

PROCESSO - A. I. Nº 297248.0001/14-1
RECORRENTE - FUMEX TABACALERA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0084-04/14
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 12/09/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0256-11/14

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO TOTAL 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

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 4ª JJF, constante no Acórdão nº 0084-04/14, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 27/12/2013, em razão do suposto cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no montante de R\$ 34.038,64, além de multa de 60%, fatos verificados nos meses de janeiro a dezembro de 2009. Consta na descrição dos fatos que ocorreu "utilização de Outros Créditos no Registro de Apuração, sem discriminar documentação hábil a comprovar a origem dos créditos".

INFRAÇÃO 2. Utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica em proporção superior às saídas ou prestações destinadas ao exterior, no valor de R\$ 978,33, mais a multa de 60%, para ocorrências nos meses de janeiro a abril, junho a outubro e dezembro de 2009. O autuante complementa a acusação, assegurando que não houve, por parte da empresa, a aplicação da proporcionalidade das saídas para exportação, conforme demonstrativo.

INFRAÇÃO 3. Escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, sendo lançada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 560,00, correspondente a cobrança de R\$ 140,00 por cada mês em que foi constatada a infração (janeiro, março, maio e outubro de 2009). Consta a informação de que há falta de escrituração de valores referentes à diferença de alíquotas no quadro "débitos do imposto" do Registro de Apuração do ICMS, sem repercussão no imposto devido.

INFRAÇÃO 4. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMD (Declaração de Movimentação de Produtos com ICMS Diferido), diante do fato de ter sido constatada divergência entre o ICMS diferimento declarado, com o ICMS recolhido sendo cominada multa de R\$ 140,00 por período de constatação da ocorrência, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, totalizando R\$ 1.680,00.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 4ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 322/329):

O lançamento constitui-se em quatro infrações à legislação tributária arroladas pela fiscalização, das quais apenas a de número 01 foi contestada, tendo o autuado expressamente indicado que efetuou o recolhimento das demais.

Analizando as questões preliminares suscitadas, observo que embora o autuante tenha apontado para a infração 01 a aplicação do artigo 42, inciso VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, a título de penalidade, o

autuado não observou tal detalhe, razão pela qual solicita a nulidade por inexistência do dispositivo que entende capitulado, qual seja, artigo 42, inciso VIII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96 que sequer existe em nossa legislação. Pela redação do dispositivo indicado, vigora a previsão de multa no percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno, quando da utilização indevida de crédito fiscal, ao passo que a regra mencionada pelo autuado (inciso VIII) é a de aplicação de multa de 60% (sessenta por cento) do valor dos acréscimos tributários que não forem pagos com o imposto, em caso de recolhimento intempestivo, porém espontâneo, situação totalmente diversa daquela que motivou a autuação. Dessa forma, não posso acolher a arguição posta, pela total falta de motivação, e fruto de erro do sujeito passivo.

Quanto ao argumento de existência de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como que os dispositivos elencados pelo autuante não se adéquam à situação ocorrida, diante do fato de que a infração foi corretamente descrita, tanto que o contribuinte veio ao processo e se defendeu da mesma, trazendo, inclusive, documentos que ao seu entender elidiriam a infração, razão pela qual não se há de falar em violação de qualquer dos princípios do processo administrativo.

A respeito de tal tema, especialmente o princípio da ampla defesa, bem como o contraditório, estão previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, que determina:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e Recursos a ela inerentes;(...)".

A respeito, Roque Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário, 25ª ed. – São Paulo, Malheiros, 2009, p. 464) nos ensina que "Indubitável, portanto, que, mesmo em procedimento administrativo-tributário deve ser garantido aos acusados o direito à ampla defesa antes de serem tomadas, contra eles, quaisquer medida sanstonatórias."

Daí podemos concluir que a obediência a tal princípio é fundamental por parte da administração pública, inclusive e sobretudo por ocasião da análise do contencioso administrativo, e nesta esteira, adentrar, de forma objetiva na alegação defensiva de que teria o direito sido cerceado, diante do fato de haver inconsistência no levantamento realizado pela fiscalização, consoante firmado na peça defensiva.

Verifico que a autuação foi fundada em elementos concretos (livros e documentos fiscais escriturados e emitidos pelo sujeito passivo), com a devida base legal, calcada em demonstrativos analíticos planilhados constante nos demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais a empresa autuada recebeu cópia.

Assim, conclui-se que a garantia da ampla defesa, seja qual for à natureza do objeto do processo, compreende não só o direito de ser informado, como de igual forma o exercício do contraditório, além do direito à prova legitimamente obtida ou produzida. No caso presente, verifica-se ausente qualquer elemento de prova que venha a contradizer ou contrapor o lançamento realizado, exceto aqueles relativos ao levantamento quantitativo, e, ainda assim, houve a oportunidade do sujeito passivo produzi-la. Logo, não pode argüir qualquer prejuízo à sua defesa.

De igual forma, não se pode argumentar que o lançamento tributário ofendeu o princípio da legalidade, vez que realizado ao amparo e em consonância com as normas legais, especialmente a Lei estadual (7.014/96), inclusive, e sobretudo, a Lei Complementar nº. 87/96.

Portanto, foram respeitados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, inexistindo, de igual forma, qualquer desrespeito ao RPAF/99, além de não se verificar qualquer das situações previstas nos artigos 18 e 39 de tal dispositivo regulamentar, tanto é assim que o sujeito passivo apresentou-se ao Fisco, contestou a acusação posta, teve a possibilidade de produzir as provas que entendesse necessárias para a desconstituição do lançamento, enfim, exerceu todas as possibilidades de direito de defesa e exercício do contraditório.

Cabe ao julgador apreciar a observância dos mesmos, o que agora o faço, e observo que em momento algum houve a alegada violação, inclusive, conforme já analisado linhas acima, um dos motivos que levou a empresa autuada a solicitar a nulidade do feito foi a sua leitura errada do dispositivo de multa indicado, o qual além de existente e previsto na legislação, se enquadra ao caso em comento.

Ainda que a capitulação da infração ocorresse de forma equivocada, a própria legislação determina a irrelevância de tal fato, diante da compreensão da infração verificada, o que, reitero, ocorreu neste caso. Desta forma, não posso dar guarida a tal argumento.

Quanto à solicitação de realização de "exame pericial", constante da defesa, de plano, indefiro, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, inciso I,

alínea "a" do RPAF/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável.

É preciso se observar que o não deferimento da mesma não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99 acima mencionado.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento, sob pena de nulidade da Decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa.

Frente a tais considerações, impende dizer-se que embora obedeça aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à Decisão do julgador, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente do julgador.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Por outro lado, o pedido deveria ter sido feito, com base em fatos objetivos apurados pela empresa, lastreado em indicações, e não, como feito ao longo do processo, de forma genérica e sem apontar qualquer dado, elemento, ou falha no levantamento ocorrido, o que deveria fazer por força de lealdade processual. Pela mesma razão, havendo prova a ser produzida, a defendente deveria fazê-lo, ainda mais se considerarmos que os elementos necessários para tal, a saber, os livros e documentos fiscais foram emitidos pela mesma, e permanecem em seu poder, e a dúvida que resta de sua parte, diz respeito à atividade por ela desenvolvida.

Ademais, não observou a defendente o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum apesar da longa exposição defensiva, conseguiu figurar na sua peça.

Digno de registro, é o fato da jurisprudência vir se posicionando no sentido, de inexistência de cerceamento de defesa, ante a negativa de tal pedido, a exemplo das decisões abaixo transcritas:

"TST - RECURSO DE REVISTA RR 862 862/2003-002-10-00.1 (TST)

Ementa: RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA E DE PERÍCIA. PROVA DOCUMENTAL NÃO IMPUGNADA PELO RECLAMANTE NO MOMENTO OPORTUNO. Documentos colacionados por uma parte e não impugnados pela outra. Artigos 368 e 372 do CPC. Não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de oitiva de testemunha e de realização de perícia grafodocumentoscópica objetivando desconstituir a validade e a eficácia de documentos não impugnados. Recurso a que se nega provimento."

" TJRS - Agravo de Instrumento AI 70046629127 RS (TJRS)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFODOCUMENTOSCÓPICA. INDEFERIMENTO. Cabe ao Juiz, como destinatário da prova e para formar seu convencimento, decidir acerca da pertinência da prova pericial. Desnecessária a perícia contábil. Em Decisão monocrática, nego seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70046629127, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein - Data de Publicação: 16/01/2012"

"TJSP - Apelação APL 9126802752009826 SP 9126802-75.2009.8.26.0000

Data de Publicação: 18/01/2013

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA Prova pericial requerida Anatocismo alegado Indícios inexistentes Alegações genéricas Julgamento antecipado autorizado. Sem qualquer indicação precisa acerca da irregularidade havida nos cálculos apresentados pelo credor, de rigor o indeferimento da prova pericial genericamente requerida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Recurso não provido".

No tocante à solicitação de restituição (ou permissão de compensação com imposto futuro) do valor indevidamente recolhido por meio de DAE relativo às Infrações nº 02, 03 e 04, as quais foram recolhidas pelo

contribuinte autuado, consoante documento de fl. 202, da mesma forma não posso acolher, diante do comando previsto no artigo 156 do Código Tributário Nacional (CTN) o qual prevê que dentre as modalidades de extinção do crédito tributário está o pagamento.

Tal modalidade nada mais é do que a forma direta de extinção da obrigação tributária e do crédito tributário, sendo o cumprimento da prestação que corresponde ao seu objeto, e, consistindo a obrigação tributária principal em uma obrigação de dar, o seu meio normal de extinção é através deste pagamento, consistindo na satisfação da prestação que o sujeito passivo da relação jurídica tributária, ou alguém por ele (responsável ou substituto), faz ao credor, da importância pecuniária relativa ao débito tributário. A palavra pagamento é empregada pelo CTN, no artigo 156, I, acima mencionado em seu sentido restrito específico da prestação tributária principal.

O que se atinge com o pagamento é o objeto da relação jurídica obrigacional, ocorrendo a satisfação integral da prestação e a satisfação voluntária do crédito ou do conteúdo da obrigação pretendida. Logo, reconhecido e pago pelo próprio sujeito passivo, não pode o mesmo neste momento assim o agir, Caso não concordasse com a acusação fiscal, poderia, a exemplo do ocorrido na infração 01, contestar as demais infrações. Ao pagar as mesmas, o sujeito passivo esta reconhecendo a certeza e liquidez, razão pela qual descabe tal solicitação.

Desta maneira, nos termos dos artigos 140 (o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas) e 142 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária) do RPAF/99, julgo as infrações 03 e 04 procedentes.

Em relação à argumentação de que a multa de 60% aplicada sobre o valor de "Outros Créditos" constitui um novo valor principal, tendo sido calculada nova multa de 60% sobre o valor da mesma, além de acréscimos moratórios, e o questionamento de como pode um valor de multa de 60% transformar-se em um novo valor principal e sobre tal valor ser calculada nova multa de 60%, além de acréscimos moratórios, ou como pode um valor de multa de 60% transformar-se em um novo valor principal, e, utilizando-se de um cálculo inverso, atribuir a ele uma base de cálculo a fim de lhe ser aplicada uma alíquota de 17%, igualmente, tal assertiva possui procedência, não somente em relação à infração 01, como, de igual forma, a infração 02.

Isso, diante do fato de que o autuante compreendeu as operações realizadas pela empresa autuada e as analisou, constatando que os procedimentos adotados pela mesma não estavam corretos. Com base nisso, elaborou os demonstrativos de fls. 15 e 16 no qual calculou 60% do valor do crédito utilizado indevidamente, vez que o contribuinte apresenta saldo credor na sua escrituração, não havendo impacto direto no imposto a recolher. Quando da elaboração do Auto de Infração, todavia, de forma equivocada, lançou os valores apurados na planilha como se imposto fosse, o que causa distorção, a ponto do sujeito passivo apontar corretamente a incidência no demonstrativo de débito anexo ao Auto de Infração de multa de 60% sobre os 60% que deveria cobrar, sendo que posso atribuir tal fato à hipótese de utilização de codificação errônea para a infração apontada pelo autuante. Dessa forma, para as infrações 01 e 02, constato a existência de forma clara de insegurança jurídica em relação ao que se pretendeu cobrar, e o que foi cobrado, hipótese que se enquadra no artigo 18, inciso IV, alínea "a":

"Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;"

Assim, não se pode determinar com exatidão, pela forma como foi realizado o lançamento em relação a tais infrações (01 e 02), o montante do débito tributário, o que reclama a nulidade das mesmas, o que agora faço.

Todavia, em relação à infração 03, embora não faça parte da lide, entendo que a penalidade deva ser aplicada apenas uma vez, diante da descrição da mesma, ainda que o erro de escrituração tenha ocorrido em mais de um período, entretanto o livro é um só, embora a infração se repita em vários períodos, seguindo, aliás, o entendimento manifestado diversas vezes por este órgão julgador, motivo pelo qual ajusto o seu valor para R\$ 140,00, com fato gerador em 30 de janeiro de 2009. Pelo fato de ter havido pagamento do valor lançado, há a possibilidade de, em procedimento apartado e autônomo, ser solicitada a restituição do valor recolhido a maior.

Por tais razões, julgo o lançamento PROCEDENTE EM PARTE, recomendando à autoridade competente a observar a possibilidade de refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, respeitado o prazo decadencial e devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 341/344, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Considerou ter havido afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do

contraditório o fato dos advogados não terem sido intimados para o julgamento em Primeira Instância, mas sim o Sujeito Passivo.

Diz que o relator em Primeira Instância apresentou voto favorável a procedência das infrações 1 e 2, mesmo estando minuciosamente descrito na Impugnação que havia nulidade do Auto de Infração por estar configurada a cobrança de multa sobre multa.

Informa que foi necessário que o advogado, à mesa de julgamento, apontasse as folhas do Auto de Infração que demonstravam a cobrança da multa sobre multa para que o Relator se convencesse da gravidade do erro do seu voto.

Considera que de um julgador do CONSEF espera-se sempre que leia atentamente todo o Auto lavrado e a Impugnação apresentada e que apresente voto com a imparcialidade de um julgador e não que atue como um segundo Auditor Autuante.

Entende ter havido parcialidade do Relator no momento em que recomenda o refazimento da ação fiscal relativamente às infrações julgadas nulas, a salvo das falhas apontadas.

Argui que na Impugnação apresentada em fevereiro de 2014, devido à exiguidade de tempo, não impugnou o lançamento relativo às supostas Infrações nº 2, 3 e 4, apresentando DAE comprobatório do recolhimento do valor exigido.

Entende que o valor recolhido não se trata de pagamento por reconhecimento da existência das supostas Infrações, e sim mera antecipação de valor aproveitando-se da redução de encargos a que alude o art. 45, I, da Lei nº 7.014/1995.

Alega que se os Julgadores reconheceram a nulidade da Infração 2 e a improcedência da cobrança do valor principal de R\$420,00 em relação à Infração 3, por corolário lógico e inafastável, deveriam ter declarado o direito de o recorrente reaver, de imediato, o valor indevidamente recolhido no bojo dos autos do Processo Administrativo, e não em procedimento apartado e autônomo, ou oferecesse a opção à Recorrente de compensar, de imediato, tal valor e não em procedimento apartado e autônomo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, lavrado em razão do suposto cometimento de quatro irregularidades, sendo as duas primeiras julgadas nulas em Primeira Instância e as duas últimas objeto de pagamento pelo Recorrente.

Primeiramente cumpre ressaltar que em que pese o requerimento do patrono para que as intimações sejam feitas em seu nome, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Torna-se necessário esclarecer que em atenção ao disposto no art. 21 do RPAF, a autoridade que decretar a nulidade deverá mencionar os atos atingidos, determinando ou recomendando, se for o caso, a repetição dos atos, a salvo de falhas, o que não configura, em hipótese alguma, parcialidade do julgador.

Também de acordo com o RPAF, no artigo 73 e seguintes, existe um procedimento próprio para o pedido de restituição, não havendo autorização legislativa para que tal pleito seja atendido no bojo do presente Processo Administrativo.

Ato contínuo, o pagamento do valor subsistente, seja ele por que razão for, torna-se ato incompatível com o intuito de recorrer, devendo ser extinto o presente Processo Administrativo, nos termos do art. 27, III do RPAF/99, a seguir transcrito:

Art. 27. Encerra-se o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

III - o reconhecimento do débito pelo sujeito passivo;

Assim e por tudo aqui exposto, considero **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado, declarando **EXTINTO** o crédito tributário, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional, devendo o PAF ser remetido à repartição fiscal de origem para homologação do pagamento e arquivamento do processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **297248.0001/14-1**, lavrado contra **FUMEX TABACALERA LTDA.**, devendo o recorrente ser cientificado desta Decisão e os autos encaminhados à repartição de origem para homologação dos valores efetivamente recolhidos, bem como para ser observada a possibilidade de refazimento da ação fiscal relativamente às infrações julgadas nulas, a salvo das falhas apontadas, respeitado o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS