

PROCESSO - A. I. Nº - 232853.0017/05-9
RECORRENTE - BLUE TINTAS LTDA. (VAPT BLUE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0413-02/05
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 09/05/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0154-12/07

EMENTA: ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não acolhida a arguição de decadência. Infração elidida em parte, em face da comprovação, via diligência fiscal, que o contribuinte opera predominantemente com mercadorias cujo imposto foi recolhido pelo regime de substituição tributária. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, contra o Acórdão nº 0413-02/05, visando reformar Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente o Auto de Infração para exigir imposto em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 24/08/2005, com a acusação de falta de recolhimento do ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. Sendo exigido o valor de R\$ 36.342,81, com a aplicação da multa de 70%.

O julgador de 1ª Instância ao decidir a lide fiscal exarou o voto a seguir transcrito:

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir a falta de recolhimento do ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. Infração apurada na renovação dos procedimentos fiscais que ensejaram a lavratura do A I nº 115484.0009/03-9, julgado nulo na primeira instância com Decisão mantida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, cuja revisão fiscal fora determinada pela Câmara através do Acórdão CFJ nº 0038-12/04.

Rechaço inicialmente a preliminar de mérito suscitada pelo autuado, sob a alegação de já ter decorrido o lapso decadencial de cinco anos entre a ocorrência do fato gerador e a autuação. Pois o autuado, equivocadamente, entende ser o presente Auto de Infração uma nova autuação, o que, na realidade não se configura. Eis que, com a anulação do Auto de Infração anterior e a determinação expressa da 2ª CJF para a realização da revisão fiscal, ora em lide, há que se reiniciar a contagem de um novo prazo decadencial. Enfatizo ainda que, com a manutenção do fulcro da autuação original e a abertura de novo prazo de defesa, resta sobejamente evidenciado, tratar-se de convalidação do procedimento inicial, por conter imperfeição sanável.

Ultrapassada a questão preliminar, ao adentrar no mérito, constato que as questões a serem enfrentadas dizem respeito, primeiramente, se houve efetivamente a ocorrência do fato gerador e se ele está devidamente evidenciado nos presentes autos, e, posteriormente, cabe avaliar a alegação defensiva do autuado de que a maioria de suas operações é tributada pelo sistema da substituição tributária, sendo, portanto, impróprio o método utilizado pela fiscalização.

Quanto ao primeiro ponto a ser examinado para o deslinde da questão, emerge da análise por mim empreendida nos elementos que constituem os presentes autos a constatação de que está corretamente calculado o valor do imposto apurado de R\$ 36.342,81, relativo ao exercício de 1988, já que o valor pertinente ao exercício de 1999 está contido no exercício anterior, fl. 38-A. Foi devidamente aplicado, pelo autuante, o roteiro de “Auditoria das Contas do Passivo”, cujos demonstrativos constam das fls. 9 e 13, com as respectivas planilhas discriminando a relação do passivo exigível, fls. 10/12 e 14/15, além das cópias dos títulos pagos, fls. 39 a 115, e dos livros contábeis Razão Geral e do Diário, fls. 116 a 119.

Em suma, constam dos autos todos os elementos indispensáveis a sua formalização legal restando comprovado a omissão de saídas na hipótese de passivo fictício ou inexistente, na forma insculpida no inciso I do art. 60 do RICMS/97-BA.

Ademais, convém salientar que em nenhum ponto de seu arrazoadado defensivo o autuado insurge-se contra a acusação fiscal propriamente dita a ele imputada e, muito menos quanto ao seu modo de apuração.

No que tange ao ponto central da argumentação defensiva quanto ao mérito, em que redargüi asseverando que apenas cinco por cento de suas operações são tributadas pelo sistema normal de apuração do imposto, verifico que consta dos autos apenas uma indicação imprecisa quando o autuado afirma “Convém salientar, na oportunidade, que a autuante, ao considerar, em seu levantamento, todas as compras e vendas da Defendente, olvidou que a maioria das operações desta última são tributadas pelo sistema de substituição tributária, daí a impropriedade do método utilizado pela fiscalização na apuração do ICMS devido no período fiscalizado.” Ora, o autuado faz a alegação - crucial para embasar a sua pretensão - e não carrega aos autos, sequer por amostragem, comprovação das suas afirmações, já que dispõe de todos os elementos probantes em sua documentação fiscal e contábil.

Além do que, o RPAF em seu art.123, adiante transcrito, assegura ao sujeito passivo o acompanhamento, em sua impugnação, das provas que dispuser, inclusive demonstrativos, prerrogativa subestimada pelo autuado.

*[...] **Art. 123.** É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.*

Tendo em vista que o autuado, em nenhuma ocasião de seu arrazoadado defensivo, opôs-se contra a acusação fiscal a ele imputada, manifestando-se, contrariamente, tão somente quanto à impropriedade do método de apuração utilizado pela fiscalização do ICMS devido no período fiscalizado, o RPAF em seu art. 141, prevê claramente o imperativo dever de provar sua alegação como se verifica, a seguir, na transcrição do referido dispositivo legal.

***Art. 141.** Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

Por tudo isso é que entendo encontrar-se devidamente aplicada a legislação pertinente a matéria objeto do presente Auto de Infração, inclusive no tocante a tipificação da multa aplicada.

Diante do exposto, concluo que restou comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração na forma que lhe fora imputada, pois, manteve registrado em seu passivo,

obrigações já pagas ou inexistente, configurando, assim, omissão de saídas de mercadorias tributáveis, na forma estatuída no inciso I da art. 60 do RICMS/97-BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

No Recurso Voluntário, o contribuinte, de início postula que seja atribuído efeito suspensivo à Decisão recorrida, nos termos do art. 169, caput, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), tendo em vista que se trata de Recurso do sujeito passivo, contra a Decisão de 1ª Instância, em processo administrativo fiscal.

Informa que o Recurso administrativo apresentado contra a Decisão de 1º grau decorre do entendimento da “*a quo*” que, com a anulação de Auto de Infração anterior, considerou que o prazo decadencial foi reiniciado. Disse que razão não assiste ao julgador de 1º grau quando entendeu que o lapso decadencial de 05 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário pode ser interrompido pela determinação, em outro processo administrativo, da realização de revisão do lançamento. Afirmar ser da própria natureza do instituto da decadência, que uma vez iniciada a contagem do lapso temporal, não há que se falar em interrupção ou mesmo suspensão do seu curso, a não ser nos casos expressamente previstos em lei em sentido estrito. O autuado sustenta que, tratando-se a constituição de crédito de direito protestativo da Fazenda Pública, este direito contém prazos extintivos decadenciais e não prescricionais, o que não autoriza a conclusão de que a determinação de revisão do procedimento de inspeção acarrete a interrupção da contagem, expondo seguidamente que o tributo apurado no Auto de Infração, refere-se ao exercício de 1998 e 1999, ambas, já alcançadas pelo lapso decadencial de 05 (cinco) anos.

Quanto à questão de fundo afirma o recorrente que opera com margem de apenas 5% de mercadorias tributáveis, haja vista que a maioria das suas operações são tributadas pelo sistema da substituição tributária e afirma que o autuante reconheceu tal informação quando teve acesso aos documentos referentes à empresa e é esta a razão pela qual a autuação extravasou os limites da margem de mercadorias tributáveis.

Ao final, pede o PROVIMENTO do Recurso Voluntário e que Câmara julgue insubsistente o Auto de Infração em atenção aos argumentos supra listados.

A Procuradoria em sua primeira intervenção no processo, afastou a arguição de decadência, pois o CONSEF e a PGE/PROFIS têm se posicionado pela revisão dos autos declarados nulos por vício de forma. Na questão de fundo, o representante da PGE/PROFIS declara que o contribuinte apenas repete as alegações da impugnação e não acrescenta nenhum documento novo ou produz novas provas que possam elidir as infrações. Ao final opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Distribuído o processo para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o colegiado deliberou pela remessa do processo à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC), visando apurar se de fato o contribuinte opera com percentual de apenas 5% de mercadorias tributáveis.

Após a análise dos autos e com base na documentação apresentada pelo contribuinte, a ASTEC constata que dos R\$ 347.671,60 das vendas do recorrente, no exercício de 1998, R\$ 327.953,30 corresponderam a vendas de mercadorias com imposto já recolhido pelo regime de substituição tributária, representando um percentual de 94,33% dos totais das vendas (fls. 229/230).

Em nova manifestação, a Procuradoria Estadual, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, reconhecendo a veracidade do que foi apresentado pela ASTEC e do que foi apresentado pela PGE/PROFIS, que exarou Parecer às folhas 223/225, afastando a decadência.

VOTO

De início cabe afastar a preliminar de decadência argüida pelo contribuinte. Nos termos do art. 173, inc. II, do CTN (Código Tributário Nacional), 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”. O lançamento anterior, materializado no Auto de Infração nº 115484.0009/03-9 foi anulado na primeira instância com Decisão mantida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, cuja renovação do procedimento fiscal fora determinada naquela Decisão. A revisão de autos declarados nulos por vício de forma, portanto, devolve à Fazenda Pública novo prazo de 5 anos para a renovação do procedimento, conforme determina a lei complementar tributária.

Quanto à questão de fundo, diligência da ASTEC comprovou que grande parte das mercadorias comercializadas pelo autuado já se encontravam com imposto pago pelo regime de substituição tributária. No caso vertente, há que se aplicar a proporcionalidade, para considerar nas omissões apuradas pela fiscalização apenas o percentual de saídas de mercadorias tributadas, posto que a empresa opera em atividade comercial em que preponderam saídas de mercadorias com ICMS antecipado. As Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, em especial a 2ª CJF, vem adotando este novo entendimento em seus julgados, havendo tendência de formação de jurisprudência administrativa para interpretar as disposições atinentes às omissões apuradas através do uso das presunções previstas no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, em harmonia com as regras atinentes ao regime de substituição tributária.

Assim, considerando o percentual apurado pela ASTEC/CONSEF, de 94,33% de saídas de mercadorias não tributadas ou com o ICMS pago já pelo regime de substituição, remanesce apenas 5,67% de operações sujeitas ao ICMS nas saídas subseqüentes. Portanto, o Auto de Infração em lide deve ser ajustado, adotando-se o seguinte cálculo: valor autuado = R\$36.342,81 x 5,67% (percentual de mercadorias tributadas) = R\$ 2.060,64.

Em face do acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232853.0017/05-9**, lavrado contra **BLUE TINTAS LTDA. (VAPT BLUE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.060,64**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE / RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS