

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

2ª 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, conseqüentemente, 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 2ª 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 as suas alegações apresentadas em seu primeiro arrazoado defensivo e expendeu, 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, ocorrera 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 JF 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 esboço 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, § 4.º, do CTN e sua interação 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, § 4.º, 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 insito 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 arrostados 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 remanesceu 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