infração à suposta beneficiária do pagamento, via cheque, da operação de maior valor que não foi oferecida à tributação pela empresa emitente do documento. Caducidade do crédito tributário reclamado. Fato ocorrido em 10 de julho de 2007, com lavratura do Auto de Infração em 17/07/2014, um ano e meio após o esgotamento do prazo decadencial para a formalização do lançamento de ofício, verificada em 31/12/2012. Acolhimento da tese defensiva. Extinção de um possível, mas não certo crédito tributário, pela decadência. Análise das consequências penais em outra esfera de competência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 17/06/2014, no valor de R\$6.290,65, acrescido de multa de 100%, com a seguinte imputação: “*omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada*”. “*Referente à Nota Fiscal inidônea nº 43.269, de 10/07/2007, paga com cheque Banco do Brasil nº 022868, de 08/08/07, nominal ao autuado conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/13*”. (fls. 11 a 75, com os respectivos anexos).

A autuada foi intimada por edital, publicada no D.O.E, de 29 de maio de 2014, doc. fl. 08 do PAF.

Ingressou com defesa administrativa, subscrita por advogado, apensada às fls. 83 a 94. A defesa foi construída com os seguintes argumentos:

Disse que a Fiscalização Tributária pretendeu lançar de ofício ICMS, acrescido de multa, contra a Impugnante sob o argumento de que o pagamento de mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 43269, emitida pela empresa A & A FERRAGENS LTDA., contra a empresa FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., foi depositado em conta bancária da Impugnante, presumindo, assim, que a Impugnante fraudou e utilizou-se de nota fiscal falsa. Foi indicado na Notificação Fiscal que a fundamentação da “fraude” supostamente cometida pela Impugnante encontra-se no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013.

Que após analisar o Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013, a Impugnante conclui que, no referido boletim, não existe qualquer demonstração de fraude ou falsificação por si cometida e que seja suficiente para sustentar um lançamento de ICMS do ano de 2007, já consumado pela decadência. Em verdade, constou no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 diversas suposições e indicações de fraude e falsificação que se analisadas de forma correta, levariam à conclusão de que se houve alguma fraude ou falsificação, somente funcionários da empresa A & A FERRAGENS LTDA., ou a gráfica autorizada a imprimir os talões poderiam ser responsabilizados.

Além disto, registrou que o pagamento efetuado pela FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., à Impugnante possui causa e justificativa jurídica e fática, eis que a empresa do qual a

Impugnante era sócia – MPN EMPREENDIMENTOS LTDA., – firmou contrato com a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., para a prestação de elaboração de projeto estrutural e execução de terraplenagem, fundações e estrutura de concreto pré-moldado para cobertura da área de estocagem e ampliação do galpão de armazenamento da Unidade de Candeias, Bahia. Portanto, o depósito efetuado pela FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., na conta da Impugnante teve uma causa jurídica a sustenta-lo, não sendo feito de forma aleatória ou para fraudar a referida empresa ou o Fisco, como fez crer a INFIP, mas, sim, para adiantamentos e reembolsos de despesas e custos da execução deste contrato.

Frisou em seguida que o lançamento da cobrança de ICMS contra o Impugnante baseia-se estritamente no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013, restando asseverado no termo de infração que “*findo esse processo de apuração de responsabilidade pela falsificação das notas fiscais, não restam dúvidas, como acima relatado, de que a responsabilidade direta pela fraude pode e deve ser imputada a Vanessa Sousa Fontes*”.

Sinteticamente, a Superintendência de Administração Tributária (SAT) asseverou no dito boletim que a partir de um trabalho de revisão fiscal foram detectados pares de notas fiscais de saídas da A & A FERRAGENS LTDA., com a mesma numeração, bem como que a Corregedoria da Fazenda constatou, no banco de dados do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços (SINTEGRA), a existência de pares de notas fiscais de saída dessa empresa com a mesma numeração, porém com datas de emissão, destinatários e valores diferentes, todos confeccionados com os dados do contribuinte fiscalizado (fl. 13 dos autos). Constou ainda na fl. 13 dos autos a afirmação que o confronto entre as informações do SINTEGRA com a escrita fiscal da NORCAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS METÁLICOS LTDA., revelou que os pares de notas fiscais com a mesma numeração foram registrados no seu livro de Registro de Entradas, o que não ocorreu com as notas fiscais de maior valor.

Por fim, verificou-se à fl. 14 dos autos que a INFIP detectou a existência no SINTEGRA de registros de notas fiscais emitidas pela A & A FERRAGENS LTDA., cuja numeração é inexistente na documentação e escrita fiscal da empresa, existindo, ainda, notas fiscais “duplicadas” na escrita fiscal de 2008. Complementando, registrou-se na parte final da fl. 14 dos autos a informação da COFIS de que as notas fiscais de vendas lançadas no SINTEGRA foram informadas por terceiros habilitados ao uso do programa. Ainda segundo o Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013, após algumas diligências e fiscalizações frente à empresa A & A FERRAGENS LTDA., chegou-se a verificar que as notas duplicadas e não lançadas na escrita fiscal da referida empresa foram emitidas para a NORCAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS METÁLICOS LTDA., I.M.F. INDÚSTRIA MECÂNICA E FERRAMENTAS LTDA., e FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., motivo pelo qual foi solicitado a estas empresas que apresentassem cópia de comprovantes de pagamentos dos materiais adquiridos, perante a A & A FERRAGENS LTDA.

Atendendo à intimação fiscal, a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., inicialmente, informou que quitou as compras efetuadas através de 03 (três) cheques de nºs 022196, 022868 e 023322, que teriam sido emitidos para a A & A FERRAGENS LTDA. Porém, posteriormente, exatamente em dezembro de 2012, a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., trouxe cópia da microfilmagem dos referidos cheques, quando se verificou que, em verdade, não os emitiu à empresa A & A FERRAGENS LTDA., mas, sim, à Impugnante e mais duas pessoas físicas, informando, ainda, que a alteração do beneficiado do cheque não ocorreu no ambiente da empresa, eis que, originalmente, “*os cheques foram preenchidos por via de impressora eletrônica e nominativos à pessoa jurídica da A & A FERRAGENS LTDA.*”. Posteriormente, a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., informou que “*os cheques foram emitidos sem nominar os favorecidos*”. A FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., informou ainda que os cheques foram assinados pelos seus funcionários Afonso Aurélio Novaes, André Luis Novaes Labanca e Henrique Marques Torres Novaes Goyanna.

Até este ponto declarou que não se percebe das informações constantes no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 qualquer indicação de cometimento de fraude ou simulação pela Impugnante

existindo, apenas, a indicação que a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., teria emitido cheque em nome da empresa A & A FERRAGEM LTDA., que, de fato, foi emitido em nome da Impugnante, situação que, em relação à Impugnante, por si só não é ilegal. Não obstante, tal pagamento possui causa jurídica lícita e fundada a lhe sustentar.

Portanto, para a defesa, no Boletim de Inteligência Fiscal existem apenas suposições e indicações de fraude em relação às notas fiscais da empresa A & A FERRAGEM LTDA., porém, nada concreto em relação à Impugnante, até porque os fatos narrados no boletim acaso revelem alguma fraude ou simulação, tais condutas poderiam ser praticadas apenas por funcionários e dirigentes da empresa A & A FERRAGEM LTDA., ou da gráfica autorizada a imprimir os talões de notas fiscais, pois a emissão de cheques e escrituração contábil e fiscal somente poderia ser efetuada, logicamente, por empregados e dirigentes das duas empresas. Neste ponto, destacou, novamente, a informação da COFIS contida na parte final da fl. 14 dos autos, “*que as notas fiscais de vendas lançadas no SINTEGRA foram informadas por terceiros habilitados ao uso do programa, ou seja, por terceiros contribuintes do ICMS com inscrição estadual e aptos a lançarem as informações no dito sistema*”, o que exclui de pronto a ingerência da Impugnante em tais atos.

E ratificando o quanto acima exposto consignou que até este ponto não se percebe das informações constantes no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 qualquer indicação de cometimento de fraude ou simulação pela Impugnante, pois a INFIP concluiu que “as informações colhidas permitem afirmar que a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., como empresa, agiu de boa-fé ao comprar as mercadorias documentadas por notas fiscais falsas, apesar de alguns de seus funcionários terem colaborado com os falsários para o cometimento da falsificação de notas fiscais da A & A FERRAGEM LTDA., – a simulação da emissão dos cheques em nome da A & A FERRAGEM LTDA., é prova cabal dessa colaboração, uma vez que as mercadorias (aço e arame) efetivamente ingressaram na FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., filial Candeias; pois, à época, a sua planta industrial passava por ampliação”.

Entretanto, a conclusão seguinte da INFIP é totalmente desconexa e distante dos elementos elencados pela própria inspetoria, pois apesar da narrativa não restar clara ou descriptiva de qualquer participação da Impugnante no falseamento de notas da A & A FERRAGEM LTDA., vinculou-se a Impugnante aos fatos de forma inexplicável e sem qualquer nexo de causalidade, afirmando que a Impugnante foi beneficiária de uma fraude e que teria participado desta. Percebe-se que a imputação de prática de fraude à Impugnante é totalmente desconexa e distante dos elementos elencados pela própria inspetoria, baseando-se, apenas, em ter a Impugnante recebido o valor da Nota Fiscal nº 43252 em sua conta bancária, ainda que as informações constantes no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 indicarem indícios de fraudes que somente funcionários da A & A FERRAGEM LTDA., poderiam praticar, pois a escrituração contábil e fiscal desta empresa somente poderia ser efetuada por empregados e dirigentes da referida empresa.

E mais: imputou-se à Impugnante a prática de fraude diante de diversos pontos que indicam que, se houve alguma fraude ou simulação, foi por parte da A & A FERRAGEM LTDA., ou da FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., conforme transcrições abaixo:

- a) *A INFIP assevera no boletim que foram detectados pares de notas fiscais de saídas da A&A Ferragens Ltda. com a mesma numeração, bem como que se constatou, no banco de dados do SINTEGRA, a existência de pares de notas fiscais de saída dessa empresa com a mesma numeração, porém com datas de emissão, destinatários e valores diferentes, todos confeccionados com os dados do contribuinte fiscalizado (fl. 13 dos autos). Em outros termos: a INFIP detectou que a A&A registrou em sua escrita fiscal a saída apenas de notas menores, “esquecendo as maiores notas fiscais”. Consta ainda na fl. 13 dos autos a afirmação que o confronto das informações do SINTEGRA com a escrita fiscal da A&A Ferragem Ltda. revelou que os pares de notas fiscais com a mesma numeração foram registrados no seu Livro de Registro de Entradas, o que não ocorreu com as notas fiscais de maior valor. Dito isto, pergunta a Impugnante: como seria possível a si qualquer ingerência na contabilidade fiscal da A&A para sustentar a alegada “fraude”?*
- b) *Verifica-se da fl. 14 dos autos que a INFIP detectou que existem no SINTEGRA registros de notas fiscais emitidas pela A&A Ferragem Ltda., cuja numeração é inexistente na documentação e escrita fiscal da empresa, existindo, ainda, notas fiscais “duplicadas” na escrita fiscal da referida empresa em relação ao*

ano de 2008. Complementando, verifica-se da parte final da fl. 14 dos autos a informação da COFIS de que as notas fiscais de vendas lançadas no SINTEGRA foram informadas por terceiros habilitados ao uso do programa. Novamente, indaga-se: sabendo-se que registros no SINTEGRA somente podem ser feitos por terceiros habilitados ao uso do programa, ou seja, por terceiros contribuintes do ICMS com inscrição estadual e aptos a lançarem as informações no dito sistema, como seria possível à Impugnante, não contribuinte, lançar estas informações pela A&A Ferragem Ltda.?

- c) A FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., alterou sua linha de atuação por duas vezes, inicialmente informando que quitou as compras efetuadas através de três cheques de nº 022196, 022868 e 023322, que teriam sido emitidos para a A&A Ferragem Ltda.; porém, posteriormente, trouxe cópia da microfilmagem dos referidos cheques quando se verificou que, em verdade, não os emitiu à empresa A&A Ferragem Ltda., mas, sim, à Impugnante e mais duas pessoas físicas, informando, ainda, que a alteração do beneficiado do cheque não ocorreu no ambiente da empresa, eis que, originalmente, “os cheques foram preenchidos por via de impressora eletrônica e nominativos à pessoa jurídica da A&A Ferragem Ltda.”. Por fim, a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., informou que “os cheques foram emitidos sem nominar os favorecidos”.

Relata a defesa que o que se verifica do relato do Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 é um “pulo” na narrativa, pois ao tempo que a INFIP elenca elementos que indicam que se houve alguma fraude ao fisco, esta foi cometida pela A & A FERRAGEM LTDA., ou pela FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., (ou por seus funcionários), terminando a mesma inspetoria a asseverar (fl. 27) que a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., passou a ser “vítima” por presunção (sem qualquer fundamento legal), baseando-se tal presunção no indício que a planta industrial da referida empresa passava por uma ampliação, sem qualquer demonstração documental – contábil e fiscal – que a referida empresa de fato recebeu os materiais constantes na nota fiscal objeto da autuação.

Neste ponto destacou que consta nas fls. 46, 47 e 48 dos autos uma relação de cheques elaborada pela própria FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., e na qual se verifica que os Cheques de nºs 022196, 022868 e 023322, apesar da “presunção” citada pela INFIP, são arrolados como destinados a pagamento de “mat. manutenção”. Questionou: se a própria FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., trata os cheques como destinados a pagamento de materiais de manutenção, como pode a INFIP afirmar que se tratariam de materiais destinados à ampliação da planta industrial? Para a defesa percebe-se a fragilidade da presunção adotada pela INFIP, porém, esta não é a única fragilidade do lançamento.

O ponto mais grave da narrativa é a conclusão forçada, totalmente desconexa e distante dos elementos elencados pela própria INFIP, haja vista que se impõe à Impugnante a conduta de ter falsificado as notas fiscais da A & A FERRAGEM LTDA., apenas em função da Impugnante ter recebido valores em sua conta bancária, pagos pela FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., sem a indicação da prática de uma fraude concreta, ou seja, não houve a indicação de como a Impugnante teria falsificado a nota fiscal emitida pela A & A FERRAGEM LTDA.

Em verdade, pontua a impugnante, os elementos dos autos não permitem qualquer conclusão que a autuada tenha falsificado as notas fiscais da A & A FERRAGEM LTDA., pois o que se tem do boletim é, literalmente:

- I) Emissão de notas fiscais duplicadas pela A & A FERRAGEM LTDA., sendo importante destacar que ela mesma escriturou apenas as notas fiscais menores, sério indício de evasão fiscal, merecendo destaque que esta escrituração contábil equivocada somente seria feita pela própria empresa;
- II) Consta no SINTEGRA o registro, feito por terceiros, destas notas duplicadas, registros que seriam impossíveis pela Impugnante por não ser contribuinte do ICMS e não possuir cadastro perante a SEFAZ da Bahia;
- III) Emissão de cheques pela FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., de fato, à Impugnante, conforme se verifica das microfilmagens arroladas nos autos, pagamentos que são justificados pela prestação de serviços pela empresa da Impugnante (MPN Empreendimentos Ltda.) à FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., o que, por si só, não é um ilícito.

Disse, reiterando, que a narrativa dos fatos do Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 não expressa qualquer indicação de cometimento de fraude ou simulação pela Impugnante, existindo,

apenas, a indicação que a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., Fertilizantes do Nordeste Ltda. teria emitido cheque em nome da empresa A & A FERRAGEM LTDA., cheque que, de fato, foi emitido em nome da Impugnante, situação que, em relação a esta, por si só, não é ilegal.

Não obstante, tal pagamento possui causa jurídica lícita e fundada a lhe sustentar em virtude de que a empresa da Impugnante, a MPN EMPREENDIMENTOS LTDA., firmou contrato com a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., para a prestação de elaboração de projeto estrutural e execução de terraplenagem, fundações e estrutura de concreto pré-moldado para cobertura da área de estocagem e ampliação do galpão de armazenamento da Unidade de Candeias, Bahia.

Portanto, o depósito efetuado pela FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., Fertilizantes do Nordeste Ltda. na conta dos contemporâneos sócios da MPN EMPREENDIMENTOS LTDA., – Nilton Jorge Gomes, Paulo Sérgio das Neves Vieira e Vanessa Sousa Fontes – teve uma causa jurídica a sustentá-lo, não sendo feito de forma aleatória ou para fraudar a referida empresa ou o Fisco, como fez crer a INFIP, mas, sim, para adiantamentos e reembolsos de despesas e custos da execução deste contrato. Acrescentou que se realmente houvesse a prática de uma fraude ou simulação por parte da Impugnante, qual razão teria para efetuar o depósito de cheque em sua conta bancária pessoal?

A Impugnante, assim, sequer possuía interesse jurídico em falsificar uma nota fiscal de outra empresa porque: a) todos os materiais fornecidos e medidos seriam abatidos da base de cálculo do ISS incidente sobre o seu serviço, independentemente de serem comprados ou já os possuí-los, armazenados; b) não era contribuinte habitual do ICMS e, assim, não possuía qualquer espécie de inscrição perante o Fisco Estadual, seja comum ou especial, razão pela qual sequer existiria o interesse em aquisição de uma nota de entrada para creditamento deste imposto.

Verificou-se, assim, que todo o trabalho investigativo baseou-se em premissa equivocada de que a Impugnante teria falsificado as notas fiscais da A & A FERRAGEM LTDA., para locupletar-se do dinheiro correspondente ao pagamento da Nota Fiscal nº 43252, emitida contra a empresa FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA. Contudo, diante da existência do contrato de prestação de serviços firmado entre a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., e MPN EMPREENDIMENTOS LTDA., empresa do qual a Impugnante é sócia, seria perceptível que o pagamento não foi aleatório ou sem causa, bem como seria de extrema desnecessidade tal “esquema”, caindo por terra a teoria criada pela INFIP.

Destacou ainda que para ser possível a responsabilização tributária de terceiros é imprescindível a existência e demonstração da ocorrência ou prática de ato em infração à lei, uma vez que se tratam de situações excepcionais e que necessitam da presença de **dolo** do imputado agente, especialmente em face do art. 135 do Código Tributário Nacional, que assevera que os agentes serão responsáveis pelos atos praticados em infração à lei:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Diante da expressa dicção legal do Código Tributário Nacional, eventual responsabilização de uma pessoa física depende da intervenção do agente no ato fraudulento ou doloso ou omissivo, motivo pelo qual é necessária a demonstração concreta e efetiva desta participação. Sobre o ponto, transcreveu a opinião de Hugo de Brito Machado, nos seguintes termos:

“A responsabilidade de terceiros, prevista no art. 134 do CTN, pressupõe duas condições: a primeira é que o contribuinte não possa cumprir sua obrigação, e a segunda é que o terceiro tenha participado do ato que configure o fato gerador do tributo, ou em relação a este se tenha indevidamente omitido. De modo algum se pode concluir que os pais sejam sempre responsáveis pelos tributos devidos por seus filhos menores. Nem que os tutores ou curadores sejam sempre responsáveis pelos tributos devidos pelos seus tutelados ou curatelados etc. É preciso que exista uma relação entre a obrigação tributária e o comportamento daquele a quem a lei

atribui a responsabilidade.

No entanto, não foi demonstrada, na ação fiscal, a prática de qualquer ato fraudulento ou simulado pela Impugnante. Com efeito, verificando-se os elementos carreados pela Fiscalização como “provas” da Impugnante ter falsificado as notas fiscais da A & A FERRAGEM LTDA., não se verifica a presença de qualquer uma que se configure, ao menos, como indício de prática de ato doloso de fraudar o Fisco Estadual. Percebe-se do boletim de informação apenas ilações sem comprovação, a tentar dar fundamento à responsabilização da Impugnante.

Por fim, a Impugnante destacou que a cobrança do ICMS pela presente notificação fiscal esbarra em óbice constitucional, precisamente em face do art. 155 da Constituição Federal: a premissa da exigência é a utilização de documento fiscal falso, supostamente contrafeito pela Impugnante, porém, ainda nestes casos é necessária a prova da concretização de uma operação de venda ou circulação de uma mercadoria, requisito constitucional não demonstrado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013. Destarte, mesmo que se desconsidere as explicações ora feitas e ausência de elementos comprobatórios de fraude (fraude que não houve da parte da Impugnante, por certo), o relatório que “embasa” a notificação não demonstrou a venda de mercadorias pela Impugnante de forma habitual e com intuito comercial, ausência que se considerada de forma isolada já impediria a exigência fiscal.

Diante de todo o exposto, a Impugnante concluiu que no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 não há qualquer demonstração de cometimento de fraude por si e que seja apta a sustentar um lançamento de ICMS do ano de 2007, já consumado pela decadência, especialmente diante da existência de contrato de prestação de serviços entre pessoa jurídica do qual é sócio e a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.

Quanto à decadência disse que em relação à Impugnante não existe qualquer indicação de prática de fraude, dolo ou simulação, eis que no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 não há qualquer demonstração de cometimento de fraude por si e que seja apta a sustentar um lançamento de ICMS, especialmente diante da existência de contrato de prestação de serviços entre pessoa jurídica do qual é sócio e a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., o que leva a existir uma causa jurídica a sustentar o pagamento feito ao Impugnante, que não se deu de forma aleatória ou para fraudar o Fisco.

Argumentou que ausente a causa de dolo, fraude ou simulação perpetrada pela Impugnante restou configurada a decadência do direito de lançar o ICMS supostamente incidente sobre a operação da Nota Fiscal nº 43269, uma vez que, quando da notificação do Impugnante da lavratura da autuação em 17/07/2014, já estava transcorrido o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

Pelo regime previsto nos art. 173 e 142 do Código Tributário Nacional, o curso do prazo decadencial será interrompido com a notificação do lançamento ao sujeito passivo, devendo ser efetuada dentro do prazo quinquenal. No presente caso, ainda que se considere como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 01/01/2008, como o Impugnante foi notificado em 17/07/2014, tem-se por decorrido mais de cinco anos desde a data dos fatos geradores e a notificação de lançamento, devendo ser aplicada a previsão do parágrafo único do art. 149 do Código Tributário Nacional, o qual determina que o lançamento e eventual revisão deste só podem ser iniciados enquanto não extinto o direito de lançar da Fazenda Pública, o que não ocorre no presente caso.

Portanto, argumenta a impugnante, quando da lavratura do Auto de Infração nº 281332.0002/14-8, já estava extinto pela **decadência** o crédito tributário decorrente do ICMS e a aplicação das multas relativas a qualquer mês do ano de 2007, cujo reconhecimento a Impugnante formulou requerimento específico.

Ao finalizar, formulou os seguintes requerimentos: que seja julgado improcedente o Auto de Infração nº 281332.0002/14-8, uma vez que no Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/2013 não há qualquer demonstração de cometimento de fraude por si e que seja apta a sustentar um

lançamento de ICMS do ano de 2007, já consumado pela decadência, especialmente diante da existência de contrato de prestação de serviços entre pessoa jurídica do qual é sócio e a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.

Além disto, uma vez ausente qualquer fraude, dolo ou simulação, entende a Impugnante que houve a **decadência** do direito de lançar qualquer exigência de ICMS ocorrida no ano de 2007, haja vista que a Impugnante somente foi intimada após o decurso de cinco anos, ainda que se tome, como termo inicial, o primeiro dia do exercício de 2008.

A autuante prestou informação fiscal juntada à fl. 108 do processo. Registrhou que os argumentos da defesa giram em torno de questionamentos feitos ao Boletim Fiscal nº 789/2013, resultado de trabalho de investigação desenvolvido pela IFIP, anexo às págs. 11 a 75 dos autos. Afirmou que se os julgadores, após leitura do relatório, forem tomados por dúvidas, que encaminhassem o processo à INFIP para pronunciamento.

Quanto ao contrato de prestação de serviço supostamente firmado entre a pessoa jurídica da qual o autuado era sócia e a empresa FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., pontuou que o documento se reveste de uma mera minuta de contrato, sem assinatura das partes, e, portanto, sem validade jurídica. Disse que o processo deve seguir os trâmites normais.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 17/06/2014, no valor de R\$6.290,65, acrescido de multa de 100%, com a seguinte imputação: “*Omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada*”. “*Referente à Nota Fiscal inidônea nº 43269, de 10/07/2007, paga com cheque Banco do Brasil nº 022868, de 08/08/07, nominal ao autuado conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 789/13*” - fls. 11 a 75 do PAF, com os respectivos anexos.

Leciona o mestre Sacha Calmon Navarro Coelho, na sua obra, Curso de Direito Tributário Brasileiro, págs. 776/777, 10ª edição, revista e atualizada, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009:

“*A Fazenda Pública tem cinco anos para verificar se o pagamento é suficiente para exaurir o objeto da obrigação tributária, isto é, o crédito tributário. Mantendo-se inerte, o Código considera esta inércia como homologação tácita, perdendo a Fazenda a oportunidade de operar lançamentos suplementares em caso de insuficiência de pagamento (preclusão). Daí que no termo do quinquênio ocorre a decadência do direito de crédito da Fazenda Pública, extinguindo-se a obrigação*”.

Aplica-se a este caso, narrado pelo mestre, as disposições do art. 150, § 4º, do CTN, com a seguinte redação:

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 a homologação, será ele de 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.

Continua o preclaro professor:

“*Em ocorrendo, todavia, fraude ou simulação, devidamente comprovada pela Fazenda Pública, imputáveis ao sujeito passivo da obrigação tributária do imposto sujeito a “lançamento por homologação”, a data do fato gerador deixa de ser o dia inicial da decadência. Prevalece o “dies a quo” do art. 173, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A solução está conforme a sistema do CTN. O que não se pode admitir é direito patrimonial incaducável*”.

(...)

“*A solução do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado aplica-se ainda aos impostos sujeitos à homologação do pagamento na hipótese de não ter ocorrido*

pagamento antecipado”.

No caso vertente a Nota Fiscal nº 43269, no valor total de R\$52.422,14, objeto de lançamento, foi emitida 10/07/2007. Se admitirmos ser verdadeira a acusação de que a beneficiária do pagamento da operação de venda, através de cheque, foi a Sra. Vanessa Souza Fontes, ora autuada, tendo também esta pessoa efetivamente realizado o fato gerador do imposto, estaríamos diante de uma fraude. Neste caso, haveria incidência da regra positivada no art. 173, I, do CTN, com o “*dies a quo*” deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, 1º de janeiro de 2008. Nessa circunstância o prazo decadencial para o lançamento de ofício se encerraria em 31/12/2012.

Operou-se, portanto, sem qualquer dúvida, a decadência para a constituição do crédito tributário neste específico caso, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 17/06/14, um ano e meio após o encerramento do prazo fatal.

Não há qualquer fundamento no direito positivo brasileiro que sustente o opinativo da INFIP, inserido à fl. 32 do presente PAF, com o seguinte teor: “*Assim, lastreada na regra prevista no art. 173, parágrafo único, na doutrina e na jurisprudência do STJ, não restam dúvidas de que a Fazenda Pública Estadual poderá constituir créditos tributários de ICMS relativos ao uso de notas fiscais falsas através das quais se documentou as compras de cimento e aço pela FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., uma vez que antes de ocorrer a decadência de cinco anos prevista no art. 173, inciso I do mesmo diploma legal, o fisco notificou a FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., sobre os fatos revelados na revisão fiscal, iniciando o processo de apuração da responsabilidade pelo cometimento da fraude”.*

Consta nesta investigação da IFIP que a notificação da FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., se deu ao longo de 2011 até maio de 2013, conforme texto transscrito à fl. 21 do presente PAF. Todavia, o Auto de Infração foi lavrado contra pessoa distinta: a Sra. Vanessa Souza Fontes.

Há, portanto, um óbice intransponível para análise dos fatos tributários narrados no Auto de Infração, por conta da caducidade do lançamento de ofício em exame. Notificação anterior para apuração de fatos tributários, lícitos ou ilícitos, não estende ou prorroga prazo de decadência além do lapso temporal previsto no art. 173, I. Estaríamos diante uma total insegurança jurídica, a mercê dos atos de fiscalização e apuração do credor.

Quanto aos ilícitos narrados na peça acusatória há que se apurar, se for o caso, as consequências penais, que demandam análise dos tipos tributários envolvidos e o dolo das pessoas também envolvidas, a exemplo da situação descrita relacionada à fraude documental ou simulação de contrato para encobrir crime contra a ordem tributária. Mesmo na seara penal, a punibilidade dos ilícitos se submetem também às regras de prescrição e decadência, contidas no Código Criminal Brasileiro.

Pelas razões acima expostas, e me atendendo tão somente, à seara tributária, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, que exige crédito tributário já alcançado pela decadência, nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281332.0002/14-8**, lavrado contra **VANESSA SOUZA FONTES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR