

PROCESSO - A.I. Nº 300449.0172/02-3
RECORRENTE - MAGAZINE FALCÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0261-02/03
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 08.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0507-11/03

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeitos os cálculos, considerando as comprovações apresentadas pelo contribuinte, a multa aplicada ficou reduzida. Razões alegadas no Recurso não modificam a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, inconformado com a Decisão proferida na 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, através do Acórdão nº 0261-02/03.

A infração apontada foi à falta de registro das entradas na escrita fiscal, de mercadorias sujeitas à tributação, no período de março, maio e junho de 1997, e abril, maio, junho, outubro e novembro de 1998, aplicando a multa de 10% do valor das mercadorias, prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7014/96.

O relator da Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, proferindo o seguinte voto:

“Quanto ao pedido de nulidade constante das razões de defesa, constata-se que o autuante anexou aos autos demonstrativo e respectivas notas fiscais correspondentes à multa aplicada, conforme fls. 09 a 24 do PAF. Encontrando-se também, à fl. 03 a identificação do Auditor Fiscal autuante, seu cadastro e a sua rubrica ou assinatura, inexistindo a irregularidade apontada nas razões de defesa.

Em relação à outra preliminar de nulidade argüida pelo defendant sob a alegação de que houve decadência parcial quanto ao lançamento fiscal referente ao exercício de 1997, observo que o prazo decadencial ainda não havia expirado na data da autuação, considerando que a sua contagem inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, conforme art. 965, inciso I, do RICMS/97, que reproduz os termos constantes do art. 173, inciso I, do CTN. Assim, na data de lavratura do Auto de Infração, 17/12/2002, ainda não havia ocorrido a decadência relativamente ao exercício de 1997.

Dessa forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que PAF está revestido das formalidades legais e não se constata os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF, para se decretar nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constata-se que foi aplicada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias que entraram no estabelecimento do autuado sem o devido registro na escrita fiscal.

A legislação prevê que a escrituração de livros fiscais deve ser efetuada com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, devendo ser feito o lançamento com clareza, não podendo a escrituração atrasar por mais de cinco dias, ressalvados os prazos especiais (RICMS/97, art. 319, caput e § 1º).

Em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração a ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade punível com multa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação, conforme art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Diante das alegações defensivas de que o autuado não recebeu todos os elementos que lastrearam a autuação fiscal, e por isso, em diligência encaminhada à INFRAZ de origem, o contribuinte recebeu os elementos solicitados, apresentando novas razões de defesa mantendo as preliminares de nulidade, e quanto ao mérito, apresentou cópias de notas fiscais e das respectivas páginas do livro Registro de Entradas para comprovar a escrituração dos documentos fiscais.

Analisando a prova acostada aos autos pelo contribuinte (fls. 70 a 95), o autuante, em novo pronunciamento às fls. 96/97, informou que constatou o registro das notas fiscais, esclarecendo que houve equívoco na primeira verificação, e por isso, refez o demonstrativo excluindo as notas fiscais realmente escrituradas e mantendo as demais que não foram registradas. Por isso, elaborou o quadro à fl. 97, e em novo pronunciamento o contribuinte não apresentou qualquer elemento para descharacterizar a exigência fiscal, haja vista que foram reiteradas as preliminares de nulidade, e apresentada à alegação de que o autuante não demonstrou através de dados contábeis ou do estoque que as mercadorias listadas foram recebidas ou comercializadas pelo recorrente.

Entendo que não devem ser acatadas as alegações defensivas, haja vista que foi anexada aos autos pelo defensor, comprovação parcial através de xerocópias de notas fiscais e páginas do livro Registro de Entradas de Mercadorias onde foram escriturados os documentos fiscais apresentados pelo contribuinte. Assim, não restou provado o lançamento no livro fiscal próprio de parte das notas fiscais que foram objeto do levantamento efetuado pelo autuante, ficando alterado o valor da multa aplicada conforme demonstrativo abaixo:

| MÊS DE OCORRÊNCIA | DATA DE VENCIMENTO | BASE DE CÁLCULO | MULTA % | VALOR DO DÉBITO R\$ |
|-------------------------|--------------------------|-----------------------|------------|---------------------------|
| mar-97 | 09/04/1997 | 6.299,93 | 10% | 629,99 |
| mai-97 | 09/06/1997 | 2.536,24 | 10% | 253,62 |
| jun-97 | 09/07/1997 | 1.594,28 | 10% | 159,42 |
| mai-98 | 09/06/1998 | 977,84 | 10% | 97,78 |
| | | - | - | 1.140,81 |

Observo que está caracterizada a infração apurada, entretanto, fica alterado o valor da multa aplicada, considerando a comprovação parcial quanto aos registros das notas fiscais acostadas pelo defensor ao presente processo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, alterando-se a multa aplicada para R\$1.140,81, conforme demonstrativo constante deste voto.”

O sujeito passivo cientificado da Decisão de 1^a Instância, tempestivamente, interpôs Recurso Voluntário suscitando preliminar de nulidade, sob o argumento de que tendo o Auto de Infração sido lavrado em 20/12/02, só tomou conhecimento do mesmo em 17/01/2003, mediante AR, embora se trate de uma empresa bastante conhecida e esteja estabelecida no centro da cidade há bastante tempo, e que não entende por que só no mês seguinte teve ciência da lavratura do Auto de Infração por via postal.

No mérito, diz que não efetuou os lançamentos das notas fiscais por que não recebeu e nem teve conhecimento das citadas notas, negando a acusação. Alega que o autuante não comprovou a efetiva entrada das mercadorias relativas às notas fiscais, e que só seria possível através de auditoria, constatando a venda das mercadorias, pela existência das mesmas nos registros de estoques, ou pela verificação física dos mesmos no estabelecimento do contribuinte.

Argumenta ainda, que o fato de uma nota fiscal indicar o nome de uma empresa, ou a entrada no Estado de destino, não significa que de fato ocorreu o ingresso da mercadoria no estabelecimento, pois pode ocorrer o não recebimento por vários motivos. Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, e reiterando os argumentos da impugnação. Pede o acolhimento do Recurso Voluntário.

A representante da PGE/PROFIS exarou o Parecer às fls. 119 e 120 dos autos, onde considera que os argumentos apresentados na peça recursal são os mesmos da defesa inicial, em relação à nulidade de decadência de parte da autuação, referente ao exercício de 1997, e que no julgamento da Junta essa preliminar foi afastada com base no art. 173, I do CTN, uma vez que lavrado no ano de 2002.

Referente ao mérito, assevera que os argumentos são os mesmos aduzidos na impugnação, negando o recebimento das notas fiscais. E concluiu que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o autuado de provar de forma consubstanciada o que alega. Acrescenta que considera que não comporta alteração o julgamento da 1^a instância, pois o mesmo analisou todas as alegações da defesa, e as razões do recorrente eram inócuas para modificar a Decisão recorrida, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Embora a Decisão recorrida tenha apreciado a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado na fase da defesa, em razão de reiterar a mesma no presente Recurso Voluntário, não posso deixar de apreciá-la, o que ora passo a examinar.

Verifico que o recorrente arguiu nulidade sob o fundamento de o Auto de Infração ter sido lavrado em dezembro (20/12/02) e só tomou ciência em 17/01/03, e que estaria caracterizado cerceamento de defesa.

Examinando os elementos constantes dos autos, verifico que o autuante requereu a intimação do autuado por via postal, previsto no inciso II do art. 108 do RPAF/99, por que não conseguiu intimar pessoalmente o contribuinte e nem o representante legal da empresa.

Assim, o fato de existir a norma acima referida determinando a seqüência das modalidades de intimação, onde a ordem seria a intimação pessoal, entendo que não houve prejuízo, para o recorrente, pois conforme preceitua o § 2º do art. 18 do RPAF/99, não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa, ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.

Logo, diante da ausência de demonstração do prejuízo, não há o que se falar em nulidade.

Quanto à preliminar de decadência argüida, a mesma não logra êxito, uma vez que a legislação estadual dispõe que o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado. Ressalte-se que a regra utilizada pela legislação estadual recepciona literalmente a regra prevista no art. 173 do CTN.

De outro modo, a lavratura ocorreu no mês de dezembro de 2002, e portanto ainda que a notificação ao sujeito passivo tenha ocorrido em janeiro de 2003, não se pode cogitar a decadência.

Sobre essa matéria trago à colação, o voto que proferir nesta mesma Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão nº 0337-11/03:

"Peço venia para discordar do voto da nobre relatora, que acata a preliminar de decadência argüida pelo sujeito passivo através dos advogados que subscreveram a peça recursal, de fls. 89 a 103 dos autos.

Trata-se de matéria que no âmbito deste CONSEF não tem havido um entendimento pacífico, como se vê dos julgados citados pelo recorrente e do Acórdão nº 0015/11-03 desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, citado pelo relator de 1ª Instância.

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 14.10.02, conforme fl. 6 dos autos, concluindo com a lavratura do Auto de Infração em 20/12/02.

Consta dos autos à fl. 3 que o contribuinte recusou-se a assinar. E a ciência do Auto de Infração conforme AR fls. 47 e 48 e recebido por preposto da empresa (funcionária) 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, do livro *Curso de Direito Tributário* de autoria do insigne tributarista Paulo de Barros Carvalho, uma vez que sem dar conhecimento ao contribuinte do ato de lançamento, 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 administrativamente 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 da 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, posto que feito 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 (REn. 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/](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 fluia 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”.

Verifico que o contribuinte alega na peça recursal que o argumento do autuante de que houve recusa do contribuinte assinar o Auto de Infração, bem como ataca a forma de intimação que foi feita pela autuante, por telefone, que de fato não se encontra elencada no art. 108 do RPAF/99.

Também entendo que a informação constante no Auto de Infração (fl. 3) de que o contribuinte “recusou-se a assinar”, é imprecisa, por que deveria tomar o testemunho de no mínimo duas pessoas, para dar legitimidade. Contudo, isto não se constituiu o cerne da lide, e o recorrente não invoca a condição de preliminar de nulidade, logo, de onde se infere que não lhe causou prejuízo, e por isso, argüi apenas a preliminar de decadência, que é de mérito, na inteligência do artigo 269, inciso IV do CPC, aplicado subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal.

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. 106 e 107 dos autos, que considera que não deve ser Provido este Recurso Voluntário.

Por todo o acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário”.

Quanto ao mérito, a acusação fiscal aponta a situação que ensejou a lavratura do Auto de Infração, como sendo a entrada de mercadoria sujeita à tributação, e que não foi registrada na escrita fiscal, cujas notas fiscais foram acostadas ao processo às fls. 11 a 24, bem como cópia do livro REM fl. 25 e seguintes.

Entendo que não podem prosperar as alegações do recorrente de que não adquiriu mercadorias que estivessem consignadas nas notas fiscais, uma vez que, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Deste modo, tendo o recorrente aduzido nas razões de Recurso Voluntário os mesmos argumentos da peça de impugnação, já enfrentados no julgamento de 1^a Instância, considero que os mesmos não elidem a autuação, que remanesceu parcialmente, em face da apresentação pelo autuado, de parte das notas fiscais devidamente lançadas, e o próprio autuante prestou nova informação fiscal (fls. 96 e 97) acatando as alegações do contribuinte.

Neste sentido, considero que a Decisão de 1^a Instância, esgotou toda a controvérsia ao analisar as alegações da defesa, promover diligência, acatar a documentação apresentada e julgando Parcialmente Procedente a acusação da falta de registro de notas fiscais.

Por todo o exposto, em consonância com a manifestação da PGE/PROFIS no Parecer exarado às fls. 119 e 120, mantengo a Decisão de 1^a Instância e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 0300449.0172/02-3, lavrado contra **MAGAZINE FALCÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$1.140,81, com os respectivos acréscimos legais, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HANSSELMAN RODRIGUES COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS