

A. I. Nº - 108580.0077/15-0
AUTUADO - GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. - EPP
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO e PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/08/2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0070-06/16

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DIVERGÊNCIA ENTRE DOCUMENTOS FISCAIS E OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. O autuado não traz aos autos provas 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 mostram capazes de desconstituir a acusação. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Inferido o pedido de diligência. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/12/15, exige ICMS no valor de R\$724.938,55, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Recolhimento a menos de ICMS em razão de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a dezembro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$626.947,41, mais multa de 60%. Consta que o autuado registra as notas fiscais de saídas em seu livro Registro de Saídas com valores da base de cálculo e ICMS inferiores aos constantes nas notas fiscais emitidas.

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a julho e outubro a dezembro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$97.991,14, mais multa de 70% ou 100%, conforme a data de ocorrência do fato. Consta que o autuado emite notas fiscais de saídas sem o respectivo lançamento no livro Registro de Saídas.

O autuado apresenta defesa (fls. 834 a 848) e, após efetuar uma síntese dos fatos, destaca que o Auto de Infração em comento trata de uma “refiscalização”.

Preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração, por ofensa aos princípios do informalismo, da ampla defesa e da busca da verdade material, sobre os quais discorre.

Diz que em 03/12/15 protocolou um requerimento, endereçado ao auditor responsável pelo procedimento de fiscalização em comento, solicitando concessão de prazo e pedindo a devolução de documentos. Explica que esse requerimento, cujo teor transcreveu, tinha duas finalidades: obter a documentação que tinha sido fornecida pelo autuado à fiscalização ou obter uma fotocópia, pois precisa desses documentos para “fechar todo o seu levantamento e contabilidade interna”; obter o prazo de trinta dias para que os demais documentos solicitados fossem entregues à fiscalização. Destaca que o auditor não lhe deu qualquer resposta acerca dos seus pedidos, impossibilitando-o de ter acesso ao material que estava na posse do auditor e impedindo-o de efetuar o levantamento e fechamento da contabilidade interna.

Afirma que ao cotejar a fundamentação das duas infrações que lhe foram imputadas, verificou que o não atendimento do seu pedido inviabilizou a produção documental que lhe ampararia na

fiscalização, ferindo os princípios do informalismo, da ampla defesa e do contraditório.

Sustenta que o próprio auditor fiscal impediu ou dificultou a produção de elementos e provas a favor do contribuinte. Diz que não pode ser prejudicado em decorrência da omissão do auditor, que não permitiu o acesso do contribuinte aos seus próprios documentos fiscais e silenciou quanto ao pedido de prazo para a apresentação de novos documentos. Diz que, assim, foi prejudicado o princípio da busca de verdade material. Cita jurisprudência e doutrina.

Em face ao acima exposto, solicita que seja decretada a nulidade do procedimento de fiscalização ou, caso seja ultrapassada a nulidade, que lhe seja concedido o prazo de trinta dias para juntar os documentos negados durante a ação fiscal.

Pontua que, conforme documentação trazida na defesa, em anos anteriores a SEFAZ-BA já tinha lhe fiscalizado relativamente a uma parte do período abarcado pelo presente Auto de Infração, da seguinte forma: a) Ordem de Serviço 506449/11, fls. 853 a 856, abrangendo o período de 01/01/06 a 31/12/10; b) Auto de Infração nº 108580.0063/13-3, julgado nulo pelo Acórdão CJF 0407-11/14, referente ao período de 2008 a 2009.

Ressalta que o Auto de Infração 108580.0077/15-0 (período 01/01/08 a 31/12/14) engloba três anos daqueles mencionados nos itens “a” e “b” acima, tratando-se, portanto, de uma “refiscalização”.

Salienta que, na primeira fiscalização (Ordem de Serviço 506449/11), sendo os documentos fornecidos ao autuante, foi encerrada com a exigência de multa de R\$ 52.813,84, a qual foi parcelada e está sendo paga.

Diz que foge ao seu entendimento e à razoabilidade a fiscalização em uma empresa no mesmo período que já foi objeto de fiscalizações anteriores - Ordem de Serviço 506449/11, Autos de Infração nºs 108580.0063/13-3 e 108580.0076/15-4.

Referindo-se à interpretação da legislação tributária, faz alusão ao princípio da retroatividade benigna e, em seguida, frisa que não se admite a retroatividade que agrava o encargo tributário. Explica que a fiscalização se limita a aplicar a lei ao caso concreto e, como a lei não pode retroagir - exceto quando for mais benéfica -, é evidente que o critério jurídico de interpretação dessa lei também não pode retroagir, a menos que seja mais favorável ao contribuinte.

Sustenta que adotado um critério jurídico de interpretação pelo Fisco ao longo do tempo para fiscalizar as atividades de determinado contribuinte e concluído pela regularidade de sua situação fiscal, não pode o mesmo Fisco rever as atividades do passado para exigir tributos e aplicar sanções a pretexto de que a administração alterou o seu entendimento acerca da matéria.

Frisa que essa prática é ilegal e contraria o princípio da boa-fé, bem como representa uma insubmissão da administração a seus próprios atos, o que diz ser inadmissível por implicar violação ao princípio da segurança jurídica. Reitera que o novo critério jurídico só pode ser aplicado para o futuro, jamais para o passado.

Transcreve os termos do art. 146 do CTN e, em seguida, afirma que a alteração do critério jurídico de interpretação só pode ser aplicada em relação a um mesmo sujeito passivo quanto a fato gerador ocorrido posteriormente a essa alteração.

Após reproduzir jurisprudência do TJ-RS, sustenta que em relação a um mesmo período, na forma do art. 146 do CTN, nenhuma modificação poderá ser introduzida de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa quanto à fiscalização realizada. Diz que, portanto, não pode a administração pública abrir sucessivas fiscalizações em uma empresa sobre um mesmo período, mesmo tributo, alegando ter critérios diferentes para arbitrar novo valor devido e aplicação de multa.

Reproduz o disposto no art. 149 do CTN e, mais adiante, afirma que uma “refiscalização” que não se funde em qualquer dos casos previstos nesse citado art. 149, mesmo que determinada por qualquer autoridade de qualquer órgão fiscalizatório, é nula de pleno direito, porque envolverá

necessariamente uma mudança de critério jurídico em relação ao mesmo período. Salienta que no caso em tela nenhuma das condições previstas existiu ou serviu de embasamento para a realização de uma nova fiscalização, sendo que para uma nova fiscalização nos moldes das anteriores é necessário que o Fisco demonstre previamente as condições necessárias. Diz que, portanto, o Auto de Infração em comento deve ser julgado nulo. Volta a citar jurisprudência e doutrina para embasar seu argumento.

Impugna a aplicação das multas indicadas na autuação, pois considera que o procedimento fiscal *“foi maculado pela ausência de possibilidade de acesso do contribuinte aos seus próprios documentos fiscais/contábeis em posse do fiscal que lavrou o Auto”*, o que diz ter lhe impedido de organizar a contabilidade e fornecer um conjunto probatório condizente com a sua realidade.

Sustenta que as referidas multas, nos patamares de 60% e 100%, afrontam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como possuem o caráter de confisco. Discorre sobre esses referidos princípios e cita doutrina e jurisprudência. Diz que, diante da atual conjuntura econômica, onde a margem de lucro das empresas é mínima, não é justa a aplicação de multas de 60% e 100%, pois dificulta sobremaneira a exploração das atividades econômicas do contribuinte.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo. Pede que, caso não seja acolhida nulidade, as multas sejam reduzidas a patamar não superior a 50%. Protesta pela juntada posterior de documentos e pela realização de diligência.

Ao prestarem a informação fiscal, fls. 901 a 905, os autuantes inicialmente afirmam que não receberam o *“Requerimento de Concessão de Prazo e Pedido de Devolução de Documentos”*, cuja fotocópia está anexada à fl. 857, pois não há qualquer cópia de protocolo ou de assinatura comprovando o recebimento desse documento.

Acrescentam que esse argumento defensivo é irrelevante, uma vez que o trabalho fiscal, para ser efetuado necessita de documentos que amparem os levantamentos que serão realizados. Dizem que, dessa forma, ainda que tivessem recebido a solicitação do defendente, não poderiam devolver os livros e documentos de contribuinte que se encontrava sob ação fiscal.

Esclareceram que a ação fiscal em tela refere-se ao exercício de 2010, tendo o autuado tido tempo suficiente para concluir qualquer escrituração fiscal e contábil. Dizem que, portanto, não se sustenta a tese defensiva de que a não devolução dos documentos teria impedido a conclusão do fechamento da contabilidade e inviabilizada a produção de documentos que serviriam à defesa.

Ressaltam que a contagem do prazo de sessenta dias para interposição de defesa se inicia após a notificação da lavratura do Auto de Infração. Salientam que, ao final da ação fiscal, quando foram notificar o defendente, devolveram todos os livros e documentos que foram arrecadados.

Após descreverem as infrações que foram apuradas, afirmam que toda a documentação que serviu de base para a autuação foi apresentada pelo próprio defendente.

Quanto às ações fiscais realizadas, explicam que: a) o Auto de Infração nº 299326.1104/10-0, referente aos exercícios de 2006 a 2010, foi lavrado em razão de não apresentação de Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) e de não pagamento de diferença de alíquota; b) o Auto de Infração nº 108580.0063/13-3 cuida dos exercícios de 2008 e 2009 e não se refere ao período tratado no presente processo; c) o Auto de Infração nº 108580.0077/15-0 versa sobre o exercício de 2010.

Explicam que no desenvolvimento da presente ação fiscal, ao ter acesso aos livros e documentos fiscais, puderam observar a prática de reiterados lançamentos com divergência entre os valores do ICMS constantes na nota fiscal de saída e os valores registrados no livro Registro de Saída, resultando em pagamentos inferiores aos devidos. Além disso, foram encontradas diversas notas fiscais de saída que não foram lançadas no livro Registro de Saída, sendo inclusive algumas não apresentadas ao Fisco no momento da ação fiscal, caracterizando omissão de saída.

Quanto à alegada “refiscalização”, observam que a ação fiscal em análise foi determinada mediante a Ordem de Serviço 507667/15, fl. 17, que autorizou formalmente a execução deste

trabalho no período entre 2008 e 2014. Afirmam que o CTN, em seu art. 173, I, garante o direito de a Fazenda Pública apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Sustentam que, portanto, a ação fiscal que resultou no presente Auto de Infração foi efetuada com o amparo da legislação tributária vigente.

No que tange à aplicação das multas, dizem que nada têm a discutir, pois os percentuais estão de acordo com o art. 42, da Lei 7.014/96, que define um percentual de multa para cada infração.

Ressaltam que, em sua defesa, o autuado não contesta o mérito das infrações apuradas.

Ao finalizar, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Preliminarmente foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por ofensa aos princípios do informalismo, da ampla defesa e da busca da verdade material, tendo em vista que os autuantes não se pronunciaram sobre o pedido de concessão de prazo e de devolução de documentos.

A ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em comento foi iniciada em 28/05/15, conforme o Termo de Início de Fiscalização à fl. 7. Com a lavratura desse referido Termo, ficou demarcado o início da ação fiscal e, portanto, afastada a espontaneidade do contribuinte.

Em 29/07/2015, 16/10/15, 25/10/15 e 05/11/15 (fls. 11 a 15), o autuado foi intimado a apresentar, à fiscalização, os livros e documentos fiscais e contábeis relacionados nessas intimações. Os livros e documentos apresentados foram arrecadados para serem utilizados na fiscalização e, considerando que a ação fiscal já tinha se iniciado, não se sustenta a tese defensiva referente à conclusão de levantamento e de contabilidade por parte do estabelecimento fiscalizado. Além disso, os fatos geradores tratados no presente lançamento de ofício são referentes ao exercício de 2010, quando os livros e documentos fiscais e contábeis já deveriam estar escriturados, não havendo, assim, como se falar em prazo para a conclusão de levantamentos e de contabilidade.

Também não prospera o argumento atinente à concessão de mais prazo para apresentação de documentos, pois os livros e documentos solicitados pela fiscalização foram apresentados pelo defendente no prazo que fora concedido pelos autuantes. Do mesmo modo, não há o que se falar de devolução dos livros e documentos arrecadados, pois eles estavam sendo utilizados na auditoria fiscal que se encontrava em curso; uma eventual devolução de livros ou documentos antes do fim da ação fiscal seria uma forma de inviabilizar a fiscalização.

Conforme foi bem salientado pelos autuantes na informação fiscal, todos os livros e documentos fiscais e contábeis arrecadados foram devolvidos ao autuado quando da notificação acerca da lavratura do Auto de Infração. Assim, ao elaborar a sua impugnação ao lançamento, o autuado já estava de posse de seus livros e documentos, não havendo qualquer cerceamento de defesa.

Efetivamente, a Constituição Federal garante o direito de os cidadãos peticionarem aos órgãos públicos na defesa de seus direitos. Todavia, no caso em tela, os pedidos do autuado não possuíam razão de ser, conforme demonstrado acima.

Dessa forma, na ação fiscal em análise não houve o alegado cerceamento de defesa e os créditos tributários lançados de ofício foram apurados com base nos livros e documentos apresentados pelo autuado. Afasto, portanto, essa preliminar de nulidade, já que os procedimentos adotados dos autuantes não afrontaram os princípios citados na impugnação.

Também foi arguida a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a presente ação fiscal trata-se de uma “refiscalização”, porém essa preliminar não merece acolhimento, uma vez que a Fazenda Pública pode apurar a qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de fatos que possam configurar obrigações tributárias, conforme consta no corpo do Auto de Infração em comento.

Conforme foi bem explicado na informação fiscal, a Ordem de Serviço nº 506449/11 foi encerrada com a lavratura do Auto de Infração nº 299326.1104/10-0, no qual foi constituído crédito tributário decorrente da falta de apresentação de DMA e do não pagamento de diferença de alíquota. Os ilícitos fiscais apurados naquele Auto de Infração não confundem com os que são abordados no presente Auto - divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documento fiscal, bem como falta de lançamento de documento fiscal no livro fiscal próprio. Por sua vez, o Auto de Infração nº 108580.0063/13-3 é referente aos exercícios de 2008 e 2009, portanto, período diverso do tratado no presente Auto. Dessa forma, está claro que não houve uma “refiscalização” e nem uma revisão do lançamento anteriormente efetuado, mas sim a apuração da ocorrência de outros fatos geradores que foram omitidos pelo autuado, justificando-se, portanto, a lavratura do presente Auto de Infração.

Em sua defesa, o autuado faz alusão a uma suposta mudança de critério jurídico, mas essa tese defensiva não se sustenta, pois o presente Auto de Infração, conforme já demonstrado acima, trata de fatos geradores diversos dos que foram abordados em ações fiscais anteriores. Não houve, portanto, qualquer mudança de critério jurídico, nem a aplicação retroativa de lei e nem tampouco de hipótese de revisão de lançamento de ofício, como tenta fazer crer o defendente.

A decisão judicial citada na defesa não serve de paradigma para o presente caso, pois trata de situação diversa da que se encontra em análise, senão vejamos: a citada decisão judicial tratava de situação em que tinha havido modificação nos critérios jurídicos adotados pelo autuante; a ação fiscal que redundou na lavratura do Auto de Infração em análise não decorreu de modificação de critério jurídico, mas sim da apuração de fatos geradores que não tinham sido abarcados pelas ações fiscais anteriores.

O pedido para a redução ou dispensa das multas não pode ser atendido, uma vez que as penalidades indicadas na autuação foram decorrentes de descumprimentos de obrigações principais e, portanto, a apreciação de tal pedido ultrapassa as competências das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

Indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinda das questões. As questões tratadas nas infrações imputadas ao autuado poderiam ser comprovadas mediante a apresentação de documentos comprobatórios que estão em poder do próprio contribuinte. Ademais, ao requerer a realização de diligência, o autuado não fundamentou a sua necessidade, como exige o art. 145 do RPAF/99.

O autuado sustenta que as multas indicadas na autuação afrontam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como possuem o caráter de confisco. Essa alegação defensiva não procede, pois as penalidades indicadas no Auto de Infração são as previstas no art. 42, II, “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades que foram apuradas, não cabendo a este órgão julgador a apreciação da constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Ultrapassada a questão da alegada “refiscalização”, passo a tratar das infrações que foram apurados pelos autuantes, as quais estão devidamente evidenciadas nos demonstrativos acostados às fls. 20 a 33 (infração 1) e 34 a 36 (infração 2), onde os autuantes indicaram todos os documentos fiscais que foram registrados incorretamente e os que deixaram de ser lançados nos livros fiscais.

Em toda a sua defesa, o autuado não aponta equívocos e nem contrapõe números aos que foram apresentados pela fiscalização.

O defendente também não comprova o correto recolhimento dos valores que foram considerados como recolhidos a menos na primeira infração, assim como não demonstra que os documentos fiscais citados na segunda infração foram lançados nos livros fiscais próprios.

Em face ao acima exposto, as infrações imputadas ao autuado restam devidamente caracterizadas, assistindo razão aos autuantes.

Voto, portanto, pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108580.0077/15-0**, lavrado contra **GLASSMAXI INDÚSTRIA DE VIDROS BA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total **R\$724.938,55**, acrescido da multa de 60% sobre R\$626.947,41, 70% sobre R\$39.001,74 e 100% sobre R\$58.989,40, prevista no art. 42, incisos II, “b” e III, da Lei nº 7014/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR