

A. I. Nº - 108580.0076/15-4
AUTUADA - GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. - EPP
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO C. FILHO, LIANE R. SAMPAIO e PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - INF AZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.08.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-05/16

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DIVERGÊNCIA ENTRE DOCUMENTOS FISCAIS E OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. O autuado não apresentou nos autos provas documentais capazes de desconstituir a acusação que lhe foi imputada. Infração caracterizada. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OMISSÃO DE LANÇAMENTO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Os argumentos trazidos na defesa não se mostraram capazes de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. O contribuinte exerce atividade de fabricação de vidros e espelhos e se creditou de itens classificados na categoria de bens de uso e consumo (correias, rebolo, brocas, corda traçada, placa analógica, escariador), que não se integram ao produto final nem participam dos processos de fabricação da empresa. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Mantido o lançamento, que decorreu do uso de crédito indevido de mercadorias que não participam do processo produtivo do estabelecimento elencadas na infração 03. Quanto à alegação de que a multa estipulada teria caráter confiscatório, tal abordagem escapa ao âmbito de competência do CONSEF, não sendo razoável discutir a constitucionalidade do direito posto na esfera administrativa. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 16/12/2015 para exigência de ICMS no valor principal de R\$ 710.876,65, acrescido de multas e juros moratórios, com as seguintes imputações:

Infração 1 – O contribuinte recolheu a menor do ICMS em função de divergência entre o imposto recolhido e o valor informado nos livros fiscais, declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. O contribuinte registra parte das notas fiscais de saída no seu livro Registro de Saídas, com valores da base de cálculo e do ICMS inferiores aos constantes das notas fiscais emitidas. Foram anexadas ao presente PAF cópias do Livro Registro de Saída e das notas fiscais em questão. Ocorrência verificada ao longo dos exercícios de 2008 e 2009. Valor exigido: R\$524.348,96. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “b”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 – Omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios. O contribuinte emite parte das notas fiscais de saídas sem o respectivo registro no Livro de Saídas. Foram anexadas ao presente PAF cópias do livro Registro

de Saída e das notas fiscais em questão. Valor exigido: R\$106.045,56. Multa de 70%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 3 – Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte, fabricante de vidros e espelhos, se credita indevidamente do ICMS referente aos produtos de uso e consumo, tais como correias, rebolo, brocas, corda traçada, placa analógica, escariador. Foram anexadas ao presente PAF cópias do livro Registro de Entrada e das notas fiscais em questão. Valor exigido: R\$33.244,67. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 4 – Deixou de recolher ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Foram anexadas ao presente PAF cópias do livro Registro de Entrada e das notas fiscais em questão. Valor exigido: R\$47.237,36. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração 22/12/2015, através de aposição de assinatura na peça inaugural do processo firmada por preposto da contabilidade da empresa. Ingressou com defesa administrativa em 18/02/16, em petição também subscrita pelo mesmo preposto contábil, o Sr. Francisco Sandro Tavares da Silva, CPF 613.666.923-49, habilitado a representar o contribuinte no processo, através do instrumento de procuração subscrita pelo sócio administrador da autuada, o Sr. José Olímpio Mendes (doc. fl. 1.295).

No prazo regulamentar o autuado apresentou Defesa, anexada às págs. 1.269 a 1.329, contra o Auto de Infração, alegando, inicialmente, ter protocolado, em dezembro do ano de 2015, um requerimento para a concessão de prazo de mais trinta dias para apresentação dos documentos solicitados e pedindo também a devolução dos documentos que estavam em poder do Fisco Estadual. De acordo com o contribuinte, o Auditor responsável peça ação fiscal silenciou acerca do Requerimento, o que impediu a conclusão do fechamento da contabilidade interna da empresa e inviabilizou a produção documental que serviria de amparo para sua defesa. Foi anexada na peça defensiva uma cópia de um requerimento de Concessão de Prazo e Pedido de Devolução de Documentos, datado em 03/12/2015, assinado pelo Senhor José Olímpio Mendes, Sócio-administrativo da Glassmaxi (doc. fl. 1.294).

Em seguida a defesa argumenta que a empresa foi alvo de “refiscalização”, tendo sido lavrados Autos de Infração pela Fazenda Estadual em setembro de 2011 (PAF Nº 2993261104100), e, em 16/12/2013 (A.I. 108580.0063/13-3). Segundo o contribuinte: *"uma vez realizada a fiscalização e efetuado o lançamento, o Fiscal encerra a sua atividade, não podendo voltar atrás para lançar parcelas não lançadas, salvo os casos expressamente previstos nos arts. 146 e 149 do Código Tributário Nacional"*.

Ponderou que em uma mesma fiscalização foram aplicadas várias multas com percentuais altos e diferenciados, de 60 e de 100%, sendo estas indevidas, maculando os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, evidenciando, portanto, o efeito confiscatório de tal prática.

Na informação fiscal, juntada às fls. 1.331 a 1.337 do PAF, os autuantes consignaram que o alegado documento contendo pedido de prorrogação jamais foi recebido pelos auditores fiscais responsáveis pela fiscalização da empresa, fato que poderia ser comprovado pela ausência de cópia de protocolo ou de assinaturas dos prepostos fiscais no documento que atestassem o seu recebimento.

Além disso, disseram que esse argumento mostra-se irrelevante uma vez que o trabalho fiscal, para ser corretamente efetuado, necessita de documentos que deem amparo ao levantamento. Afirmaram em acréscimo, que ainda que tivessem recebido um requerimento dessa natureza, não poderia o Fisco devolver os livros e/ou documentos fiscais de contribuinte que estivesse sob ação fiscal em curso. Ressaltaram que ao final da mencionada auditoria, ao recolher a assinatura

do contribuinte, dando ciência do Auto de Infração, todos os documentos e livros fiscais foram regularmente devolvidos.

Com relação à alegação de que a não devolução dos documentos impediu a conclusão do fechamento da contabilidade interna da empresa e inviabilizou a produção documental que serviria de amparo à defesa, esclareceram que a presente ação fiscal refere-se aos exercícios de 2008 e 2009, tendo tido o contribuinte tempo mais que suficiente para concluir qualquer escrituração contábil e fiscal. Em relação à defesa, o prazo de 60 (sessenta) dias iniciou-se no dia posterior à assinatura do Auto de Infração. No caso em questão, a documentação fiscal e contábil foi devolvida no ato da assinatura do referido Auto de infração, possibilitando à empresa o uso total do prazo para impugnar o lançamento e a posterior juntada de qualquer documento que comprovasse algum equívoco nas infrações levantadas.

Ponderaram, por fim que toda a documentação que serviu de base para a autuação foi apresentada pelo próprio contribuinte ou por seus clientes e que, na peça de defesa, nenhuma prova documental foi anexada que demonstrasse equívocos do imposto apurado nas infrações que foram imputadas ao sujeito passivo.

Quanto ao argumento de que a empresa sofreu “refiscalização”, referente aos exercícios de 2008 e 2009, apresentaram na peça informativa um resumo dos fatos e processos gerados anteriormente à presente ação fiscal, conforme reprodução abaixo:

A - PAF nº 2993261104100, de 2011: O Auto de Infração a que se refere esse PAF foi lavrado em decorrência da não apresentação, por parte do contribuinte, de Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA à SEFAZ-BA e do não pagamento de diferenças de alíquota.

B - Auto de Infração nº 108.580.0063/13-3, de 2013: Lavrado, pelo método de arbitramento, em decorrência da não entrega à fiscalização dos livros e documentos fiscais e contábeis solicitados, o que impossibilitou o levantamento do valor supostamente não recolhido aos cofres públicos. Na fase de defesa desse processo o contribuinte alegou que não fora corretamente intimado. No julgamento do CONSEF, foi acatada a sua tese, tendo sido o Auto de Infração julgado nulo pelo CONSEF, com a recomendação de que a autoridade competente processo procedesse ao refazimento da ação fiscal.

C - Auto de Infração nº 108.580.0076/15-4, de 2015 (que é o processo em curso): por conta do refazimento da ação fiscal, recomendada pelo CONSEF, conforme Acórdão CJF nº 0407-11/14, exarado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, foi lavrado o presente Auto de Infração.

Para dar andamento à recomendação do CONSEF, em razão da nulidade do A.I. nº 108.580.0063/13-3, de 2013, o contribuinte foi intimado formalmente, apresentando, nessa específica ação fiscal, os livros e documentos fiscais solicitados pela fiscalização, possibilitando assim a realização da auditoria fiscal-contábil, que resultou no presente Auto de Infração, no qual se registraram as irregularidades apontadas na peça inaugural do processo.

Observaram ainda os autuantes que o contribuinte, em sua impugnação, não contestou, em momento algum, o mérito das infrações inseridas neste PAF.

Destacaram que ao não efetuar a entrega dos livros e documentos em 2013, o contribuinte impossibilitou o levantamento de possíveis infrações e ao tornar-se nulo o Auto de Infração nº 108.580.0063/13-3, de 2013, que arbitrava o valor de imposto supostamente sonogado, nenhum tributo foi de fato cobrado do contribuinte no período em questão. Dessa forma, o Auto de Infração, lavrado em 2015, de nº 108.580.0076/15-4, teve como objetivo recuperar os valores não recolhidos espontaneamente pelo contribuinte ou por ação fiscal anterior deflagrada pela SEFAZ-BA.

Observaram também que o Auto de Infração nº 108.580.0063/13-3, julgado nulo em 2014, por vício formal, serve inclusive de respaldo legal à presente ação fiscal, conforme determina o inciso II, do art. 173 do Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172/66, *in verbis*:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado."

Por fim, salientaram que no desenvolvimento da presente ação fiscal, ao se ter acesso aos livros e documentos fiscais, foi possível constatar a prática de reiterados lançamentos com divergência entre os valores do ICMS constantes das Notas Fiscais de Saídas e os valores registrados no livro Registro de Saídas de Mercadorias (LSM), resultando em pagamentos inferiores aos devidos. Além disso, foram encontradas diversas notas fiscais de saídas que não foram lançadas no LSM, sendo que algumas sequer foram apresentadas ao fisco no momento da fiscalização, caracterizando omissão de saída. Destacaram ainda que esses fatos estão devidamente demonstrados nas infrações 01 e 02 do presente Auto de Infração.

Entendem ser aplicável ao caso em exame a norma contida no art. 149, inciso VII do CTN, com a seguinte redação:

"Art. 149 - O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;"

Sustentam, portanto, que o Auto de Infração em lide foi lavrado sob o total amparo da legislação tributária vigente não devendo ser acolhida a tese defensiva de que o procedimento fiscal de "refiscalização" se deu ao arrepio da lei de regência do ICMS e do processo administrativo fiscal.

Em relação à aplicação de multas sobre o valor da infração, também questionada pelo contribuinte, afirmaram os autuantes que os percentuais aplicados estão rigorosamente de acordo com o art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/1996, que define um percentual de multa para cada infração tipificada. Registraram, ainda, que no Auto de Infração eletrônico, o auditor fiscal tipifica a infração e o sistema da Secretaria da Fazenda do Estado – SEAI, automaticamente determina a respectiva multa. Portanto, não haveria qualquer ingerência dos auditores fiscais no que tange à aplicação de multas.

Ao finalizar a peça informativa os autuantes pediram que o Auto de Infração fosse julgado totalmente procedente.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 04 (quatro) imputações, conforme foi detalhadamente apresentado no Relatório, parte integrante do presente Acórdão.

O contribuinte suscitou, em razões preliminares, vícios do procedimento fiscal que maculariam o lançamento de ofício.

Afirmou a defesa ter protocolado, em dezembro do ano de 2015, um requerimento de concessão de prazo de mais trinta dias para apresentação dos documentos solicitados e pedido de devolução dos documentos que estavam em poder do Fisco Estadual. De acordo com o contribuinte, o auditor silenciou acerca do requerimento, o que impediu a conclusão do fechamento da contabilidade interna da empresa e inviabilizou a produção documental que serviria de amparo para sua impugnação.

O pedido de prorrogação de prazo para entrega de documentos e de devolução dos documentos que já haviam sido arrecadados foi protocolado no posto de atendimento do SAC, em Salvador, datado de 03/12/15. A ação fiscal, que desembocou na lavratura do A.I. em lide, foi concluída em 16/12/15, portanto, 13 (treze) dias após o requerimento do contribuinte. Ao ser cientificado do A.I. em 22/12/15, o contribuinte além de receber todos os documentos que lastrearam a acusação

fiscal, especialmente os demonstrativos de apuração do imposto, firmou recibo no próprio Auto, declarando ter recebido em devolução todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal. Improcedem, portanto, os argumentos defensivos de vício do ato de lançamento.

No tocante à renovação da ação fiscal, denominada pela defesa de “refiscalização”, que o Auto de Infração em exame decorreu de refazimento de ação fiscal após a decretação de nulidade do lançamento anterior, formalizado através do A.I. nº 108.580.0063/13-3, em decisão de 1ª instância, confirmada na instância recursal, através do Acórdão 0407-11/14, datado de 16 de dezembro de 2014.

Aplica-se ao caso as disposições do art. 173, inc. II, c/c o art. 149, inc. VII, do CTN (Lei nº 5.172/66), com os seguintes conteúdos:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 ões (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado."

(...)

"Art. 149 - O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;"

Superadas as questões formais passo ao exame das questões de mérito.

Indefiro o pedido de diligência visto que os elementos de prova existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento deste órgão julgador. Ademais, as questões tratadas nas infrações que foram imputadas ao sujeito passivo poderiam ser comprovadas mediante a apresentação de documentos que estão em poder do próprio contribuinte. Por sua vez, ao requerer a realização de diligência, o autuado não fundamentou a sua necessidade como exige o art. 145 do RPAF/99.

Verifico que a presente ação fiscal foi deflagrada a partir da disponibilização pelo contribuinte dos seus livros e documentos fiscais, renovando ação fiscal anterior que resultou em lançamento nulo, conforme já esboçado acima na análise das nulidades suscitadas pelo contribuinte. Foi constatada no novo procedimento, a prática de reiterados lançamentos com divergência entre os valores do ICMS constantes das Notas Fiscais de Saídas e os valores registrados no livro de Saídas de Mercadorias (RSM), resultando em pagamentos inferiores aos devidos. Além disso, foram encontradas diversas notas fiscais de saídas que não foram lançadas no livro de Saídas do ICMS, sendo que alguns documentos sequer foram apresentados ao fisco no momento da fiscalização, caracterizando omissão passível de autuação. Ressalto que esses fatos estão devidamente demonstrados nas infrações 01 e 02 do presente Auto de Infração e nas planilhas anexadas às fls. 46 a 96 e demonstrativos e cópias reprográficas dos documentos onde foram apuradas as divergências (fls. 88 a 1.261).

Observo ainda que o contribuinte, na peça defensiva, não aponta equívocos e nem contrapõe números aos que foram apresentados pela fiscalização. Também não houve a comprovação do correto recolhimento dos valores que foram apurados na auditoria fiscal, que resultou na cobrança que integra o item 1 do A.I., assim como não foi demonstrado que os documentos citados na segunda infração foram lançados nos livros fiscais próprios.

Em face do exposto, mantenho integralmente as infrações 1 e 2.

No tocante às infrações 3 e 4, relacionados, respectivamente, à glosa de créditos fiscais e a decorrente cobrança do ICMS a título de DIFAL (diferença de alíquotas), se encontra evidenciado nos autos que os materiais adquiridos pela autuada são itens que devem ser classificados na

categoria de bens de uso e consumo, a exemplo de correias, rebolo, brocas, corda traçada, placa analógica, escariador, que não se integram ao produto final nem participam dos processos de fabricação da empresa autuada, que se dedica à atividade de produção de vidros e espelhos.

Quanto às multas aplicadas no lançamento nos percentuais de 60% e 70%, não acolho os argumentos defensivos relacionados com o cancelamento das referidas penalidades com espeque nos princípios do não confisco, positivado no art. 150, IV, da CF/88. Isto porque não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É que o prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629/99.

Pelas mesmas razões não acato o pedido subsidiário de redução da penalidade fiscal, ao apelo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e com base nos precedentes mais recentes do STF, que delinea o limite máximo das multas entre 20% e 30% sobre o valor do tributo. As decisões mencionadas na peça de defesa não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que esta não figurou em nenhuma das ações como parte. Da mesma forma, nenhum ato normativo seu, relativamente às penalidades tributárias, foi objeto de ação de controle concentrado de constitucionalidade que já tenha transitado em julgado.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108580.0076/15-4**, lavrado contra **GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 710.876,55**, acrescido das multas de 60% sobre R\$604.830,99, e de 70% sobre R\$106.045,56, previstas no art. 42, incisos II, letra “b” e “f”, III, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR