

PROCESSO - A.I. Nº 110427.0019/02-7
RECORRENTE - MOXOTÓ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF nº 0163-02/03
ORIGEM - ITABUNA
INTERNET - 30.07.03

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0404-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DA APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL. Comprovada a acusação. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Tal apuração constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. REGISTRO DE OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração subsistente. Afastada a preliminar de decadência referente ao exercício de 1997, argüida nas razões recursais. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar as seguintes irregularidades:

1. a utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 758,56, decorrente da falta de apresentação do competente documento fiscal comprobatório do direito ao referido crédito, inerente aos meses de abril e maio de 1997, consoante documentos às fls. 9 a 14 dos autos;
2. a falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 6.976,48, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais, nos exercícios de 1997, 1998 e 2000, apurado através de auditoria de estoque, conforme folhas 15 a 62 do PAF, e
3. da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 79,73, inerente ao mês de fevereiro de 1997, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme documentos às fls. 63 a 65 dos autos.

O Auto de Infração foi julgado Procedente, enquanto o relator da 2^a JJF apresentou os seguintes fundamentos:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS de R\$ 7.814,77, em razão da utilização indevida de crédito fiscal no exercício de 1997, da falta de recolhimento do imposto apurado através de auditoria de estoque nos exercícios de 1997, 1998 e 2000, e por ter registrado operações de saídas tributáveis como não tributáveis no exercício de 1997.”

O contribuinte, em sua impugnação, refere-se apenas ao exercício de 1997 da infração 02, reportando-se a uma nulidade do lançamento por não determinar de forma razoável a matéria tributável, nem o montante do tributo devido, como também a decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário. Assim, acatou, tacitamente, as demais

exigências, uma vez que não foram objeto da contradita, inclusive as relativas ao mesmo exercício.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, estando o levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, no referido exercício, consubstanciado por demonstrativos analíticos e sintéticos, consoante fls. 15 a 20 dos autos.

Quanto a preliminar de que decaiu o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, deve-se ressaltar que, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN, tal direito extingue-se no prazo de cinco anos contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, nesta condição, não havia operado a aludida decadência relativa ao exercício de 1997, pois com a lavratura do Auto de Infração, em 17/12/02, consumou-se o lançamento do crédito tributário, consoante reiteradas decisões do CONSEF, cujo art. 142 do CTN conceitua o lançamento como sendo “o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”, conforme ocorrido, independente de notificação ao sujeito passivo, como alega o contribuinte.

Por tudo quanto foi exposto, rejeito as preliminares suscitadas pelo autuado. Como o contribuinte não adentrou no mérito da autuação, entendo que está correto o valor exigido.

Assim, voto o Auto de Infração PROCEDENTE”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega que o Acórdão recorrido cometeu um equívoco e um lapso de ordem legal, pois, não considerou a alegação de decadência trazida pelo contribuinte.

Diz ser absurda a afirmação de que a simples lavratura do Auto de Infração obstacularizaria a decadência, uma vez que somente a notificação a interrompe, sendo este o entendimento do STJ.

Cita Decisão do STJ e trecho das obras de Ives Gandra Martins e Hugo de Brito Machado, onde tais doutrinadores se manifestam favoráveis à corrente que afirma ser necessária a notificação antes do vencimento do prazo decadencial.

Afirma não haver dúvidas de que os fatos geradores até dezembro de 1997 estão decaídos, a vista do que dispõe o art.173 do CTN, pois o contribuinte somente foi notificado em 17 de janeiro de 2003.

Requer o reconhecimento da extinção do crédito tributário, uma vez que alcançado pelo instituto da decadência, cuja matéria que já foi decidida e reconhecida pelo STF no Acórdão da 2ª Turma RE 105.847-1/SP.

Em Parecer a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais se deu ainda em outubro de 2002 e que, no seu entender ocorreria de decadência se, expirado o prazo fixado a Fazenda Pública não tenha sequer se pronunciado, sem fiscalizar os lançamentos, o que não ocorreu neste caso.

A ação fiscal iniciou-se em outubro de 2002 e a lavratura do Auto de Infração deu-se em 17 de dezembro e que a intimação não pode ser tomada como marco final da decadência.

Cita um Acórdão do STJ RE 246255/SP, onde o entendimento foi que a intenção do sujeito ativo de apurar o débito, antes de findo o prazo quinquenal, afasta a decadência.

VOTO VENCIDO QUANTO À PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Neste Recurso Voluntário cabe analisar unicamente a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente tendo em vista que não houve pronunciamento acerca do mérito da autuação.

Data vênia do entendimento da nobre Parecerista da PGE/PROFIS, o meu entendimento acerca da decadência é diverso.

No Auto de Infração ora “*sub judice*” a Fazenda Pública reclama o pagamento de tributo relativo aos exercícios de 1997 a 2000, enquanto o autuado somente teve ciência da lavratura do presente Auto de Infração em 17/01/2003, ocorrendo assim a decadência do direito de a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, em relação aos fatos geradores do exercício de 1997.

O artigo 173, parágrafo único do CTN, prevê que " *o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.*"

Como se vê claramente no caso em análise, a notificação ao contribuinte somente ocorreu em 17 de janeiro de 2003 e segundo as regras de decadência, artigo 173, Inciso I do CTN, " *o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*" ou seja, o prazo encerraria no dia 01/01/2003, portanto, em 17 de janeiro a decadência já havia ocorrido.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO Recurso Voluntário interposto afastando da cobrança apenas os valores relativos ao exercício de 1997, por considerá-los alcançados pelo instituto da decadência, devendo ser mantido o débito quanto aos demais exercícios, até mesmo porque não contestados pelo recorrente.

VOTO VENCEDOR QUANTO À PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Peço *venia* para discordar do voto da nobre relatora, que acata a preliminar de decadência argüida pelo sujeito passivo, na peça recursal às fls. 101 a 105 dos autos.

Examinando o caso em tela, considero necessário pontuar alguns aspectos deste processo:

O Estado no prazo quinquenal traçado pela legislação para verificar a regularidade dos lançamentos pelo contribuinte, quanto ao imposto estadual decorrente de suas operações mercantis, procedeu através do seu preposto fiscal, a fiscalização relativa ao exercício de 1997, e para tanto lavrou Termo de Início para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais em 10.10.02, conforme fl. 7 dos autos, concluindo com a lavratura do Auto de Infração em 17/12/02.

Consta dos autos à fl. 03 que o contribuinte se recusou a assinar. E a ciência do Auto de Infração conforme AR fl. 69 e recebido em 17/01/03.

O recorrente se insurge contra a exigência fiscal atacando tão somente a preliminar de decadência, por entender que o exercício de 1997 já estaria alcançado pelo decurso do prazo para o sujeito passivo promover o lançamento com a constituição do crédito.

Entendo que o contribuinte tenha certa razão em afirmar que sem a notificação do sujeito passivo, de que trata o parágrafo único do art. 173 do CTN, o lançamento não desencadeará

qualquer efeito jurídico, ao citar na peça defensiva, comentários em torno da eficácia do lançamento, ao citar doutrina de escol, uma vez que sem dar conhecimento ao contribuinte do ato de lançamento, mediante a notificação, a exigibilidade do crédito não será efetivada. Contudo, a constituição do crédito tributário, antecede a fase da exigência ou exigibilidade. Portanto não há o que se falar em decadência, no caso *sub examine* se o crédito fiscal foi constituído na forma prevista no art. 965 I do RICMS/97, que repete fielmente o contido no art. 173, inciso I do CTN.

Entendo, que a possibilidade da cobrança quer administrativa quer judicialmente só se dará com a notificação, por que ninguém poderá ser convocado ao pagamento de uma dívida, sem a prévia notificação. Daí, por que o lançamento no dizer de Alberto Xavier no seu livro clássico “*DO LANÇAMENTO TEORIA GERAL DO ATO DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO, 2ª edição*” Rio de Janeiro, 1998, págs. 193 a 195, coloca com muita propriedade que a notificação é realizada pela autoridade que praticou o ato de lançamento, e ainda, que a notificação desempenha a função de dar conhecimento ao contribuinte quanto ao lançamento que lhe afeta. Sustenta a tese de que a mesma se constitui em ato receptício, destinado a comunicar ao sujeito passivo o fundamento da exigência, o prazo para o recolhimento da obrigação tributária e para a sua eventual impugnação. Atribui a Paulo de Barros Carvalho, a autoria da distinção entre lançamento e a notificação do lançamento. E para configurar essa distinção, comparou com a sentença judicial, da intimação da sentença. E acrescentou que o lançamento pode ser válido, porém ineficaz, em virtude da notificação inexistente, nula ou anulada. Conclui que uma coisa é atacarmos os vícios do lançamento, outra é cogitar os defeitos da notificação”.

Assim, tais conclusões aplicam-se ao caso em comento, e me convencem do acerto da Decisão recorrida, porém adotando outros fundamentos, como acima referidos.

Neste diapasão, entendo que não pode o contribuinte buscar abrigo na argüição de decadência, uma vez que o sujeito ativo, titular do crédito promoveu o lançamento, na dicção do artigo 142 do CTN, antes de expirado o prazo que seria em 31/12/2002.

A jurisprudência também tem caminhado nesse sentido. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a decadência somente é possível em período anterior ao lançamento ou a lavratura do Auto de Infração, porque já consumado o lançamento (REx. nºs 91019, 91.812 e 90.926 rel. Ministro Moreira Alves. Rev. Trimestral de Jurisprudência, nº 94). Obra- Comentários ao Código Tributário Nacional – Carlos Valder Nascimento e outros- 3ª Edição. Editora Forense. RJ.1998. pg.384.

Ademais, invocando parte do voto proferido no Acórdão nº 0015/12/03, da lavra do Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, em que assevera que o STF vem decidindo conforme o acórdão “*Com a lavratura do auto de infração, consuma-se Http://www.aldemario.adv.br/ - h2, o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura, depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição de recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco*”.

Vale ressaltar, que este entendimento traz a lume o contido na Súmula nº 153 do extinto Tribunal Federal de Recursos que continha o seguinte enunciado: *Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que todavia, fica suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos*”.

Deste modo, considerando ainda, que não houve violação ao princípio da segurança jurídica, uma vez que não foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, não acolho a decadência, e acompanho o Parecer da PGE/PROFIS exarado às fls. 109 e 110 dos autos, onde ressalta que a lei baiana respaldada no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial.

Entendo que não obstante a notificação do contribuinte tenha ocorrido em 17/01/03, não operou a decadência, uma vez que a Fazenda Pública através do seu preposto iniciou em outubro de 2002, a fiscalização relativo ao exercício de 1997, e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 17/12/02, e assim a medida preparatória para a constituição do crédito tributário ocorreu no quinquênio, o que afasta a pretensão do recorrente .

Por fim, acolho os fundamentos da representante da PGE/PROFIS no parecer exarado às fls. 109 e 110 dos autos. E ressalto que em decisão proferida na sessão realizada em 26/06/03, esta mesma Câmara decidindo matéria idêntica através do Acórdão CJF nº 0337-11/03 afastou a preliminar de decadência suscitada.

Por todo o acima exposto, fica rechaçada a Preliminar, e por conseguinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 110427.0019/02-7, lavrado contra MOXOTÓ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$7.814,77, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$838,29 e 70% sobre R\$6.976,48, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

VOTO VENCIDO QUANTO À PRELIMINAR DE DECADÊNCIA: Conselheiros (as) Nelson Teixeira Brandão, Max Rodrigues Muniz e Verbena Matos Araújo.

VOTO VENCEDOR QUANTO À PRELIMINAR DE DECADÊNCIA: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS DE ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO QUANTO À DECADÊNCIA

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – VOTO VENCEDOR QUANTO À DECADÊNCIA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS