

PROCESSO - A. I. Nº 300449.0214/05-2
RECORRENTE - ZUIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0147-01/07
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 30/10/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0381-12/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS NO PROCEDIMENTO. Operada a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2000, vez que a ação fiscal se processou após decorridos cinco anos do exercício em que o imposto poderia ter sido lançado. Em relação ao exercício de 2001 não há nos autos intimação formal encaminhada ao contribuinte para apresentação dos documentos solicitados, tendo em vista a inexistência da assinatura do autuado. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 1ª JF, que julgou o presente Auto de Infração Procedente, o qual imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no art. 353, II, do RICMS/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2000, janeiro a março de 2001, sendo exigido ICMS no valor de R\$493.683,71, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de aquisições de charque, mercadoria comercializada pelo estabelecimento e cujas respectivas notas fiscais provavelmente não foram registradas no Livro de Entrada de Mercadorias - LEM, não entregues à fiscalização.

INFRAÇÃO 2- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2000, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória de 10% do valor das mercadorias, no valor de R\$89.254,30.

A 1ª JF afastou a preliminar de decadência por entender que: *“considerando que a exigência fiscal refere-se a períodos anteriores a cinco anos antes da lavratura do Auto de Infração, conforme dispõe o art. 173 do CTN/BA., verifico que a pretensão do contribuinte não pode prosperar, haja vista que a data da lavratura do Auto de Infração ocorreu em 28/12/05, referindo-se ao exercício de 2000 e aos meses de janeiro a março de 2001”*.

Juntou ainda Acórdãos do CONSEF para fundamentar as suas alegações.

Em que pese o autuado ter ficado silente, no tocante a juntada das notas fiscais durante o curso do PAF, a 1ª JF passou a analisar o mérito visando preservar o direito de ampla defesa e ao contraditório do contribuinte.

No mérito proferiu o voto nos seguintes termos: *“diante do exposto, considerando que ultrapassada a arguição de ocorrência da decadência, no mérito o autuado não apresentou na peça de defesa elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é*

integralmente insubsistente, valendo registrar, que o lançamento de ofício foi realizado com observância da legislação do ICMS e aos roteiros de fiscalização próprios”.

Irresignado com tal Decisão, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, aduzindo, em síntese:

1. Decadência do crédito tributário, apurado no lançamento tendo em vista a data da ciência do autuado e não a data da lavratura do Auto de Infração.
2. No mérito aduz que as mercadorias referidas nas notas fiscais pelo CFAMT não deram entrada no estabelecimento comercial do recorrente.

A douta Procuradoria Fiscal proferi Parecer opinativo atacando inicialmente a preliminar de decadência aduzindo que: *“em breve sumário, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública constituir seu crédito, como direito postetativo indelével, será: a) de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, se o tributo sujeitar-se a lançamento direto ou por declaração; b) de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador no caso do lançamento por homologação em que há o pagamento antecipado do imposto corretamente liquidado pelo contribuinte; c) de dez anos a contar do fato gerador nos casos de lançamento por homologação sem que haja pagamento ou exista pagamento a menor do que o liquidado, ou mais ainda, haja pagamento do imposto liquidado de forma ilegal e incorreta, hipóteses em que surgirá a figura do lançamento direto substitutivo do lançamento por homologação (aplicação concomitante do art. 150, § 4º, com o art. 173, I do CTN, ambos do CTN.”* E no mérito opina pelo Não Provedimento concluindo seu Parecer na seguinte forma: *“Conclui-se sem qualquer dúvida, a intensão meramente procrastinatória do recorrente que deve ser sumariamente rechaçada, restando impossibilidade de perquirir quanto ao mérito do lançamento tendo em vista a preclusão do direito de ventilar a matéria que não foi objeto da Decisão recorrida*

VOTO

O autuado interpôs o presente Recurso Voluntário com o objetivo de reformar a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, fls. 416/418, que julgou o Auto de Infração nº 300449.0214/05-2 Procedente.

Inicialmente, passamos a analisar a preliminar de decadência argüida nas razões de Recurso Voluntário de fls. 426/430.

Compulsando os presentes autos, observa-se que razão assiste a preliminar argüida pelo recorrente, no que refere ao exercício do ano 2000, vez que o contribuinte apenas fora intimado da ação fiscal após 5 (cinco) anos ao exercício seguinte em que o imposto deveria ter sido lançado.

Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, enquanto o Autuado não for intimado da autuação, o Auto de Infração é carecido de eficácia para afastar a decadência:

“TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - INTERRUÇÃO - AUTO DE INFRAÇÃO – INTIMAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. - ATÉ QUE O SUJEITO PASSIVO SEJA NOTIFICADO, O AUTO DE INFRAÇÃO CARECE DE EFICÁCIA, COMO TÍTULO HÁBIL PARA AFASTAR A DECADÊNCIA DO DIREITO DE INSTITUIR CRÉDITO TRIBUTÁRIO. (STJ, RESP nº 199500444224, DJ 04/03/1996 P. 5374)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA DESFAVORÁVEL À UNIÃO CABIMENTO DE REMESSA OFICIAL. EMBARGOS OFEREDIDOS PELO HERDEIROS DO "DE CUJUS". IRRELEVÂNCIA DO "NOMEM JURIS" DA AÇÃO INCIDENTAL MOVIDA PELOS EMBARGANTES. TRIBUTO COM FATO GERADOR CONSUMADO EM 1979. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO APENAS EM 1984, QUANDO O CONTRIBUINTE JÁ SE ENCONTRAVA FALECIDO. FALTA DE INTIMAÇÃO DO ESPÓLIO PARA DEFENDER-SE DA IMPUTAÇÃO DO DÉBITO. LANÇAMENTO NULO DE PLENO DIREITO. CADUCIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

1. A SENTENÇA DESFAVORÁVEL À UNIÃO, NO TODO OU EM PARTE, SUJEITA-SE AO REEXAME OBRIGATÓRIO, FACE AO QUE DISPÕE O ARTIGO 475, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL,

DIPOSITIVO ESTE EM PLENA VIGÊNCIA (ÓRGÃO ESPECIAL DO TRF - 3 REGIÃO, APRECIANDO QUESTÃO DE ORDEM SUSCITADA NA APELAÇÃO CÍVEL N 94.03.017049/SP).

2. SE RESULTA CLARO O ESCOPO DOS EMBARGANTES DE SE VEREM ALIJADOS DE ACAREM COM O PAGAMENTO DO DEVIDO EXPRESSADO NO TITULO EXEQUENDO, É IRRELEVANTE O "NOMEM JURIS" DA AÇÃO INCIDENTAL MOVIDA PELOS MESMOS, FACE À NECESSIDADE DE SE PRESTIGIAR O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO.

3. SE O AUTO DE INFRAÇÃO FOI LAVRADO CONTRA CONTRIBUINTE JÁ FALECIDO, BEM COMO SE O ESPÓLIO NÃO VEIO A SER INTIMADO DA IMPUTAÇÃO DO DÉBITO, TEM-SE O LANÇAMENTO COMO NULO DE PLENO DIREITO.

4. DECORRIDOS MAIS DE 5 (CINCO) ANOS DESDE A CONSUMAÇÃO DO FATO GERADOR, SEM QUE LANÇAMENTO VÁLIDO SE FIZESSE, É DE SE TER A OBRIGAÇÃO COMO CADUCA, OU SEJA, ALCANÇADA POR IRRETORQUÍVEL DECADÊNCIA.

5. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA COMO OCORRIDA, A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TRF 3ª Região. Ap. Cível nº 92030563539, DJ DATA:06/10/1998 P. 186)''

Assim, tendo em vista que o autuado apenas fora intimado do Auto de Infração em data posterior ao prazo decadencial, referente ao exercício do ano 2000, há de ser reconhecida a decadência do direito do Estado em constituir o seu crédito tributário.

Quanto às infrações referentes ao exercício de 2001, na forma em que o presente Auto de Infração fora lavrado, observo que o mesmo está eivado de requisitos essenciais para a constituição do crédito tributário.

Em que pesem as inúmeras notas fiscais presentes nos autos, obtidas através da conferência das notas fiscais coletadas no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT) é um roteiro de fiscalização muito limitado, que se presta para verificações pontuais, servindo mais como um indicador para o fisco do que como um roteiro suficiente para que sejam homologados exercícios.

Para a lavratura do presente Auto de Infração, o Auditor deveria buscar outros elementos de provas para fundamentar tais ilegalidades.

Conforme se observa à fl. 6, encontra-se nos autos uma intimação de apresentação de diversos documentos, no entanto, não consta assinatura do autuado, o que demonstra que os documentos não foram efetivamente solicitados.

Diante de todas as evidências contidas nos autos, observo que a presente ação fiscal encontra-se eivada de vícios insanáveis, vez que não possui provas suficientes para a manutenção do mesmo, requisito, este, indispensável no processo administrativo fiscal.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 300449.0214/05-2, lavrado contra **ZUIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. PGE/PROFIS