

PROCESSO - A. I. Nº 232856.0024/05-3
RECORRENTE - SUPERMERCADOS CARDOSO LTDA. (O CARDOSINHO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF nº 0161-02/06
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 05/12/2006

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0484-12/06

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. Nos termos do Art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, consequentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 2^a Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/12/2005, para cobrança do débito no valor total de R\$8.942,30, pela constatação, no período fiscalizado de 01/01/2000 a 31/12/2002, das seguintes ocorrências:

- 1) utilização indevida de crédito fiscal do ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 755,98 e aplicada a multa de 60%.
- 2) omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 8.186,32 e aplicada a multa de 70%.

O autuado apresentou, tempestivamente, defesa, alegando que o Auto de Infração não descreve com clareza os fatos, uma vez que descreve a infração como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito*” e “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis através de entradas de mercadorias não registradas*”, ferindo frontalmente o artigo 39, § 3º, inciso III, do Decreto 7.629 de 09/07/1999, enfatizando que, desse modo, verifica-se a impossibilidade de apresentação de defesa, tomando o auto nulo, conforme previsto no artigo 18, inciso IV, do mesmo dispositivo legal.

Quanto ao mérito o autuado assegurou que é cumpridor de todas as suas obrigações fiscais, e que vem através de sua defesa demonstrar que os valores apresentados pelo autuante, como sendo Omissão de Saída de Mercadorias Tributadas, não estão de acordo com a realidade desta empresa, uma vez que notas fiscais constantes do Auto de Infração foram registradas em seu Livro de Entradas, notas fiscais nºs 10064, 26867, 116368, 15964, 11001, 146113 e 300076 e outras não pertencem sequer a esta empresa, notas fiscais nºs 57031, 102742 e 102741.

Concluiu o autuado sua defesa afirmando que preliminarmente o Auto de Infração é nulo por estar eivado de vícios e quanto ao mérito, não pode prosperar antes que seja efetuada uma perícia que possa comprovar os fatos descritos, sendo necessária para a devida reparação do referido auto.

O autuante afirmou que quem teria que fazer a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito é o contribuinte que se utilizou através de várias notas fiscais de entrada sem que fizesse a apresentação das mesmas, quer na execução do nosso trabalho, que agora em sua defesa.

Disse que a planilha contém os números das respectivas notas fiscais, datas constantes no livro de Registro de Entradas, ICMS destacado e creditado. Portanto o fez de forma clara, precisa e sucinta. E a apresentação cabe a quem efetuou os respectivos lançamentos.

Asseverou que quanto às notas fiscais não registradas e que foram devidamente comprovadas como lançadas em seu livro Registro de Entradas conforme, demonstrativo do contribuinte foram levadas em consideração e as retirou das *"Planilhas de Notas Fiscais Não Registradas"* refazendo as mesmas com os valores definitivos, ou seja, notas que não foram comprovadas sua respectiva escrituração.

Concluiu que com a revisão efetuada em decorrência das modificações realizadas com base na comprovação apresentada pelo autuado quanto a Infração 2, e mantida a infração 1, o valor total do Auto de Infração passa para R\$ 6.200,92, valor histórico e requereu que o Auto de Infração fosse julgado procedente em parte.

Depois de tomar ciência da informação fiscal elaborada pelo autuante, o autuado reiterou todas a suas alegações apresentadas em seu primeiro arrazoado defensivo e expendiu, suplementarmente, as argumentações a seguir sintetizadas.

Redargüiu a defesa que o Fisco só pode fiscalizar os períodos relativos aos últimos cinco anos. Isto porque o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional estabelece que a Fazenda Pública, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação tem o prazo de cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador para homologar o crédito tributário, expressa ou tacitamente.

Disse que do teor do texto legal supra aludido, constata-se, de fato, as notas fiscais emitidas anteriormente a 28/12/2000 – cinco anos antes da lavratura do Auto de Infração, que ocorreu em 28/12/2005 – não poderiam sequer ter sido objeto de fiscalização, quanto mais objeto de lançamento tributário, haja vista que o mesmo encontra-se fulminado pela decadência.

Apresentou citação de trecho de obra do jurista Carlos Valdir do Nascimento, bem como transcreveu ementa de Decisão do STJ para embasar a sua pretensão, quanto à consentaneidade da aplicação do § 4º do art. 150 CTN.

Insistiu afirmando que, de acordo com o teor do art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional, nota-se com clareza que os valores pleiteados na planilha referente ao exercício de 2000 encontram-se extintos, pois somente agora, depois de decorridos os cinco anos que o Fisco tem para constituir o crédito tributário.

Asseverou que a multa imputada em percentuais de 60% e 70% tem nítido efeito confiscatório ofendendo de morte o art 150, IV, da CF 1988. Observando que, por isso, não é admitido utilizar tributo com efeito de confisco, de modo que imputar multa num percentual tão exorbitante torna o tributo excessivo, invadindo o patrimônio alheio para o fim de arrecadar tributo, o que torna o presente auto totalmente improcedente.

Assinalou que, embora não haja como comprovar a origem e o destino das notas fiscais discriminadas pelo autuante, conforme se verifica no corpo do Auto de Infração, a fiscalização aplicou indistintamente a alíquota de 17% prevista no art. 50 do RICMS-BA/97, sem atentar para o fato de que a maior parte dos produtos da Impugnante são produtos da cesta básica cuja alíquota é reduzida a 7%, além de outras mercadorias que são tributadas sob o regime da substituição tributária que deveria ser atentado pelo autuante. Acrescentou que o ICMS é tributo seletivo, o que significa dizer que as alíquotas devem ser aplicadas de forma diferenciada para cada produto e desse modo, o autuante desobedeceu a regra expressa da Constituição e do próprio RICMS-BA/97.

Enfatizou a defesa que o autuado é uma empresa de conduta extremamente idônea, que sempre honrou com suas obrigações, especialmente as de natureza tributárias e nesse passo, causou até estranheza o fato de terem sido emitidas várias notas em seu nome, sem o respectivo ingresso no seu estoque e devido registro no livro de entrada.

Assegurou que o Fisco Estadual tem condições de certificar, através de seu sistema informatizado, o destino das mercadorias descritas nas notas fiscais elencadas nos autos de modo que, antes de lavrar o procedimento fiscal, ora rechaçado, deveria o autuante ter efetuado um levantamento no SINTEGRA para verificar se realmente foram entregues em seu estabelecimento.

Disse que o fato das referidas notas fiscais não estarem registradas, ocorreria por nunca ter recebido nenhuma das mercadorias relacionadas nas notas fiscais mencionadas.

Finalizou requerendo que fosse acatada a presente impugnação e declarada a improcedência do Auto de Infração.

Através do Acórdão JJF n.º 0161-02/05, decidiu a 2.ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) não foram acatadas as preliminares suscitadas pelo autuado, uma vez que “*Não corresponde à realidade que emerge dos autos, a alegação da defesa de que a descrição dos fatos não está clara*”, tanto assim que “*além de constar nos autos todos os elementos preconizados pelos incisos III do art. 39 e IV do art. 18, todos do RPAF-BA/99, a defesa apresentou, sem dificuldade alguma, todas suas ponderações, eximindo-se, inclusive, através de comprovação cabal de parte da acusação fiscal que lhe fora imposta*”; além disso, no que se refere à preliminar de decadência, esclareceu que “*quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que ‘o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado’, e não o foi pelo sujeito passivo*”; no que tange às operações objeto do Auto de Infração, prosseguiu, “*a conduta do contribuinte não foi no sentido de cumprir a obrigação tributária para com o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento*”;
- b) quanto ao mérito da infração 1, asseverou que o autuado não se manifestou sobre a mesma, inexistindo, portanto, lide sobre a referida infração;
- c) no que diz respeito à infração 2, decidiu que “*depois de procedidas às exclusões pelo autuante das notas fiscais cujos registros foram comprovados pelo autuado através das cópias dos registros no livro de Registro de Entradas, fls. 61 a 71, conforme se verificam nos demonstrativos às fls. 79 a 81, verifico que a partir das demais notas fiscais coletadas pelo CFAMT e acostadas aos autos, fls. 12 a 53, restou evidenciado que os valores apurados revelam efetivamente a entrada de mercadorias tributáveis sem a devida contabilização, uma vez que as aludidas notas fiscais capturadas pela fiscalização de trânsito contêm todos dados do autuado como destinatário das mercadorias*”, convindo ressaltar que as mercadorias são todas do ramo de atividade do contribuinte autuado, ou seja, ramo de supermercado;
- d) entendeu, ainda, que “*Quando se apuram entradas de mercadorias não registradas, o ICMS não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim com base na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com Recursos não declarados ao fisco*”, sendo que tais Recursos, “*até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações de vendas anteriormente realizadas e também não contabilizadas*”, à luz do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, cujo teor transcreveu;

- e) decidiu que “*A falta de escrituração das notas fiscais serve, neste caso, apenas para evidenciar que, como não foram contabilizadas as compras, também não foram contabilizados os Recursos empregados no pagamento dessas compras*”, presumindo-se, até prova em contrário, que “*esses Recursos decorrem de operações não declaradas, e é a estas que corresponde o imposto ora em discussão*”, não havendo, portanto, que se falar em alíquotas distintas de 17%;
- f) asseverou que “*o entendimento assente neste CONSEF, senão o de considerar as notas fiscais capturadas pelo CFAMT, como de omissão de saídas, nos casos em que o autuado não elida a presunção legal*”, o que se deu no caso vertente, sendo que o mesmo, em seu arrazoado defensivo, apenas alegou que “*as mercadorias não entraram em seu estabelecimento sem colacionar qualquer elemento probante de suas alegações*”;
- g) o débito inicial, após os ajustes feitos pelo próprio autuante, passou de R\$ 8.186,32, para R\$ 5.444,93, na forma indicada no demonstrativo de débito constante do voto;
- h) no que tange ao caráter confiscatório da multa aplicada no presente Auto de Infração, verificou, primeiramente, que “*sua tipificação está consentânea com a legislação vigente*”, sem prejuízo do fato de que “*a abordagem do caráter confiscatório escapa ao âmbito de competência deste órgão de julgamento, não sendo previsto discutir a constitucionalidade do direito posto na esfera administrativa*”.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o contribuinte Recurso Voluntário, repisando integralmente as alegações e argumentos pelo mesmo invocados e aduzidos em suas peças processuais acostadas aos presentes autos. Ao final, postula pelo seu provimento, a fim de que seja declarada a improcedência do Auto de Infração.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente PAF, emite Parecer conclusivo, entendendo que “*a preliminar suscitada de nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa não merece ser acolhida, pois o presente Auto de Infração se encontra revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, o montante do débito tributário e natureza da infração apurada, não tendo sido constatados quaisquer vícios formais ou materiais aptos a comprometer a autuação fiscal em testilha. Entende, em relação à pretensão de decadência dos valores cobrados no período anterior à 28/12/2000, que a mesma é destituída de qualquer lógica jurídica, por desconsiderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, § 4º, do CTN e sua iteração com o disposto no art. 173, I, do mesmo codex*”. Transcreve lição do jurista Luciano Amaro, para salientar que a falta de pagamento do imposto, como no caso em apreço, desloca o linde decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN e não do art. 150, § 4º, do mesmo Diploma, como alega o recorrente, transcrevendo Decisão judicial do STJ nesse sentido. Ainda quanto à preliminar suscitada, assevera que “*no Estado da Bahia o COTEB prevê em seu art. 28 expressamente um prazo diferenciado, não cabendo guarida também neste ponto à tese levantada no apelo voluntário.*”

No âmbito meritório, entende que também não cabe acolhida a argumentação do contribuinte, posto que “*o conjunto probatório acostado aos autos comprova à saciedade a infração imputada, pois, em primeira análise, todo documento fiscal tem ínsito na sua formatação à presunção de veracidade dos fatos nele inseridos até prova em contrário ou, então, desde que demonstrado sua invalidade do ponto de vista formal ou material, não sendo este o caso do presente Auto de Infração.*” Além disso, prossegue, “*as evidências lastreadas no presente lançamento de ofício depõem justamente contra o autuado ora recorrente, porquanto nos documentos fiscais arrostandos consta o mesmo como destinatário das mercadorias e, além disto, as mercadorias comercializadas possuem similitude com o seu objeto social.*”

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado.

VOTO

Da análise das peças processuais, percebemos que o recorrente reconheceu como devido o valor que remanescia após a Decisão de Primeira Instância, tendo, inclusive, efetuado o recolhimento do valor correspondente.

Tal fato fora constatado, também, quando da consulta ao Sistema (SIGAT), através do Relatório de Pagamento do PAF, que ora colaciona aos autos.

Ora, ao reconhecer o débito remanescente e efetuar o respectivo pagamento, desistiu o recorrente do seu pleito recursal, tornando-o ineficaz, à luz do quanto disposto no art. 122, IV, do RPAF/99.

Destarte, fica EXTINTO o processo administrativo fiscal, nos termos do art. 156, I, do CTN, considerando, assim, PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto, razão pela qual deve o processo ser remetido à repartição fiscal de origem para fins de homologação do pagamento e posterior arquivamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 232856.0024/05-3, lavrado contra **SUPERMERCADOS CARDOSO LTDA. (O CARDOSINHO)**, devendo os autos ser encaminhados à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento e arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS