

A. I. Nº - 279733.0008/07-0
AUTUADO - MM COMÉRCIO S/A
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 19.09.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JFF Nº 0281-04/08

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Suprimentos à conta “Caixa” sem a comprovação de sua origem indicam que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Presunção não elidida. Afastada a preliminar de decadência e nulidade suscitada pelo autuado. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 07/12/07, para exigir ICMS no valor de R\$427.544,76, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimentos de Caixa de origem não comprovada. Consta, na descrição dos fatos, que a irregularidade foi constatada pela identificação de lançamento a débito na conta caixa, sem as devidas comprovações.

O autuado apresentou defesa (fls. 31 a 39), por meio de advogados legalmente constituídos, preliminarmente aduz que os créditos tributários foram extintos pela decadência, tendo em vista que se reportam a fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2002 a 31/12/2002.

Alega que apenas parte do tributo devido deixou de ser lançado, visto que “houve pagamento parcial”. Afirmar que conforme ensinamentos de Luciano Amaro, parte de texto transcrito à fl. 32, o termo inicial do prazo de decadência é o da ocorrência do fato gerador e não o primeiro dia útil do exercício subsequente, nas situações em que não houve pagamento do imposto sujeito ao lançamento por homologação, nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN) e não aplicação do art. 173 do CTN.

Transcreve decisões contidas no ERESp 184.262/SP; AgEg REsp 446386/2 e REsp 839418/SC para reforçar o seu posicionamento de que o prazo para contagem da decadência é de cinco anos a partir da ocorrência dos fatos geradores e que o débito exigido relativo ao período de 01/01/02 a 30/11/02 já decaíram em 30/11/07. Ressalta que o Auto de Infração foi lavrado em 07/12/07.

Suscita a nulidade da autuação, sob o argumento de que o art. 142, § único do CTN estabelece que na lavratura do Auto de Infração, devem ser obedecidos os princípios e requisitos formais e que no caso em tela, o suposto débito apresentado em planilhas com o cálculo das multas, juros, acréscimos moratórios, não discrimina a “legislação aplicável a cada uma dessas exações”.

Questiona como foram instituídos ou aumentados os acréscimos moratórios, se por lei ordinária estadual ou por decreto, qual o índice que foi utilizado e se a multa foi aplicada em proporcionalidade com a natureza da infração ou se haveria outra sanção mais branda? Diz que não há como verificar a constitucionalidade formal ou material das parcelas que acompanham a imputação.

Argumenta que o procedimento fiscal limita o contribuinte a formular uma defesa meramente contábil, de verificação aritmética do cálculo realizado, não possibilitando questionamento jurídico sobre a validade das parcelas que compõem o Auto de Infração, violando os artigos 5º,

LV e 37 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Afirma que a notificação cria apenas uma possibilidade de defender-se, manter-se inerte ou pagar, reduzindo em perda monetária se deixar para pagar após o seu julgamento. Entende que foi violado o princípio da finalidade e eficiência, nos termos do art. 2º da Lei nº 4.717/1965, o que no seu entendimento conduz a nulidade da autuação.

Diz que o patamar fixado da multa, atrelado ao acréscimo moratório, viola o art. 150, IV da Constituição Federal de 1988 (CF88) que veda a cobrança de tributos com efeito de confisco, tendo em vista que o valor do débito histórico de R\$427.544,76 atinge R\$1.100.961,21 que corresponde a mais que o dobro do valor original, o que inviabiliza o seu pagamento e funcionamento da empresa.

Transcreve às fls. 37 a 39, diversas decisões proferidas por Tribunais Superiores e de outras instâncias para reforçar o seu entendimento de que a multa aplicada na situação presente é abusiva sob o prisma constitucional e requer:

I – declaração da extinção do crédito tributário pela decadência (art. 150, §4º do CTN);

II – nulidade por violar o princípio da publicidade, ampla defesa, eficiência e finalidade.

III – subsidiariamente, redução da penalidade em razão de sua natureza extorsiva.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 55 e 56), ressalta que o Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS em decorrência da omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada.

Com relação à alegação da extinção do crédito tributário, afirma que de acordo com o art. 173, I do CTN a contagem do prazo para operar a decadência deve ser feita a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, regra esta contida no art. 965 do RICMS/BA. Afirma que é incorreta a interpretação dos fatos dada pelo recorrente.

Quanto à nulidade suscitada, afirma que os questionamentos formulados pelo defendente encontram respostas no próprio Auto de Infração cujo original encontra-se nas fls. 2 a 5, com base no Dec. 6.284/97 e Lei nº 7.014/97. Diz que além da resposta aos questionamentos, também foram demonstrados a forma em que os acréscimos moratórios foram calculados na fl. 5.

No que se refere às penalidades aplicadas, afirma que não lhe cabe discutir os seus percentuais, tendo em vista que a multa é estabelecida em lei submetida regularmente ao Poder Legislativo e é legal.

Conclui dizendo que não tendo sido contestado o mérito da autuação, requer a sua procedência.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado argumentou ter ocorrido decadência do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2002 a 30/11/2002, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 07/12/07, com ciência do autuado em 11/12/07.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece:

Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

...

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou

simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2002, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/02 a 31/12/02 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/08, de acordo com o disposto no art. 173, I do CTN, que determina contagem do prazo para operar a decadência a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 965 do RICMS/BA).

Ressalto que este entendimento já se encontra pacificado através da apreciação de diversos recursos voluntários pelas Câmaras deste Conselho a exemplo das decisões contidas nos Acórdãos AC 232-11/03; AC 234-11/03; AC 320-11/03; AC 337-11/03; AC 352-11/03 e AC 015-11/03.

Preliminarmente o impugnante suscitou, também, a nulidade da autuação, sob o argumento de que na lavratura do Auto de Infração não foram obedecidos aos princípios e requisitos formais, pela não discriminação da legislação aplicável no cálculo das multas, juros, acréscimos moratórios aplicável.

Constato que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 38 do Dec. 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal/BA), cujo original encontra-se nas fls. 1 a 5, para exigência de ICMS, acréscimos tributários e multas, mediante ação fiscal em que foi identificada infração à legislação tributária de descumprimento de obrigação principal, de acordo com o levantamento fiscal contido no demonstrativo acostado à fl. 6.

Ressalto que o Auto de Infração contém a identificação do autuado; do dia da lavratura, hora e local da autuação; a descrição do fato considerado infração de obrigação tributária principal de forma clara; demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato, a data da ocorrência do fato gerador, data em que deveria ocorrer o pagamento; base de cálculo; alíquota; percentual da multa cabível; valor dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo; total do débito levantado, bem como, indicação dos dispositivos infringidos e intimação para o autuado promover o seu pagamento.

Pelo exposto, concluo que o Auto de Infração contém os elementos essenciais previstos no RPAF/BA e o pedido de nulidade formulado não encontra amparo nas situações previstas no art. 18 do mencionado diploma legal. Acrescente-se, que no Anexo do Demonstrativo de Débito (fl. 5) há indicação da tabela com percentuais de redução da multa aplicada e dos acréscimos legais nos termos do art. 45-A da Lei nº 7.014/96, motivo pelo qual rejeito a nulidade pretendida, haja vista que não foram violados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como quis fazer crer o impugnante.

Com relação à alegação de que a multa aplicada configura confisco, também não pode ser acatada, haja vista que a penalidade indicada no Auto de Infração tem previsão na Lei nº 7.014/96 (art. 42), portanto é legal. Ressalto que este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de cancelamento ou redução de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Saliento que a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não podendo este órgão julgador, declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado nos termos do art. 167 do RPAF/BA.

Ressalto que o autuado não adentrou ao mérito da autuação. Conforme disposto no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º O fato de a escrituração indicar... suprimentos a caixa não comprovados ... autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Face ao exposto, concluo que não tendo operado a decadência como pretende o contribuinte, o demonstrativo juntado pelo autuante à fl. 6, relaciona diversos lançamentos a débito da conta caixa (suprimentos), de acordo com a cópia do livro Razão juntado às fls. 8 a 26, foi facultado ao impugnante comprovar a regularidade dos valores escriturados mediante apresentação dos documentos que deram suporte aos lançamentos. Como nenhuma prova foi juntada aos autos no momento da apresentação da defesa para elidir a acusação, prevalece a presunção legal da ocorrência do fato gerador de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279733.0008/07-0**, lavrado contra **MM COMÉRCIO S/A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$427.544,76**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULDADOR