

PROCESSO - A.I. Nº 020747.0103/99-0
RECORRENTE - CINTRA & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0253/00
ORIGEM - INFAC BONOCÔ (INFAC PIRAJÁ)
INTERNET - 11/06/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0302-11/03

EMENTA: ICMS. 1. MÁQUINA REGISTRADORA. FALTA DE DEBITAMENTO OU DEBITAMENTO A MENOS NO AJUSTE ANUAL RELATIVO ÀS MERCADORIAS ISENTAS, NÃO TRIBUTADAS OU SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO LEGALMENTE PERMITIDO. Rejeitada a preliminar de nulidade da decisão, suscitada pelo recorrente. Vencida a Relatora. Decisão não unânime. No mérito, as razões recursais não elidem a exigência fiscal imputada ao sujeito passivo. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar as seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos de imposto por não ter se debitado ou se debitado a menos no ajuste anual, relativo às mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de imposto relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.

O Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o relator da 4ª JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“O autuado preliminarmente arguiu inconstitucionalidade e ilegalidade nas imputações feitas, alegando que o ajuste fere o princípio da legalidade e que acolhê-lo é incorrer em inconstitucionalidade.

Considero, quanto a essa argüição, importante citar o art. 167 do RPAF/99, que estabelece não se incluírem na competência dos órgãos julgadores apreciação de declaração de inconstitucionalidade, pelo que rejeito a preliminar suscitada.

Em relação à solicitação de perícia, considerei desnecessária, em vista das provas produzidas, além do que, por não ter o interessado formulado no pedido os quesitos a serem respondidos, ensejou, de acordo com o parágrafo único do art. 145 o indeferimento de plano, tendo sido, conforme faculta o § 1º do art. 147, convertido o pedido de perícia em determinação de diligência.

Quanto à exclusão de multa requerida, devo esclarecer que, de acordo com o parágrafo único do art. 169 do RPAF/99, compete à Câmara Superior julgar, em instância única, os pedidos de

dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade, nos termos do art. 159, devendo a ela ser requerida, de forma fundamentada e acompanhada das devidas provas. Vale acrescentar que esse pedido deverá ser formulado no prazo de 30 (trinta) dias após a intimação do Auto de Infração, da Notificação Fiscal ou da Decisão do órgão julgador, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos.

No mérito, da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constato que equívocos foram cometidos por autuado e autuante, relativamente à imputação contida no item 1 da acusação, tendo sido corrigidos pelo diligente, ao refazer os ajustes e apurar os débitos relativos a 1996, 1997 e 1998 fls. 69 do PAF.

Relativamente ao segundo item do Auto de Infração, observo que autuado, autuante e diligente incorreram em equívoco. Efetivamente houve utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias. Entretanto, ao determinarem o “quantum” indevido, não atentaram que o período levantado abrange duas legislações, contendo previsão diferenciada. O RICMS/96, aprovado pelo Decreto nº 5.444, em seu art. 93, II, previa o direito ao crédito do valor do imposto anteriormente cobrado, quando efetivamente utilizados na comercialização, ressalvando, em seu § 9º, que, não sendo possível mensurar, com precisão, a quantidade de energia elétrica consumida, efetivamente vinculada a operações de comercialização tributadas, o contribuinte poderia apropriar-se do valor resultante da aplicação, sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal, do percentual de 50%. O RICMS/97, no mesmo art. 93, II, estabelece, a partir de 01.11.96, o direito ao crédito fiscal, sem restrições, para compensação com o tributo devido e para fins de apuração do imposto a recolher.

Assim, de janeiro/96 a outubro/96, o contribuinte faria jus a 50% do valor do imposto destacado em documentos fiscais, enquanto a partir de 01.11.96, poderia apropriar-se do valor integral. Feitos os cálculos, resulta em:

ICMS destacado em documentos fiscais de jan/96 a jan/98	R\$7.171,59
Creditamento permitido em norma regulamentar	R\$6.051,15
Creditamento comprovadamente utilizado	R\$7.982,88
Utilização indevida de crédito fiscal	R\$1.931,73

Outrossim, como o valor do débito apurado nesse Auto de Infração, sofreu alteração para maior, por não ter sido incluído, pela autuante, no Demonstrativo do Débito do Auto de Infração, o débito levantado pela mesma, relativo ao exercício de 1997, fls. 08 do PAF, além da equivocada apuração a menos da utilização indevida de crédito fiscal relacionada à aquisição de energia elétrica, julgo inteiramente procedente a autuação.

Cabe a Autoridade Competente decidir sobre a instauração de nova ação fiscal, visando a exigência da parte excedente ao consignado no Auto em epígrafe, ficando, entretanto, esclarecido, que o autuado para recolhê-la, de forma espontânea, enquanto a nova ação fiscal não for instaurada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde suscita a nulidade da Decisão recorrida em vista da falta de exame do requerimento de exclusão de multa com base no art. 112 do CTN c/c o art. 23, § único, inciso III, da Lei de Falências, decorrente da concordata preventiva deferido o autuado.

Afirma que a Junta de Julgamento Fiscal equivocadamente julgou-se incompetente para decidir a respeito da exclusão da multa suscitada na defesa, sem contudo fundamentar o seu entendimento ou sua motivação.

Diz ter sido sintética a demonstração do ponto de vista do relator, sem a devida explicação necessária ao entendimento esposado no seu voto, maculando de nulidade o Acórdão, uma vez que viola o art.93, inciso IX da Constituição Federal e o art.164 do próprio RPAF vigente.

Diz que o art. 23 do Regimento Interno do CONSEF, dispõe que: compete às Juntas de Julgamento, julgar em 1^a Instância os processos administrativos fiscais em que haja exigência de tributo e multa ou exclusivamente multa.”

Afirma ser indevida a multa aplicada, em razão de estar sofrendo um processo de concordata preventiva em curso na 17^a Vara Civil, dentro da interpretação do art. 112 do CTN c/c o art. 23, § único, inciso III da Lei de Falências, e que tais dispositivos são do conhecimento dos componentes da JJF por se tratarem de artigos de leis federais e de matéria tributária.

Assevera bastar a simples leitura do que determina a lei e interpretá-la de acordo com os princípios básicos de hermenêutica e baseando-se também na jurisprudência predominante no STJ e no STF, inexistindo motivos de ordem legal para que a JJF dê-se por incompetente para apreciar o pleito.

Quanto ao mérito afirma que a autuação baseou-se em presunção fiscal onde a fiscalização, através de estimativa, impõe a solidariedade do contribuinte à omissão de saída de mercadorias e a suposta utilização indevida de fiscal decorrente da inidoneidade dos documentos que acobertavam a transação.

Que a situação de concordatária do recorrente exige a utilização do preço de custo para vender suas mercadorias, fugindo e muito da margem de lucro estipulada pelo RICMS.

Acrescenta que acolher hipóteses de incidência distinta daquelas já delineadas na legislação tributária superior é incorrer em flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade.

Diz ainda que a multa aplicada é confiscatória, o que vai de encontro ao art.150, inciso IV da Constituição Federal, uma vez que vai além do limite razoável, haja vista que, considerando-se a situação econômica do país e a particular do autuado, é inconcebível e vai de encontro ao princípio da razoabilidade a imposição de tal penalidade, pois, somente poderá ser considerada justa na medida em que os bens inquinados possam responder por elas.

Por fim, pede o Provimento do Recurso Voluntário para Anular o Acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos à 4^a JJF a fim de que esta possa conhecer e julgar o pedido de exclusão da multa, ou que se reforme o Acórdão julgando o Auto de Infração Improcedente.

Chegando à PROFAZ, esta verifica a existência de uma irregularidade no Recurso Voluntário, uma vez que o mesmo encontra-se apócrifo e encaminha para saneamento.

Após o devido saneamento o PAF retorna à PROFAZ e esta emite um Parecer opinando pelo provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que os argumentos apresentados pelo recorrente são pertinentes uma vez que o autuado alega em sua defesa o fato de estar em processo de concordata preventiva, o que afasta a aplicação de multa por disposição de lei federal e a doura Junta de Julgamento Fiscal, por engano, alegou que não poderia apreciar tal argumento.

Acrescenta que o pedido do recorrente não era a exclusão da multa como entendeu os julgadores da 4^a JJF e sim da impossibilidade da aplicação da mesma em razão da concordata preventiva deferida pelo Judiciário.

Na assentada de Julgamento a representante da PROFAZ presente à sessão manifestou-se contrária ao Parecer anterior, afastando a Nulidade e opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE

Neste Recurso Voluntário o recorrente suscita uma preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa em vista da falta de apreciação do argumento da defendante acerca da impossibilidade de aplicação da multa em razão de encontrar-se o autuado sofrendo um processo de concordata preventiva em curso na 17^a Vara Cível.

Razão assiste ao recorrente, de fato a 4^a JJF ao julgar-se incompetente para apreciar tal argumento, tendo-o confundido com o simples pleito de exclusão de multa previsto no parágrafo único do art. 169 do RPAF/99, onde a competência cabe à Câmara Superior julgar, em instância única, os pedidos de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

No presente caso não estamos diante de uma situação onde a competência é exclusiva da Câmara Superior, cabendo ao julgador, inclusive o de 1^a Instância a apreciação do argumento posto na defesa, sob pena de nulidade por omissão e cerceamento ao direito de defesa, causando sérios prejuízos ao contribuinte.

Pelo exposto, com base no art.18, II do RPAF vigente, concordo com o Parecer exarado pela representante da PROFAZ e dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, decretando a Nulidade da Decisão recorrida, devendo os autos retornaram à 1^a Instância a fim de evitar-se a supressão de instância.

Vencida na preliminar passo à análise do mérito do Recurso Voluntário.

Relativamente à argüição do recorrente de que a multa aplicada é indevida em vista do processo de concordata preventiva em curso na 17^a Vara Cível de acordo com o art. 112 do CTN c/c o art. 23, § único, inciso III da Lei de Falências, devo esclarecer que, embora, de fato, exista a previsão de que em um processo de falência não podem ser incluídas as multas, o contribuinte encontra-se numa situação de concordata preventiva que pode ou não vir a ser transformada em falência.

A atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, assim, não poderia o auditor fiscal, deixar de efetuar o lançamento. Art. 142, parágrafo único do CTN.

Sendo o crédito tributário público e indisponível, a esfera administrativa não é competente para excluir a multa legalmente prevista, uma vez encerrada a fase administrativa cabe à Procuradoria da Fazenda Pública Estadual inscrever o crédito em dívida ativa e na hipótese do contribuinte encontrar-se em processo de Falência caberá ao juiz da Falência informar o limite deste crédito, excluindo a multa.

A utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias está devidamente comprovada e as incorreções existentes foram sanadas no julgamento realizado pela 1^a Instância estando correta a multa aplicada.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantido o Acórdão recorrido.

VOTO VENCEDOR QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE

Com a devida *venia*, discordo do voto da Ilustre relatora, e aqui também peço *venia* para não acompanhar o Parecer opinativo da igualmente Ilustre representante da PROFAZ, que entenderam equivocadamente ter o relator do julgamento de 1^a Instância se omitido de apreciar o argumento do sujeito passivo acerca de exclusão da multa, ao se declarar incompetente para dispensar a multa, remetendo a matéria à apreciação da Câmara Superior, ao indicar o art. 159 do RPAF/99, que dispõe sobre a matéria.

Ocorre que no julgamento de 1^a Instância, o relator de forma objetiva apreciou as alegações do autuado ao dizer que de acordo com o art. 167 do RPAF/99 não tinha competência para apreciar a matéria, certamente se referindo ao fato do autuado alegar que a multa tinha caráter confiscatório. E assim o fazendo não foi omissos, ainda que fundamentando de forma incipiente ou precária.

Também se manifestou quanto à impossibilidade de apreciar o pedido de dispensa de multa decorrente de obrigação principal, citando a regra inserta no art. 159 do Diploma processual já referido, que determina à Câmara Superior a apreciação de dispensa ou redução de multa da obrigação principal ao apelo da equidade.

Cabe ressaltar que o instituto da Concordata não se confunde com a Falência, pois no primeiro trata-se de um favor legal que se concede à empresa comercial para continuar a sua atividade, e a administração da empresa permanece na mão do titular da mesma, enquanto que na Falência ao ser a mesma decretada será nomeado um síndico que exercerá a administração do acervo patrimonial denominado massa falida. Portanto, se verifica que são institutos distintos e que terão tratamentos diversos os créditos tributários, e a matéria acha-se regulada no Decreto-Lei nº 858/69 que dispõe sobre a cobrança e a correção monetária dos débitos fiscais nos casos de falência.

Quanto à alegação de que a Junta de Julgamento Fiscal ao deixar de apreciar a alegação do autuado de que a multa deveria ser excluída face ao disposto no art. 23, inciso III da Lei de Falências – Lei nº 7761/45, constata-se que há um grande equívoco, considerar que cabia ao julgador de 1^a Instância ou até mesmo à Câmara Superior, diante do fato da empresa autuada estar em processo de Concordata Preventiva, ao ser efetuado o lançamento do crédito tributário pelo sujeito ativo - Estado - deixasse o autuante de indicar a multa que tem previsão legal, e que o julgador deixasse de aplicá-la sob o fundamento de que o contribuinte tendo requerido concordata, não podia ser apenado com a multa prevista na legislação para a referida infração apontada no Auto de Infração.

Cotejando o citado art. 23, Parágrafo único, inciso III da Lei nº 7761/45, o mesmo dispõe que não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas. Logo, em se tratando de empresa que ao ser autuada se encontrava em processo de Concordata preventiva, cabe ao julgador aplicar a multa prevista na Lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7014/96 e suas alterações posteriores), porque somente se o autuado, ora em Concordata Preventiva, evoluir para um processo de Falência, é que a regra acima referida será aplicada pelo Juízo da falência, por ocasião da habilitação dos créditos, para o qual concorrem os credores do devedor.

Deste modo, não havia razão para que o julgador de 1^a Instância apreciasse o argumento do autuado pois de fato, não é da competência deste Tribunal Administrativo a exclusão da multa, requerida na defesa quando invocou o multicitado dispositivo da Lei de Falências, e, por isso, entendo que não houve cerceamento de defesa, nem importa em supressão de instância, como considerou a nobre relatora.

Neste sentido, entendo que a Decisão proferida na 1^a Instância não cerceou a defesa como entendeu a nobre relatora.

Ademais, a nulidade só deve ser decretada, conforme dispõe o § 2º do art. 18 do RPAF/99, quando ficar demonstrado o evidente prejuízo à parte, e no presente caso, não se vislumbra esse prejuízo.

Por todo o exposto, afasto a preliminar de nulidade suscitada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020747.0103/99-0**, lavrado contra **CINTRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.620,14**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCIDO QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE: Conselheira Verbena Matos Araújo.

VOTO VENCEDOR QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Nelson Teixeira Brandão, Max Rodrigues Muniz, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – VOTO VENCEDOR QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR.DA PROFAZ