

PROCESSO - A. I. Nº 102148.0215/05-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TAPEÇARIA GLOBO LTDA.
RECORRIDOS - TAPEÇARIA GLOBO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0070-05/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0043-13/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas. Infração não elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Restou comprovado que parte das notas fiscais foi registrada e que outra parte, não registrada, refere-se a operações com mercadorias isentas, ou não tributadas. Refeitos os cálculos e corrigida a multa indicada de 10% para 1%, de acordo com a legislação tributária. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão na parte objeto do Recurso Voluntário. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos Recursos. Diligência fiscal refez o demonstrativo, o que reduziu o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Documentos juntados aos autos elidem parte da acusação. Refeito o levantamento com redução do débito. Infração subsistente em parte. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que ocorreu erro na apuração da base de cálculo. Imputação insubsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. O Fisco não comprova

que os Termos de Arrecadação n°s 03, 05, 09 e 10, acostados ao Auto de Infração, não se referiam à arrecadação das notas fiscais de entrada requisitadas, cuja não apresentação teria sido o objeto de Intimações ao contribuinte. Imputação não comprovada. Modificada a Decisão, objeto do Recurso Voluntário. 6. CARTAS DE CORREÇÃO. EMISSÃO IRREGULAR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Não comprovada a ocorrência de descumprimento de obrigação tributária sem penalidade específica prevista em lei. Infração elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas e não acolhido o pedido de declaração de decadência. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO** em relação às imputações 2, 3 e 7, e prejudicado em relação à Infração 8. Decisão não unânime quanto à decadência e unânime quanto ao mérito.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 102148.0215/05-5, lavrado em 28/12/2005 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$73.947,92, acrescido das multas de 60% e 70%, além de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$13.100,34, em razão de oito irregularidades, das quais as imputações 2, 3, 4, 5 e 8 são objeto do Recurso de Ofício, e as imputações 1, 2, 3, 7 e 8 são objeto do Recurso Voluntário:

INFRAÇÃO 1. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), março/2003, sendo aplicada multa de R\$119,13.

INFRAÇÃO 2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado, no total de R\$12.491,50. Período de janeiro/2000 a dezembro/2002.

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício - R\$69.084,86 (2000).

INFRAÇÃO 4. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis - R\$4.504,02 (2002).

INFRAÇÃO 5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS no valor de R\$22,95, devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88. Mês de julho/2001.

INFRAÇÃO 7. Deixou de apresentar Documentos Fiscais, quando regularmente intimado, sendo aplicadas multas totalizando R\$450,00. Data de Ocorrência 10/11/2005 – multa de R\$90,00; data de 05/12/2005 – multa de R\$180,00; data de 29/11/2005 – multa de R\$180,00. Consta, no campo “Descrição dos Fatos” à fl. 01 do Auto de Infração, que o contribuinte não apresentou as Notas Fiscais de Entradas dos exercícios de 2000, 2001 e 2001.

INFRAÇÃO 8. Descumpriu obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS, sendo aplicada multa no valor de R\$39,71. Consta, no campo “Descrição dos Fatos” à fl. 01 do Auto de Infração, que o contribuinte apresentou Cartas de Correção alterando valores de ICMS a recolher, conforme planilhas e documentos fiscais anexados.

O Fisco acosta, às fls. 11 a 843 (volumes I a IV), documentos que consistem, dentre outros, em Declaração do autuado sobre como deveria ser avaliado o seu estoque, afirmando que cada tapete seu deveria ser avaliado, quanto à sua movimentação de inventário, pelo respectivo desenho ou modelo, tamanho, cor e unidade, em face das referências existentes no seu livro Registro de Inventário. (fls. 14 e 15); Declarações do contribuinte quanto a ter recebido cópias de seus livros fiscais arrecadados referentes aos exercícios de 2000 a 2003 (fl. 16), e de ter recebido cópia de listagem dos seus arquivos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA entregues a esta SEFAZ (fl. 17); demonstrativos do levantamento fiscal realizado; vias e cópias de notas fiscais.

Às fls. 844 e 845 comprovante de entrega, ao sujeito passivo, do Auto de Infração e de seus anexos, na data de 02/01/2006, em declaração assinada por Assessor da empresa, que observa não ser o seu representante legal, mas ter recebido a documentação.

O autuado nas manifestações, acompanhadas de documentação, apresentadas às fls. 848 a 1032 (volumes IV e V), por meio de advogados legalmente constituídos (fl. 1040), reconheceu integralmente a infração 06 e impugnou as demais. Acostou documentos às fls. 1033 a 1428. Novamente se pronunciou às fls. 1431 a 1433 e reconheceu parte das infrações 02 e 04.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1437 a 1511 (volume VI), reconhecendo a improcedência da infração 5 e a procedência parcial das infrações 2, 3 e 4. Acostou documentos e novos demonstrativos fiscais às fls. 1512 a 1675 (volume VI).

O contribuinte voltou a se manifestar às fls. 1677 a 1734 e acostou documentos às fls. 1735 a 1770.

O autuante voltou se pronunciar às fls. 1773 a 1786. Apresentou novo demonstrativo de débito do Auto de Infração à fl. 1787, no qual, após os ajustes procedidos, resultou o débito de R\$76.642,70.

O sujeito passivo apresentou a quarta manifestação às fls. 1795 a 1818, e o autuante, à fl. 1831, ratificou os termos da informação fiscal anterior.

A Junta de Julgamento determinou a realização de diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 1836/1838), tendo sido produzido o Parecer ASTEC nº 195/06 (fls. 1840 a 1842), com o demonstrativo à fl. 1843, no qual a infração 03 foi reduzida de R\$68.735,28 para R\$63.344,79.

O autuado se manifestou sobre o Parecer ASTEC/CONSEF nº 0195/2006 às fls. 1859 a 1891 e juntou documentos às fls. 1844 a 1956.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 1960 a 1965, mantendo a ação fiscal nos termos da anterior informação fiscal prestada.

O julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0070-05/07, às fls. 1969 a 1990. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou à nulidade da autuação em relação às infrações 1, 3, 8 e parte da 2, relativas ao exercício de 2000, 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 e que no seu entendimento tendo sido cientificado da autuação em 02/01/06, caducaram todos os fatos geradores anteriores a 02/01/01.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

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. Conforme disposto no art. 142 do CTN, o lançamento tributário, é o ato administrativo vinculado e obrigatório que objetiva verificar os elementos do fato gerador, calcular o valor do crédito tributário e identificar o sujeito passivo, caracterizando como um direito do ente tributante, surtindo efeitos independente da vontade do sujeito passivo.

Conforme argumentado no Acórdão nº 352-11/03, cuja Relatora foi a Conselheira IVONE DE OLIVEIRA MARTINS:

Mesmo no lançamento dito por homologação (CTN, art. 150), aplicável ao ICMS, em que o sujeito passivo obriga-se a apurar o montante do imposto devido e antecipar o pagamento, tais procedimentos não podem ser confundidos com o lançamento em si, ato que por ser privativo da autoridade administrativa não acontece sem sua interveniência. O contribuinte, ao identificar o fato gerador e apurar o valor devido, está simplesmente cumprindo obrigações instrumentais ou acessórias, que lhe são impostas por lei e são necessárias ao cumprimento da obrigação tributária. Apesar de muitas vezes repetir procedimentos idênticos aos realizados pela autoridade lançadora, como apuração da base de cálculo e aplicação da alíquota, o sujeito passivo nunca lança tributo

O lançamento, como direito potestativo que é, sujeita-se à decadência. Depois de lançado, o crédito tributário, se não pago no prazo (o que caracteriza violação ao direito estatal de receber o tributo), demanda uma ação de cobrança. Esta ação, que se relaciona com o direito a uma prestação (de dar, pagar o valor crédito tributário), sofre os efeitos da prescrição.

O STF, corroborando a interpretação acima, vem decidindo conforme o acórdão abaixo: "Com a lavratura do Auto de Infração, consuma-se 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 do 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."

Contido o lançamento no âmbito dos denominados direitos potestativos, o seu exercício não fica condicionado ou dependente da adesão da vontade do sujeito passivo, circunstância essa que afasta a necessidade de oposição do ciente no Auto de Infração para que o lançamento seja considerado existente. Quanto ao requisito de validade do ato, a questão só será apreciada na fase de revisão do lançamento, em procedimento administrativo ou judicial, ficando sobrestada a possibilidade de qualquer constrição do patrimônio do contribuinte enquanto não decididas as impugnações e Recursos administrativos.

Conforme se pode verificar na peça inaugural do processo, o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2001, portanto, dentro do quinquênio previsto para que a Administração formalizasse a exigência do tributo. Conforme apostado no fl. 5 do PAF, o autuante fez constar que nesta data, o contribuinte "negou-se a assinar". Esta situação foi esclarecida na informação fiscal, onde o autuante informou que compareceu ao

estabelecimento autuado, mas o preposto do contribuinte negou-se assinar, informando que o titular não se encontrava, tendo lavrado Termo de Ocorrência (fl. 843) e informado que o representante legal do estabelecimento não se encontrava na cidade, tendo sido providenciado a ciência do Auto de Infração por meio dos Correios, via Aviso de Recebimento (AR).

Diante desta situação, não pode ser acatada a tese defensiva de que na data em que o contribuinte foi notificado do lançamento, tivesse ocorrido à decadência do direito de Estado lançar o tributo, tendo em vista que o lançamento já havia se concretizado anteriormente (28/12/05), apenas a intimação, para tomar conhecimento do lançamento e providência do pagamento ou defesa, ocorreu em data posterior. Portanto, os atos de lançamento e de intimação do lançamento são distintos, não podendo o vício do segundo ou sua ausência implicar na conclusão de inexistência do primeiro. De acordo com Alberto Xavier, no seu livro clássico “DO LANÇAMENTO TEORIA GERAL DO ATO DO PROCECIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO”, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1998, págs. 194 e 195, sustenta a tese no sentido de que a notificação do lançamento constitui ato receptício, destinado a comunicar ao contribuinte o fundamento da exigência, bem como definir o prazo para o recolhimento da obrigação tributária e para a sua eventual impugnação. Defende este autor, que o lançamento e a notificação do lançamento são atos distintos, assim como a sentença e a intimação da sentença. O lançamento pode ser válido, porém ineficaz, em virtude de notificação inexistente, nula ou anulada.

É necessário, portanto, apartar os dois atos para fins de se avaliar a ocorrência ou não da decadência, já que ambos objetivam fins distintos: o lançamento, constituir o crédito tributário e a notificação ou intimação do lançamento levar ao conhecimento do sujeito passivo o conteúdo e os motivos da exigência fiscal, fixando prazo para o pagamento do tributo ou apresentação de impugnação.

Na situação presente, o ato de lançamento ocorreu em 28/12/05, estando dentro do prazo legal para constituição do crédito tributário, não podendo prosperar a alegação de decadência. É importante frisar que a intimação ao sujeito passivo do lançamento ocorreu logo no início do exercício seguinte à elaboração do ato, em 02/01/2006, revelando que o fisco não incorreu na inércia que extingue créditos daqueles que não exercem os seus direitos no tempo oportuno, mesmo porque, foi o contribuinte que deu causa pela não notificação na mesma data do lançamento, ao ter recusado a assinar a intimação contida no Auto de Infração. Vale ressaltar que este posicionamento é preponderante nas decisões do CONSEF, conforme Acórdãos 015-11/03, 320-11/03 e 337-11/03. Voto, dessa forma, pelo não acatamento da preliminar de decadência.

O autuado, suscitou também a nulidade da infração 2, tendo em vista que o enquadramento indicado na autuação é a prevista no art. 322 e parágrafos do RICMS/BA, o qual possui diversos incisos, parágrafos e alíneas, não sabendo em qual dispositivo teria infringido. Verifico que na descrição da infração foi grafado “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Por sua vez, o art. 322 do RICMS/BA, trata das características, uso, finalidade e regras para escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias. Portanto, pela descrição dos fatos, do enquadramento da multa e dos demonstrativos juntados ao PAF, ficou caracterizada a infração de que deixou de registrar notas fiscais no livro próprio e não pode ser acatado o argumento de que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, tanto que, o autuado compreendeu e se defendeu do que estava sendo acusado, inclusive produzido efeitos as provas apresentadas, que foram acatadas em parte pelo autuante.

Em relação aos exercícios de 2001 e 2002, o impugnante suscitou, ainda, a nulidade sob o argumento de que o autuante aplicou multa de 10% sobre o valor das mercadorias sujeitas à tributação e na informação fiscal retificou a multa para o percentual de 1%, por ter sido constatado que se tratava de mercadorias não sujeitas à tributação. Não acolho, também esta nulidade pretendida, haja vista que a correção original foi corrigida na informação fiscal e foi dado conhecimento ao sujeito passivo, que se manifestou no prazo que lhe foi concedido. Portanto, a indicação inicial do percentual incorreto da multa, não acarreta a nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA.

Com relação à infração 3, o recorrente suscitou nulidade, sob o argumento de que o levantamento quantitativo de estoques deveria ser feito por itens específicos e não por grupos. O fato de alguns itens ter sido levantados por item específico e outros por grupos não impediu que exercesse o seu direito de defesa, mesmo porque, requereu diligência para confirmar dados do levantamento fiscal e se manifestou sobre o resultado da mesma, acatando em parte o seu resultado. Portanto, não acato tal pretensão, tendo em vista que não houve cerceamento do seu direito de defesa, inclusive juntada ao processo dos documentos que geraram dúvidas.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo a diversas infrações: Declarou incorretamente dados na DMA; Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal; Omissão de saída de mercadorias: com base na presunção legal da falta de registro de entradas (2000) e pela falta de emissão de documentos fiscais (2002); Falta de recolhimento do ICMS por antecipação; Falta de retenção e recolhimento do imposto nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado; Multa

aplicada pela falta de apresentação de Documentos Fiscais e por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Quanto à infração 1, na defesa apresentada o autuado admitiu que declarou incorretamente dados nas DMAs, e pediu o seu cancelamento. Verifico que conforme resumo indicado pelo autuado nas tabelas acostadas às fls. 885 a 888, nos exercícios de 2000 e 2002, foram entregues DMAs em diversos meses, com inconsistências de dados em relação ao livro de Apuração do ICMS. Portanto, está devidamente caracterizada a infração. Não acato o pedido de cancelamento da multa, nos termos do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, tendo em vista que não ficou comprovado que tal procedimento não implicou em falta de recolhimento do imposto. Mantida a multa aplicada.

Quanto à infração 2, na defesa inicial (fls. 914 a 982), o autuado indicou diversas inconsistências em relação às notas fiscais não escrituradas (lançadas no mês seguinte; material de uso/consumo; brindes; erro de grafia; transporte CIF; mostruários; expositor; consignação; amostra grátis e documento destinada a outro contribuinte). Reconheceu débito de R\$1.010,77.

O autuante na informação fiscal inicial (fls. 1447 a 1467), contestou as alegações defensivas e acatou a maioria das notas fiscais apresentadas na defesa, conforme demonstrativos juntados às fls. 1468 a 1473, o que resultou em débito de R\$5.570,85 (fl. 1470), relativo a notas fiscais não escrituradas nos livros fiscais de operações com mercadorias tributáveis e R\$185,11 (fl. 1473) referente a mercadorias não tributáveis, totalizando R\$5.755,96.

Em nova manifestação, o autuado pediu a improcedência (decadência) e nulidade (falta de clareza), já apreciada no início do voto e reconheceu parte da infração.

Em relação às divergências, faço os seguintes ajustes:

- a) Janeiro/00: Quanto às notas fiscais de n.ºs. 1530 e 1531, que o autuado alegou ter sido registrada como 1591 e 1593, não pode ser acatado, tendo em vista que do confronto das vias juntadas pelo autuante às fls. 63 e 64 com as acostadas pelo autuado às fls. 1944 e 1948, constato que se trata de documentos emitidos em datas diferentes, as primeiras do dia 21/01/00 e as segundas em 31/01/00. Já as cópias das notas fiscais de 1703 e 1704 (fls. 1946 e 1952) emitidas pela Indústria de Cortinas e Persianas Zelar, não comprovam que se tratam de devoluções, tendo em vista que as mencionadas notas fiscais indicam como remetente o próprio emitente;*
- b) Fevereiro/00: Quanto ao argumento defensivo de que a nota fiscal de n.º 45427 foi registrada como 54859, verifico que conforme cópia dos documentos juntados à fl. 66, 67 e 1956 confrontado com a folha 6 do livro Registro de Entrada, cuja cópia foi juntada pelo defendente à fl. 1935, ocorreu apenas registro invertido de dados das mencionadas notas fiscais. Como a acusação é de falta de registro de nota fiscal no livro próprio, observo que todas as três notas fiscais se encontram registradas à fl. 6 do livro Registro de Entrada (fl. 1935). Assim sendo, deve ser excluído os valores de R\$36,78 e R\$43,22, relativos às notas fiscais 45427 e 45428 (fl. 1468), restando devido neste mês o valor de R\$166,07;*
- c) Quanto às demais notas fiscais do exercício de 2000, o autuado alegou decadência, que já foi apreciado na preliminar deste voto, ficando mantido os valores exigidos. Relativamente às notas fiscais de n.º 3182, 5664, 5665, 5666, 6401, 15222 e 5907, o impugnante na defesa inicial alegou que se referiam a mercadorias não tributáveis e que não caberia a aplicação da multa de 10%. Na informação fiscal o autuante acatou esta alegação e retificou a multa para o percentual de 1%, conforme demonstrativo às fls. (1470/1471). Como se trata da aplicação de multa, não tendo ocorrido mudança do fulcro da autuação, acato o demonstrativo do autuante, o qual será reproduzido no final.*
- d) Dezembro/01: Com relação à nota fiscal 142404, na defesa inicial o impugnante alegou que o autuante indicou no demonstrativo o valor de R\$531,00 quando o correto é R\$249,12. Na informação fiscal, o autuante acatou esta alegação e corrigiu o débito para R\$24,91, conforme demonstrativo à fl. 1470. Na manifestação à fl. 1813, o recorrente reconheceu como devido o valor de R\$137,23 relativo às notas fiscais de n.º 151409 e 5101 (fl. 1463), não tendo se pronunciado quanto a nota fiscal 142404. Portanto, considero que foi retificado corretamente o valor indicado em conformidade com o art. 18, § único do RPAF/BA, ficando mantido o valor exigido de R\$24,91 relativo à mencionada nota fiscal.*

Por tudo que foi exposto, julgo parcialmente procedente esta infração, e acato parcialmente o demonstrativo de débito do autuante às fls. 1468 à 1473 e considero devido o valor total de R\$5.675,96, conforme consolidado no demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Venc	Base Cálculo	Multa	Valor do Débito	Fl.
31/01/00	09/02/00	27.094,87	10,00%	2.709,49	1468
28/02/00	09/03/00	1.660,72	10,00%	166,07	1468
31/05/00	09/06/00	15.075,00	10,00%	1.507,50	1468
31/10/00	09/11/00	1.426,41	10,00%	142,64	1468
31/12/00	09/01/00	1.276,41	10,00%	127,64	1468
31/03/01	09/04/01	1.075,81	10,00%	107,58	1469

31/10/01	09/11/01	296,54	10,00%	29,65	1469
31/12/01	09/01/02	249,12	10,00%	24,91	1469
31/01/02	09/02/02	4.480,62	10,00%	448,06	1469
30/06/02	09/07/02	263,52	10,00%	26,35	1469
30/09/02	09/10/02	609,62	10,00%	60,96	1469
31/12/02	09/01/03	1.399,87	10,00%	139,99	1469
Subtotal				5.490,85	
31/03/00	09/04/00	534,00	1,00%	5,34	1470
30/08/00	09/09/00	2.031,88	1,00%	20,32	1470
30/11/00	09/12/00	2.149,88	1,00%	21,50	1470
30/11/01	09/12/01	800,00	1,00%	8,00	1471
31/12/01	09/01/02	3.500,00	1,00%	35,00	1471
28/02/02	09/03/02	316,50	1,00%	3,17	1472
31/03/02	09/04/02	600,90	1,00%	6,01	1472
30/04/02	09/05/02	235,26	1,00%	2,35	1472
31/05/02	09/06/02	2.050,66	1,00%	20,51	1472
31/07/02	09/08/02	560,00	1,00%	5,60	1472
30/08/02	09/09/02	753,85	1,00%	7,54	1472
30/09/02	09/10/02	700,43	1,00%	7,00	1472
31/10/02	09/11/02	504,00	1,00%	5,04	1472
30/11/02	09/12/02	3.773,68	1,00%	37,74	1472
Subtotal				185,11	
Total				5.675,96	

Quanto ao valor recolhido a mais de R\$201,18 pelo autuado, relativo ao mês de dezembro/02, tendo em vista que junto com a defesa recolheu o valor de R\$341,17 enquanto o devido foi de R\$139,99, deve ser homologado no momento da quitação total do débito remanescente.

Relativamente à infração 3, o autuado indicou diversas inconsistências no levantamento fiscal na defesa inicial e nas manifestações posteriores às informações fiscais prestadas, tendo o autuante acatado sua maioria. Por fim, restou divergências em relação às notas fiscais de nº 84909, 38, 68 e 70. Com relação à primeira, que na manifestação à fl. 1728, o impugnante alegou não ter sido contestada na informação fiscal, o autuante esclareceu à fl. 1785 que o documento já tinha sido juntado à fl. 232 do processo, ficando, portanto, esclarecido.

Esta Junta de Julgamento determinou a realização de diligência fiscal, no sentido de verificar a regularidade em relação às operações de compras relativo às mercadorias consignadas nas notas fiscais de nº 38, 68 e 70, cujas quantidades não foram computadas pelo autuante no levantamento fiscal e também sobre a codificação dos produtos colas e adesivos diversos (fls. 1836 a 1838).

Com relação aos produtos colas e adesivos, o diligente no Parecer ASTEC nº 195/06, afirmou que não identificou nos inventários o produto cola, e que as entradas são de colas e as saídas de adesivo. Promoveu a juntada dos dois produtos e apurou omissão de entrada de 8 unidades, com imposto devido referente a adesivo em galão de R\$14,69. O autuante e o autuado acataram o Parecer em relação a este item. Portanto, não restando qualquer divergência em relação a este produto, acato o resultado da diligência, conforme demonstrativo apresentado a seguir.

Com relação às notas fiscais de nº 38, 68 e 70, o diligente equivocou-se na conclusão ao afirmar que “está correta a quantidade de 5.959,56 unidades” relativo à nota fiscal de nº 70 (fl. 1842), tendo em vista que foi determinado que verificasse a regularidade das operações de compra o que não foi feito. Na manifestação do autuado acerca do resultado da diligência, foi juntado ao processo cópia dos livros Diário e Razão (fls. 1922 a 1948) que comprovam a regularidade na escrituração das mencionadas notas fiscais. Apesar de estar correta as alegações do autuante quanto ao descumprimento das formalidades na emissão das notas fiscais (fl. 1962), nesta situação específica, não podem ser desconsiderados que a operação de compra tenha ocorrido, tendo em vista que restou comprovado nos autos que os documentos fiscais foram devidamente escriturados nos livros fiscais e contábeis. Também, o fato do remetente das mercadorias tratar-se de pessoa jurídica cujos titulares são os mesmos sócios do estabelecimento autuado, não faz prova da irregularidade das notas fiscais em questão. Como pode ser observado no demonstrativo à fl. 172 elaborado pelo autuante, desconsiderando as quantidades constantes das citadas notas fiscais, ocorreram entradas no exercício de 2000 de 115 tapetes shirvan de 0,70 x 1,1 m; 53 tapetes shirvan de 1,00 x 1,40 e 62 unidades de tapetes shirvan de 0,45 x 0,80 m, enquanto ocorreram saídas de 4.916, 4.874 e 492 unidades respectivamente. Observo, que não é razoável que a empresa tenha comprado no exercício de 2000 a quantidade de 115 tapetes de 0,70 x 1,10 m, conforme registrado no demonstrativo do autuante (fl. 172), e tenha vendido 4.916 unidades. A mesma discrepância é constatada nos tapetes de 1,00 x 1,40m e 0,45 x 0,80 m. Logo, apesar da irregularidade na emissão dos documentos, que se fazem acompanhar de demonstrativos, nas aludidas notas fiscais constam às quantidades

corretas em metros quadrados, a exemplo da nota fiscal de nº 70, conforme demonstrado à fl. 1879, que corresponde a 5.959,56 metros quadrados e 7.026 unidades.

Por tudo que foi exposto, discordo do Parecer exarado pelo diligente e faço a inclusão das quantidades de mercadorias constantes das notas fiscais de nº 38, 68 e 70, conforme relacionado no demonstrativo abaixo, e a seguir tomo como base o demonstrativo juntado pelo autuante à fl. 1585 e considero devido o valor de R\$19.018,69 da infração 3. Infração parcialmente elidida.

Tapete Shirvan 0,70 x 1,10 m			Tapete Shirvan 1,00 x 1,40 m			Tapete Shirvan 0,45 x 0,80 m		
Nota Fiscal	Fl.	Quant.	Nota Fiscal	Fl.	Quant.	Nota Fiscal	Fl.	Quant.
38	1311	265	38	1311	245	38	1316	538
	1311	182		1311	248			200
	1311	278		1312	192			375
	1311	273		1312	196			200
	1312	246		1313	195			400
	1313	353		1313	194			200
	1313	201	68	1315	50			200
68	1315	50		1315	50			200
	1315	50		1315	50			225
	1315	50		1315	50			200
	1315	50		1315	50	70	1318	416
	1315	50		1315	50			688
	1315	50		1315	50			390
	1315	100		1315	50			705
	1315	50		1315	100	Total		4937
	1315	50		1315	50			
	1315	50		1315	50			
	1315	41		1315	200			
	1315	300		1315	210			
	1315	300		1315	193			
	1315	300		1315	207			
	1315	300		1315	140			
	1315	200		1315	150			
	1315	200	70	1318	50			
	1315	200		1318	97			
	1315	200		1318	199			
	1315	200		1318	90			
70	1318	76		1318	137			
	1318	184		1318	135			
	1318	180		1318	103			
	1318	184		1318	90			
Total		5213		1318	98			
				1318	97			
				1318	200			
			Total		4266			

Ajuste do demonstrativo do autuante (fl. 1585) e documentos da defesa							
DISCRIMINAÇÃO	QUANTIDADES				PREÇO MÉDIO	IMPOSTO DEVIDO	
2000	TAM/MTS	OM ENTRADA	INCLUSÃO	TOTAL		BASE CÁLCULO	ICMS Fl.
Tapete Shirvan	0,70 x 1,10	6.626	5.213	1.413	16,88	23.851,44	4.054,74 1585
Tapete Shirvan	1,0 x 1,40	4.874	4.266	608	33,55	20.398,40	3.467,73 1585
Tapete Shirvan	0,45 x 80	4.937	4.937	0	6,00	0,00	0,00 1585
Tapete Klin	0,60 x 0,90						653,31
Almofada import	Unid.						71,78
Rodapé diversos	Peça						288,91
Tapetes Alpes	1,5 x 2,0						2.552,28
Tapete Alpes	2 x 2,5						7.770,41
Adesivos diversos	Galões	Apurada pelo diligente		8	10,80	86,40	14,69 1842
Adesivos vinílico	Kg						144,84
Total							19.018,69

Em relação à infração 4, na defesa inicial o autuado indicou diversas inconsistências relativo a quantidades não computadas no levantamento quantitativo de estoques. Na informação fiscal (fls. 1444/1445) o autuante acatou a maior parte das alegações defensivas e apresentou novo demonstrativo à fl. 1592, reduzindo o débito inicial de R\$4.504,02 para R\$1.045,10. O autuado na sua manifestação acerca da informação fiscal, acatou o valor indicado pelo autuante e informou que providenciou o seu pagamento. Portanto, não havendo qualquer divergência em relação a esta infração, acato o demonstrativo do autuante à fl. 1592 e considero devido o valor de R\$1.045,10. Infração parcialmente subsistente.

Quanto à infração 5, na defesa o autuado alegou que o autuante computou base de cálculo de R\$943,85, relativo à nota fiscal de nº 741702 quando o valor correto da operação foi de R\$843,85. Pelo confronto do demonstrativo elaborado pelo autuante com a cópia do documento acostado pela defesa à fl. 1088, restou

comprovado que assiste razão ao impugnante, conforme demonstrativo à fl. 883, fato reconhecido pelo autuante na sua informação fiscal, não restando qualquer diferença a recolher. Infração insubsistente.

Com relação à infração 6, o autuado na defesa inicial reconheceu o cometimento da infração (fl. 1031), devendo ser mantida na sua integralidade. Infração subsistente.

No que se refere à infração 7, relativo a multa aplicada pela falta de apresentação de documentos fiscais mediante intimações, com datas de 11/11/05, 29/11/05 e 05/12/05, o autuado alegou que em nenhum momento deixou de apresentar qualquer livro ou documentos relativo às intimações feitas pela fiscalização. Da análise dos documentos juntados ao processo, verifiquemos que a empresa foi intimada nove vezes, para apresentação de livros e documentos fiscais, de acordo com os documentos juntados às fls. 28 a 36, sendo que a primeira intimação data de 20/10/05 e a última em 05/12/05. Pelo confronto dos documentos juntados ao processo, constato que só após a nona intimação de 05/12/05 (fl. 28), que o autuado fez a entrega das primeiras vias das notas fiscais de entradas de mercadorias, conforme Termo de Arrecadação juntado pelo autuante (fls. 18 e 19), de 16/12/05 e 19/12/05. Logo, conforme indicado na descrição dos fatos, embora o contribuinte tenha atendido às intimações, está devidamente comprovado que o autuado deixou de atender as intimações para entrega de notas fiscais nos prazos estabelecidos, devendo ser mantido as multas pelo não atendimento da 1ª, 2ª e 3ª intimação dentro dos prazos. Infração subsistente.

Relativamente à infração 8, foi aplicada multa fixa, por descumprimento de obrigação acessória, sem penalidade prevista expressamente em lei, tendo o autuante constado na descrição dos fatos, que “o contribuinte apresentou Cartas de Correção alterando valores de ICMS a recolher”. O autuado alegou na sua defesa que o fato de ter exarado Cartas de Correção, não caracteriza obrigação acessória, à vista do art. 142 do Dec. 6.284/97 e que inexistindo penalidade prevista expressamente em Lei do ICMS, pediu o seu cancelamento, nos termos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Conforme ressaltado pelo autuante, o art. 201, § 6º do RICMS/BA estabelece que as cartas de correções são admitidas apenas quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto. Não identifiquei no processo, qualquer demonstrativo correlato à acusação. Entendo que se foi alterado valores do imposto por meio de cartas de correção, a fiscalização deveria exigir o crédito tributário com respaldo no diploma e dispositivo legal acima mencionado, o que implicaria em exigência do imposto (obrigação principal). Pelo exposto, acato o argumento defensivo de que a descrição dos fatos não se coadunam com os dispositivos normativos indicados no enquadramento da infração e voto pela improcedência desta infração. Infração insubsistente.

A Secretaria do CONSEF, juntou à fl. 1967, relatório de pagamento realizado em 12/01/06 e 26/01/06, com valores respectivos de R\$598,27 e R\$2.900,18.

Diante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos, conforme demonstrativo resumo abaixo.

Infração	Situação	ICMS R\$	Multa R\$
1	Procedente		119,13
2	Procedente em parte		5.675,96
3	Procedente em parte	19.018,69	
4	Procedente em parte	1.045,10	
5	Improcedente		
6	Procedente	336,09	
7	Procedente		450,00
8	Improcedente		
Total		20.399,88	6245,09

A Junta recorreu de ofício da Decisão, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 2001 a 2126. Em apertada síntese, nestas cento e vinte e seis páginas o Recorrente reproduz o teor de sua impugnação originária e relata a ação fiscal alegando ter recebido nove intimações e insurgindo-se contra o fato de ter sido intimado nove vezes consecutivas, discorrendo acerca deste procedimento fiscalizatório.

Em seguida, passa a tecer considerações acerca do texto do Relatório do Acórdão de Primeira Instância.

Argüi nulidade da acusação 3 porque o Fisco originalmente imputou a multa de 10% no Auto de Infração e, em sede de informação fiscal, mudou a multa para 1% dos valores das operações não

escrituradas no livro Registro de Entradas, alegando mudança no fulcro da autuação e inovação, além de mudança no enquadramento legal.

Em seguida, passa a argüir a ocorrência de decadência (fls. 2020 a 2071) em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, por ter sido notificada da autuação na data de 02/01/2006, aduzindo ainda que o signatário do recibo de entrega da notificação não seria pessoa detentora de representatividade legal. Aduz ainda que recebeu o Termo de Encerramento de Fiscalização em 22/03/2006. Questiona a “legalidade” de dispositivos do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. Diz que a totalidade das Infrações 1 e 3, e parte da Infração 2, teriam sido atingidas pela decadência.

No mérito, quanto à Infração 1 o contribuinte aduz (fls. 2120 a 2126) que os erros que cometeu ao prestar as informações em suas DMAs seriam escusáveis e não teriam implicado falta de recolhimento do imposto. Alega que também o Fisco teria cometido diversos equívocos no transcorrer da ação fiscal e conforme consta dos autos do processo, e que por esses motivos a imputação deveria ser “cancelada” com base no parágrafo 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

O Recorrente passa a se pronunciar em relação à imputação 2 (fls. 2012 a 2014) alegando que em parte teria sido atingida pela decadência e que teria havido inovação pela mudança da multa imposta, de 10% para 1% do valor das operações não escrituradas no livro Registro de Entradas.

Pede a declaração de improcedência da imputação e, em seguida, pede a declaração de nulidade da mesma, alegando desrespeito ao princípio da tipicidade cerrada. Aduz que a Nota Fiscal nº 1530, emitida pelo fornecedor na data de 21/01/2000, no valor de R\$557,62, diz respeito a operação que foi objeto de devolução, e que o erro do fornecedor foi ter emitido a Nota Fiscal nº 001704, em 31/01/2000, em nome do próprio fornecedor, e não dele, Recorrente, mas que em ambas há a menção expressa aos mesmos números de Pedidos 4076/4118, e que o erro cometido pelo fornecedor foi de ordem formal. Afirmar que em relação à Nota Fiscal nº 1592, emitida pelo fornecedor na data de 31/01/2000, no valor de R\$557,62, esta Nota Fiscal foi escriturada no seu livro Registro de Entradas e diz respeito aos mesmos números de Pedidos 4076/4118, o que caracteriza a improcedência da imputação em relação à falta de escrituração da Nota Fiscal [nº 1530].

Assevera que a Nota Fiscal nº 1531, emitida pelo fornecedor na data de 21/01/2000, no valor de R\$1.513,18, diz respeito à operação que foi objeto de devolução, e que o erro do fornecedor foi ter emitido a Nota Fiscal nº 001703, em 31/01/2000, em nome do próprio fornecedor, e não dele, Recorrente, mas que em ambas há a menção expressa aos mesmos números de Pedidos, e que o erro cometido pelo fornecedor foi de ordem formal. Afirmar que também em relação à Nota Fiscal nº 1593, emitida pelo fornecedor na data de 31/01/2000, no valor de R\$1.513,18, esta Nota Fiscal foi escriturada no seu livro Registro de Entradas e diz respeito aos mesmos números de Pedidos, o que caracteriza a improcedência da imputação em relação à falta de escrituração da Nota Fiscal [nº 1531].

O contribuinte, à fl. 2115, ainda se referindo à imputação 2, passa a argumentar no sentido de que teria direito ao crédito fiscal que ainda não utilizara, referente ao mês de junho/2000.

Em seguida, às fls. 2117 e 2118, afirma que a Infração 2 seria improcedente em razão de se ter operado a decadência em relação aos fatos ocorridos no exercício de 2000. Pede que a multa de 1% cominada no julgamento *a quo* para a Infração 2 seja declarada improcedente, por ilegalidade frente ao artigo 146 do CTN.

Pede que a Infração 2 seja julgada nula em face do princípio da tipicidade cerrada. Em seguida, pede que as Notas Fiscais nºs 1530 e 1531 sejam excluídas do levantamento fiscal realizado, tendo em vista que não teriam entrado no estabelecimento dele, contribuinte, e ao mesmo tempo afirma que houve “a sua devolução do fornecedor, como precisamente demonstrado:”. Pede ainda a consideração do crédito fiscal que citara, referente a junho/2000.

Em relação à Infração 3, às fls. 2068 a 2100 dos autos o contribuinte alega que o levantamento de estoque teria sido realizado sem observância do disposto na Portaria nº 445/98, e faz considerações acerca do método utilizado pelo preposto fiscal. Volta a argüir cerceamento do seu direito de defesa em relação à Infração 3. Passa a questionar o valor do preço médio e a contagem dos itens “Tapetes Shirvan 070 X 110” (fls. 2080 a 2083); “Tapetes Shirvan 100 X 140” (fls. 2083 a 2086); “Tapetes Kilin 060 X 090” (fls. 2086 a 2088); “Rodapés diversos” (fls. 2088 a 2092); “Tapetes Alpes 150 X 200” (fls. 2092 a 2094); “Tapetes Alpes 200 X 250” (fls. 2094 a 2096); “Adesivo Vinílico” (fls. 2097 a 2100).

O Recorrente prossegue expondo, em relação à Infração 03, que o Fisco deveria apresentar os documentos fiscais de saídas das mercadorias e a demonstração do cálculo do preço médio das mesmas.

O contribuinte passa a se insurgir contra a Infração 7, às fls. 2118 a 2120, expondo que das nove Intimações Fiscais que recebeu apenas três faziam referência a notas fiscais “de entrega”. Diz que já entregara a notas fiscais requisitadas pelo Fisco desde 04/11/2005 e 10/11/2005, conforme o 3º [fl. 25] e o 5º [fl. 23] Termos de Arrecadação. Pede a declaração de improcedência da imputação 7 por falta de objeto.

O Recorrente conclui pedindo, às fls. 2126 a 2129:

Infração 2 – pede, sucessivamente, o julgamento pela improcedência em razão de decadência; pela improcedência em razão da alteração da multa de 1% aplicada pelo juízo *a quo*, porque teria havido ilegalidade frente ao disposto no artigo 146 do CTN; pede pela nulidade “*em função da ausência de tipicidade cerrada promovida*”; pede o expurgo das Notas Fiscais “da Zelar” de nºs 1530 e 1531, “*tendo em vista a sua devolução do fornecedor, conforme precisamente demonstrado*”; pede a “consideração” do crédito de ICMS tendo em vista o registro de seus valores a menor no seu livro Registro de Entradas;

Infração 7 – pede a declaração de improcedência porque as Notas Fiscais teriam sido apresentadas oportunamente;

Infração 8 – pede o seu cancelamento com base no parágrafo 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Acosta documentos às fls. 2130 a 2176.

À fl. 2182 a representante da PGE/PROFIS, Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, emite Despacho sugerindo que o processo seja encaminhado à ASTEC/PROFIS para que, em relação à Infração 2, sejam analisadas as alegações recursais para saber se as Notas Fiscais nºs 1530 e 1531 já estão compreendidas no levantamento fiscal. E, em relação à Infração 3, que sejam verificados os valores.

À fl. 2182/verso, o processo é encaminhado de volta a este CONSEF.

Às fls. 2184 o contribuinte se manifesta com petição que denomina de “Fato Superveniente”, no texto pronunciando-se acerca do instituto da decadência e aduzindo que este Conselho se manifestou sobre o tema, trazendo cópia do Acórdão CJF nº 0321-12/07 às fls. 2186 a 2193.

O Recorrente volta a se pronunciar à fl. 2196 com segunda petição que denomina de “Fato Superveniente”, no texto pronunciando-se acerca do instituto da decadência e aduzindo que este Conselho se manifestou sobre o tema, anexando cópia do Acórdão CJF 0381-12/07 às fls. 2198 a 2200.

Às fls. 2207 e 2208, o processo foi submetido à apreciação em pauta suplementar, pelo anterior Relator Conselheiro, tendo sido deliberado o encaminhamento dos autos às ASTEC/CONSEF, para que Fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências:

- em relação à Infração 2: verificasse se efetivamente as operações consignadas nas Notas Fiscais 1530 e 1531 correspondem às Notas Fiscais de número 1592 e 1593 e se essas duas últimas foram

registradas na escrita fiscal, conforme alega o recorrente às folhas 2112 e 2115. Que, caso a alegação recursal fosse verdadeira, que se elaborasse demonstrativo de débito para a infração 02, excluindo os valores referentes às Notas Fiscais 1530 e 1531;

- em relação à Infração 3: em função das alegações do Recorrente feitas às folhas 2080 a 2099, verificasse o efetivo valor para entradas, saídas, preço médio e estoques das mercadorias: TAPETE SHIRVAN 070x110, conforme alegado fls. 2080 a 2083; TAPETE SHIRVAN 070x 140, conforme alegado fls. 2083 a 2086; TAPETE KILIN 060x090, conforme alegado fls. 2086 a 2088; RODAPÉS DIVERSOS, conforme alegado fls. 2088 a 2092; TAPETES ALPES 150x200, conforme alegado fls. 2092 a 2094; TAPETES ALPES 200x250, conforme alegado fls. 2094 a 2096; ADESIVO VINÍLICO, conforme alegado fls. 2097 a 2099. Caso as alegações recursais fossem verdadeiras, deveria o diligenciador efetuar a correção do levantamento quantitativo que subsistiu após Decisão de primeira instância e, havendo mudança de valor devido, elaborasse demonstrativo de débito para a infração 03.

O Recorrente volta a se pronunciar às fls. 2211 a 2213 com terceira petição que denomina de “Fato Superveniente”, no texto pronunciando-se acerca do instituto da decadência e aduzindo que o STF se manifestou sobre o tema, anexando documentos às fls. 2215 a 2253, que consistem em divulgação de notícia sobre apreciação do instituto da decadência pelo STF, e Relatório e Votos de Decisão de um dos seus Ministros.

O contribuinte novamente se pronuncia às fls. 2258 a 2263 com quarta petição que denomina de “Fato Superveniente”, no texto pronunciando-se acerca do instituto da decadência e aduzindo que o STF se manifestou sobre o tema também na ADI 124, ajuizada pelo Chefe do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, anexando documentos às fls. 2261 a 2263.

Às fls. 2267 a 2271 foi exarado o Parecer ASTEC/CONSEF n° 003/2009, pela Auditora Fiscal Diligente designada Alexandrina Natália Bispo dos Santos, em atendimento à Diligência solicitada às fls. 2207 e 2208, inicialmente esclarecendo que os trabalhos realizados tomaram por base a peça do autuante (fls. 1585) e o que dela remanesceu quando do julgamento de primeira instância fls. (1969 / 1990). Que, quanto à Infração 2, no pedido da CJF, embora a especificação do segundo produto esteja descrito como “Tapete Shirvan 070x140”, ela, Diligente, verificou a inexistência de tais medidas no demonstrativo do Julgador de primeiro grau, o que a levou a concluir tratar-se de um erro de digitação, sendo a especificação correta do produto “Tapete Shirvan 100x140”, como inclusive foi tratado pelo Recorrente em sua manifestação.

Que, assim, em relação à Infração 2, as Notas Fiscais de números 1530 e 1531 foram emitidas pela empresa Indústria de Cortinas e Persianas Zelar, estabelecida em Aracaju/Sergipe, no dia 21/01/2000, tendo como destinatária a empresa autuada, situada no Estado da Bahia. Que o Recorrente, em sua manifestação, inconformado com a Decisão de primeira instância, alegara que os produtos ali descritos não entraram em seu estabelecimento, posto que tais documentos fiscais teriam sido cancelados pelo emitente. Que, para provar o alegado, apresentara cópias das notas fiscais emitidas pela Indústria de Cortinas Persiana Zelar em 31/01/2000, de números 1703 e 1704, (fls. 2327 e 2336) e que corresponderiam à efetivação do cancelamento. Que o contribuinte complementara suas alegações trazendo ao processo as Notas Fiscais de n°s 1592 e 1593, emitidas em 31/01/2000 (fls. 2330 e 2338), onde se comprovaria a real venda e saída dos produtos contidos nas Notas Fiscais n°s 1530 e 1531 ditas canceladas. Que, de posse dos dados apresentados pelo Recorrente, e da análise de tais documentos, verifica-se a coincidência entre emitente, valores, produtos e números de pedido, registrados nas Notas Fiscais n°s 1530 e 1531, com aquelas notas fiscais emitidas a título de devolução, respectivamente as de números 1703 e 1704. Que a controvérsia em torno da veracidade de tal operação ocorrera pelo fato de a empresa vendedora, situada no Estado de Aracaju, ter emitido as notas fiscais de devolução em seu próprio nome (fls. 2328 e 2336). Que apesar de nas notas fiscais de devolução constar como emitente e destinatária a própria empresa vendedora, ela, Diligente, constatou que o CFOP ali registrado é “6.31” – “Devoluções de Vendas de Outros Estados”, o que reforça o argumento da empresa recorrente

no sentido de que ocorreu um erro na emissão de tais notas. Que o contribuinte traz ainda, em sua manifestação, um e-mail produzido quando preparava sua defesa (fls. 2340/2342), no qual solicita, à empresa vendedora, esclarecimentos sobre tais operações, e cuja resposta prestada pelo departamento financeiro da emitente confirma que as mercadorias só saíram da fábrica em 31/01/2000, acobertadas pelas Notas Fiscais de nºs 1592 e 1593 (fls. 2330 e 2338), e que as Notas Fiscais nºs 1530 e 1531, emitidas em 21/01/2000, foram canceladas, emitindo-se as notas de entradas nºs 1703 e 1704, visto que o sistema de controle utilizado pela empresa não possibilitara que se fizesse o estorno para regularizar tal situação.

A Diligente prossegue expondo que da análise das Notas Fiscais nºs 1592 e 1593 constatou que todos os dados ali registrados conferem com as especificações das Notas Fiscais nºs 1530 e 1531, e as operações registradas nos documentos 1592 e 1593 são as que foram devidamente registradas no livro Registro de Entradas número 05, folha 05, conforme cópia anexada (fls. 2332).

Que assim, excluindo-se os valores consignados nas Notas Fiscais nºs 1530 e 1531, o primeiro item da infração 2, que no demonstrativo às folhas 1986 possuía base de cálculo de R\$27.094,87 e valor de débito de R\$2.709,49, passava para R\$25.082,25 como base de cálculo e R\$2.508,22 como valor de débito, conforme demonstrativo de débito que anexa à fl. 2365.

Em relação à Infração 3, a Auditora Fiscal Diligente detalha, às fls. 2269 a 2271, em relação a cada mercadoria objeto da solicitação de Diligência:

- TAPETE SHIRVAN 070X110 - o Recorrente indica divergência nas quantidades vendidas (5030 unidades) registradas pelo autuante e ratificadas pela JJF, e aquelas que, no seu entendimento, seriam as saídas corretas (3.615 unidades). A Diligente afirma que, entretanto, diante do levantamento quantitativo de saídas, apurado pelo fiscal autuante (fls. 152/167) com os ajustes realizados (fls. 1565/1580), o Recorrente não apontou quais notas fiscais seriam indevidas ou inexistentes e, dessa forma, não comprovou o alegado, pelo que foram mantidas as saídas tal como acatadas pela primeira instância. Que o julgamento de 1ª instância acatou as notas fiscais de entradas números 38, 68 e 70, nas quais consta esse produto, e que foram emitidas em janeiro, e em 01 e 12 de dezembro de 2000, respectivamente (fl. 1988).

Relativamente ao preço médio, a Diligente observou que as alegações do Recorrente estavam corretas, pois este deveria ser ajustado em função das quantidades adquiridas no último mês das entradas - Notas Fiscais nºs 68 e 70, conforme prescrito na alínea “b” do inciso II do artigo 60 do RICMS/BA, e que assim o preço médio ajustado era de R\$3,44, e esse produto, na Infração 3, restou com base de cálculo de R\$4.860,72, e ICMS devido de R\$826,32.

- TAPETE SHIRVAN 100X140 – a Diligente observa que o Recorrente indica divergência nas quantidades de saídas apuradas e ratificadas pela JJF, alegando que ao invés de 2.531 seriam 2.200 unidades. Que, entretanto, diante do relatório elaborado pelo autuante referente ao levantamento quantitativo das saídas (fls. 154/156) e ajustes realizados pelo Fisco (fls. 1565/1580), o contribuinte não apontou quais notas fiscais estariam gerando tais divergências, não comprovando o alegado, pelo que na Diligência foram mantidas as quantidades de saídas cobradas.

Relativamente ao preço médio, a Diligente observou que também neste item, o acatamento, pela JJF, das notas fiscais 68 e 70, repercute no cálculo do preço médio, e que assim o preço médio ajustado era de R\$17,43, pelo que este produto, na Infração 3, restou com base de cálculo de R\$10.597,44, e ICMS devido de R\$1.801,56.

- TAPETE KILIN 060 X 090 – A Diligente relata que o contribuinte alegou divergências entre as saídas apuradas e acatadas pelo autuante (2097 unidades) e aquelas alegadas na manifestação defensiva (1621 unidades) não apontando, no entanto, quais notas fiscais do levantamento quantitativo de saídas do autuante não deveriam ser consideradas e, por isso, o valor decidido pela Junta permanecia inalterado.

- RODAPÉS DIVERSOS - A Diligente expõe que o contribuinte comprovou, com a Nota Fiscal número 84.909 (fl. 2352) que a quantidade real do produto constante neste documento é de 110 unidades, ao invés das 1.000 unidades consideradas pelo autuante (fl. 1494), existindo assim 890 unidades consideradas a mais. Que com relação ao inventário ela, Diligente, constatou que equivocadamente a quantidade final, no levantamento de estoque, está divergente do registrado no livro Registro de Inventário (fl. 2354), e que isto ocorrera porque o autuante considerou o produto “Clipe Rodapé Parafuso/Bucha - 100 unidades” (item 3 da Nota Fiscal) como pertencente ao grupo “Rodapés Diversos” mas que, analisando a Nota Fiscal nº 84.909, ela, Diligente, confirmara o alegado pelo Recorrente. Que, assim, verificou que este produto é fornecido em envelopes com buchas e parafusos e é utilizado na fixação dos Rodapés. Que efetivado o respectivo ajuste, a quantidade final inventariada passou a ser de 502 unidades, conforme discriminado no livro Registro de Inventário. Que, quanto ao preço médio, o valor de R\$8,29, calculado pelo autuante, encontra-se correto, e o valor de R\$7,54, alegado pelo Recorrente, deve-se à indevida não inclusão do valor do IPI em seus cálculos. Que assim o preço médio sendo R\$7,54, este produto na Infração 03 restou com base de cálculo de R\$464,24, e ICMS devido de R\$78,92.

- TAPETES ALPES 150 X 200 - A Diligente explicita que neste item não existe retificação a ser considerada porque o Recorrente alega que as quantidades de saídas seria de 205, ao invés das 275 unidades encontradas pelo fiscal autuante e acatadas pelo julgamento de primeira instância, entretanto não apontou no demonstrativo do levantamento quantitativo de saídas, elaborado pelo autuante, quais notas deveriam ser acrescentadas, ou excluídas por indevidas. Que, quanto ao preço médio, a alegação de divergência refere-se à indevida não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.

- TAPETES ALPES 200 X 250 - A Diligente expõe que o mesmo procedimento do item anterior foi adotado pelo Recorrente quanto à não comprovação das alegações e ao cálculo incorreto do preço médio pelo contribuinte, pelo que na revisão fiscal permanecia o valor constante no Acórdão da primeira instância, para tal produto, nesta infração.

- ADESIVO VINÍLICO - A Diligente aduz que o Recorrente aborda três aspectos que considera equivocados: estoque inicial, estoque final, e a quantidades de saídas. Que quanto às saídas o contribuinte não aponta, no demonstrativo levantamento quantitativo das saídas, elaborado pelo autuante, quais documentos não deveriam ali constar, assim não elidindo a presunção de omissão. Quanto às quantidades constantes em seu inventário, o contribuinte comprova a inclusão de uma unidade a mais tanto no estoque inicial, quanto no estoque final, para esta mercadoria, conforme se verifica na análise de seu livro Registro de Inventário (fl. 2359). Que a unidade de medida utilizada para a contagem deste produto pelo autuante foi de quilogramas, e assim o “Adesivo Vinílico” comercializado em galão não pôde ser considerado na revisão fiscal. Que, entretanto, como tal exclusão se deu na mesma quantidade para computar os estoques inicial e final, o valor das omissões não sofreu alteração.

A digna Diligente conclui o seu Parecer expondo que, produzidos os ajustes realizados com base nos livros e documentos apresentados pelo Recorrente, o débito da infração 2, que era R\$5.675,96 (fl. 1987) passa a ser de R\$5.474,69 conforme demonstrativo de débito anexado à fl. 2365; e a Infração 3, cujo débito era de R\$19.018,69 (fl. 1990), após ajustes passa para R\$13.914,12 conforme demonstrativo fl. 2367.

À fl. 2272 a Diligente acostou demonstrativo de débito para a Infração 2 no valor total de R\$5.474,69.

À fl. 2273, demonstrativo de débito da Infração 3 totalizando R\$13.827,65, considerando somente os produtos descritos na solicitação de diligência; e à fl. 2274 incluindo todos os produtos da infração 3 (ou seja, incluindo também os itens “Almofada importada” e “Adesivos diversos”), totalizando R\$13.914,12.

Às fls. 2277 a 2326, e fls. 2385 a 2412, o Recorrente apresenta petição na qual aduz se pronunciar sobre a diligência realizada. Repete as alegações defensivas sobre as Notas Fiscais nºs 1530 e 1531 (fls. 2278 a 2283). Em relação à Infração 3, contesta o resultado da Diligência reprimando as alegações recursais anteriores.

Acosta documentos às fls. 2327 a 2367 e às fls. 2413 a 2483.

Às fls. 2498 a 2492 a Procuradora da PGE/PROFIS, Maria Helena Cruz Bulcão, emite Parecer opinando pelo Provimento Parcial do Recurso voluntário interposto.

A digna representante da PGE/PROFIS aduz que, preliminarmente, não há ofensa aos princípios da legalidade e da ampla defesa, e que o lançamento de ofício foi realizado dentro do prazo legal.

Expõe que, no mérito, a Diligência realizada acatara parcialmente as razões recursais reduzindo o débito lançado de ofício, e opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

A Procuradora resume as alegações recursais aduzindo que o contribuinte arguiu, em suma, no Recurso Voluntário:

“1) preliminarmente, nulidade do levantamento fiscal relativo à infração 03, com base no artigo 18, IV, a do RPAF; 2) decadência dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000; 3) nulidade da infração 02, com base no artigo 18, IV, a do RPAF; 4) improcedência da multa de 1% aplicada à infração 02, remanescente do julgamento de primeira instância administrativa, lastrada no artigo 146 do CTN; 5) expurgo das notas fiscais n. 1530 e 1531, devolvidas pelo fornecedor; 6) improcedência da infração 07, em razão das notas fiscais de entrada terem sido apresentadas; 7) cancelamento da multa relativa à infração 08, nos termos do §7º do artigo 42 da Lei 7014/96.”

Relata que a Procuradoria sugeriu a conversão do feito em diligência à ASTEC, para análise das questões de mérito levantadas pelo autuado, relativamente às infrações 2 e 3 (fl. 2182) e, acolhida a sugestão por este Conselho de Fazenda, foi realizada a Diligência sugerida e emitido o Parecer ASTEC nº 003/2009, excluindo os valores das notas fiscais 1530 e 1531, relativamente à infração 2, e procedendo a ajustes no demonstrativo relativamente à infração 03.

Que, intimado acerca da diligência promovida, o autuado apresentou a manifestação de fls. 2385/2412, discordando do teor conclusivo do Parecer ASTEC e reforçando a tese de decadência e as nulidades suscitadas em sede recursal. Que o autuante, devidamente intimado, não se manifestou acerca do Parecer ASTEC 03/09.

A Representante da PGE/PROFIS, preambularmente, delimita o alcance do Recurso Voluntário apresentado, aduzindo que este versa exclusivamente sobre as infrações 2, 3, 7 e 8 apuradas no lançamento.

Aduz que fenece razão ao contribuinte, devendo ser rechaçada a alegação de cerceamento do direito de defesa. Que do levantamento quantitativo elaborado pelo autuante, na infração 3, o autuado recebera cópia, bem como de todas as correções realizadas, tanto daquelas consideradas pelo autuante, quanto daquelas feitas mediante Parecer da ASTEC, tendo o autuado sido intimado e apresentado manifestações em todos os termos do processo administrativo, podendo proceder amplamente sua defesa.

Que, de igual maneira, deve ser afastada a alegação de nulidade da infração 02, sob motivação de *ausência de tipicidade cerrada*. Que, ao revés, a infração 2 está corretamente enquadrada no artigo 42 da Lei do ICMS, tendo sido tão somente alterados os valores percentuais da multa aplicada, frise-se, em valor mais benéfico ao contribuinte. Que o artigo 18 do RPAF/99 dispõe acerca das nulidades capazes de inquinar o lançamento tributário e, da análise das razões expandidas pelo Recorrente, não vislumbrou a ocorrência de quaisquer das nulidades ali previstas.

Que o Recorrente suscita, ainda, a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, e no tocante a esta assertiva ela, Procuradora, não trepida em afirmar que a mesma é destituída de qualquer lógica jurídica, em

razão de desconsiderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o disposto no art. 173, I, do mesmo *codex*. Que o artigo 173 do Código prevê prazo decadencial de cinco anos, com três hipóteses de termo inicial. Que na primeira (art. 173, I), que se constitui na regra geral, o termo inicial do prazo é o primeiro dia do exercício (financeiro; atualmente, coincidindo com o ano civil; Lei nº 4.320/64, art. 34) seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Que esta regra se aplica às hipóteses de lançamento “de ofício” e “por declaração”.

Que, quanto ao lançamento “por homologação”, há duas situações:

- a) o sujeito passivo antecipou, efetivamente, o pagamento do tributo devido; neste caso, não há que falar-se em decadência, posto que o lançamento será, inapelavelmente, homologado, seja, expressamente, pela autoridade competente, seja, de forma tácita, caso o Fisco deixe transcorrer “*in albis*” o prazo quinquenal para a homologação expressa, contado da data de ocorrência do fato gerador;
- b) o sujeito não antecipou o pagamento (*ou o fez a menor que o devido*); que, neste caso, o termo inicial do prazo de decadência é o primeiro dia do exercício (financeiro; atualmente, coincide com o ano civil; Lei nº 4.320/64, art. 34) seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A digna Procuradora ressalta que se deve atentar para que, nesta situação, o prazo decadencial se aplica ao lançamento de ofício, efetuado pela autoridade, à vista da omissão (ou do pagamento a menor) pelo sujeito passivo.

Que, neste passo, o pagamento antecipado é o elemento essencial que caracteriza o lançamento por homologação, ou seja, que sem a antecipação do pagamento não há que se falar em lançamento por homologação e, por conseguinte, não há o que ser homologado. Que, assim, se entremostra que o artigo 150, *caput*, ao falar do momento em que ocorre o lançamento por homologação, que é quando a autoridade expressamente homologa a “*atividade*” do sujeito passivo, só autoriza a conclusão de que a “*atividade assim exercida*” é o pagamento antecipado.

Cita texto do jurista Luciano Amaro. Afirma que, em sendo assim, trasladando as considerações para o caso em apreço, conclui-se, sem rebuscos de dúvida, que a falta de pagamento do imposto, ou o imposto pago a menor, desloca o linde decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN e não do art. 150, § 4º, do mesmo Código, como alega o autuado.

Assevera que é neste sentido que trafega a jurisprudência, citando a seguinte Decisão:

“A jurisprudência tanto do TRF da 4a. R, na esteira das decisões da 1ª Turma do STJ, têm sido no sentido de que, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (v.g., ICMS, IPI, IR, etc.), o prazo quinquenal de decadência (CTN, art. 173, I) somente se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que expirou o prazo para a homologação expressa, pelo Fisco (CTN, art. 150, par. 4o.) (v. g., Resp 63.529-2/PR, STJ, 1a. T, u., 17.5.95, IOB 1-9023; Resp 63.308-SP, STJ, 1a. T, u., 4.12.95, IOB 1-723.)”

A ilustre Procuradora afirma que assim, também quanto a este ponto, não há como se aceder à tese recursal, em face do disposto no Código Tributário Nacional – CTN. Destaca que é de somenos importância à discussão trazida pelo Recorrente sobre a intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, se em 02/01/2006 ou em 22/03/2006, vez que a decadência fora expurgada definitivamente no momento do lançamento tributário, ou seja, com a lavratura do Auto de Infração, que se deu em 28/12/2005.

Quanto ao mérito, expõe ter verificado que em sua manifestação acerca do Parecer da ASTEC o autuado não se debruça objetivamente sobre os números e conclusões apresentados pelo ilustre revisor fiscal, optando por trazer à baila os mesmos argumentos apresentados no Recurso, no intuito de reafirmá-los. Que, em contraponto, o trabalho revisional encontra-se pormenorizado, explicitando as mercadorias itemizadamente e documentos fiscais, permitindo ao autuado que sobre eles se pronunciasse objetivamente, se assim desejasse.

Destaca que as razões recursais relativas ao mérito da infração 2 foram acolhidas integralmente no Parecer ASTEC 03/2009, bem como parcialmente em relação à infração 3.

Relata que no Recurso Voluntário o autuado manifesta a pretensão de que o CONSEF faça uso da prerrogativa que lhe foi conferida pelo art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Que a competência assim atribuída pela lei é discricionária, ou seja, poderá ser exercida, ou não, por este CONSEF, segundo o juízo de conveniência e oportunidade que fará, à vista das circunstâncias do caso concreto. Que se compreende, destarte, que a Procuradoria Geral do Estado não pode opinar sobre a pretensão de cancelamento, ou redução, da multa aplicada, sob pena de usurpar a competência atribuída pela Lei ao CONSEF, com exclusividade.

Que, assim, devem ser afastadas as nulidades suscitadas, bem como a alegação de decadência e, no mérito, devem ser acatadas as alterações promovidas pela Diligente fiscal, e conclui opinando pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto.

Às fls. 2495 a 2498 e à fl. 2505 o Recorrente novamente se manifesta com quinta petição que denomina de “Fato Superveniente”, no texto pronunciando-se no sentido da decadência e da nulidade da Infração 3, reprisando parte das alegações recursais a respeito. Em seguida, cita outra ação fiscal sobre diferente contribuinte e acosta cópia do demonstrativo de levantamento quantitativo de estoque referente àquela outra fiscalização (fls. 2500 e 2501).

À fl. 2514 a douta Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS, Aline Solano Casali Bahia, emite Despacho encaminhando os autos ao gabinete do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS.

À fl. 2515 o digno Procurador-Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, emite Despacho no sentido de que, tendo em vista a proposta de revisão de entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não foi acolhida, deveriam os autos ser analisados de acordo com entendimento anteriormente adotado pela PGE/Profis, e aduzindo ser necessária a elaboração de minuta de projeto de lei com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas constantes do CTN.

Às fls. 2516 e 2517, a preclara Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento Sé emite Parecer citando o artigo 150, §4º, do CTN e artigo 107 do COTEB, afinal posicionando-se no sentido de que não se operou a decadência quanto ao lançamento em foco, e ratificando, em sua inteireza, o Parecer PGE/PROFIS de fls. 2488 e 2489, opinando pelo provimento parcial do Recurso Voluntário.

À fl. 2518, a digna Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS, Paula Gonçalves Morris Matos, emite Despacho endossando o teor dos dois Pareceres da PGE/PROFIS, no sentido do Provimento Parcial do Recurso Voluntário, e encaminhando os autos para julgamento.

À fl. 2520 o processo foi encaminhado para instrução e julgamento pela presente Relatora.

Pautado o processo para julgamento, o patrono do contribuinte protocolou petição solicitando o adiamento da apreciação da lide por esta segunda instância de julgamento, e a solicitação foi acolhida por esta 3ª CJF.

Em posterior sessão de julgamento, o contribuinte, representado por seu patrono, apresentou memorial, em sessão. Indagado, afirmou que em tal memorial não trazia fato, ou argumento novo, além dos já constantes dos autos. Reprisou as alegações defensivas já expostas. Afirmou que o lançamento fiscal não estaria concluído na data de lavratura do Auto de Infração, e disse que para tal afirmativa se baseava em alterações que afirmava que o autuante teria feito, citando cópia de Termo de Encerramento acostado à fl. 1517 dos autos. Reiterou os pedidos já formulados em seu Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange a parte das infrações imputadas. As imputações 2, 3, 4, 5 e 8 são o objeto de Recurso de Ofício, e as imputações 1, 2, 3, 7 e 8 são o objeto do Recurso Voluntário.

Preliminarmente, analiso a alegação de decadência, formulada em relação a fatos geradores objeto do Auto de Infração objeto da lide, lavrado em 28/12/2005, mas apenas em relação a fatos do exercício de 2000, dentre outros aspectos 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 artigo 150, §4º, do CTN. Os artigos 150, §4º, e 173, do CTN, estabelecem:

CTN:

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.

Art. 173. 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;

II – da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. 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.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 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 artigo 150, §4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos, objeto da arguição de decadência, foram relativos a fatos geradores ocorridos no exercício de 2000 e só seriam desconstituídos, em relação a este exercício, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2006.

Assim, por este aspecto entendo que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 28/12/2005, tendo sido o Auto de Infração registrado no sistema informatizado desta Secretaria nesta mesma data.

Quanto ao argumento, discutido neste Conselho, acerca da aplicabilidade, na lide em foco, do teor da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008, permito-me transcrever, por com o mesmo concordar integralmente, o voto da preclara Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão CJF nº 0130-11/11 deste CONSEF, e que de maneira precisa trata a questão:

Acórdão CJF nº 0130-11/11:

“VOTO

Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a

julho de 2004, entendemos, comungando com a JF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:

(...)

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Pelo exposto, comungando do entendimento já expressado nos autos pela digna Representante da PGE/Profis, voto pelo não acolhimento da alegação quanto a se ter operado a decadência.

Também preliminarmente, quanto à alegação do sujeito passivo, trazida em sustentação oral na sessão de julgamento, no sentido de que a ação fiscal não se teria encerrado na data da lavratura do Auto de Infração ora em análise, esclareço que o Termo de Encerramento de fl. 1517, mencionado pelo patrono do autuado na sustentação oral, na realidade traz o número de Ordem de Serviço 504.526, e refere-se à outra ação fiscal, ação fiscal essa que o autuante expressamente cita como decorrente de informação fiscal que consta no presente PAF.

Ou seja, o Termo de Encerramento de fl. 1517, trazido à baila pelo contribuinte, portanto, não embasa, e nem desnatura, ou mesmo sequer interfere, na lide em julgamento, pois se refere à outra fiscalização, posterior à autuação ora apreciada, embora exercida sobre o mesmo contribuinte.

O Termo de Encerramento/Auto de Infração que encerrou a ação fiscal em foco neste julgamento é aquele referente à Ordem de Serviço nº 523.426/05, conforme se vê à fl. 01 dos autos deste processo. O Auto de Infração agora em julgamento foi registrado no sistema informatizado desta SEFAZ em 28/12/2005, mesma data da sua lavratura. Portanto não encontra o mínimo lastro fático, e nem jurídico, o questionamento do Recorrente quanto à data de encerramento da ação fiscal, pelo que sua alegação acerca de que haveria algum vício neste sentido não pode ser acolhida. A ação fiscal foi comprovadamente encerrada em 28/12/2005, com a lavratura do Auto de Infração neste momento em análise por este Conselho de Fazenda.

Ainda preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de Primeira Instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestiva e exaustivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado por diversas vezes quanto ao mérito neste processo, inclusive alegando fatos supervenientes que, na realidade, sequer guardam relação direta com a ação fiscal em julgamento, tais como julgados da esfera judicial acerca de processos atinentes a outras empresas, bem como dados de ações fiscais e de julgamentos administrativos distintos da lide em apreço. Arguição de nulidade rejeitada.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo à apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Ressalto que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Também observo de ofício, quanto à taxa SELIC, que já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

No mérito, apenas em parte merece reparo a Decisão recorrida.

As desonerações fulcro do Recurso de Ofício e referentes às imputações 2, 4 e 5 encontram-se embasadas nos demonstrativos fiscais elaborados pelo próprio autuante, que em parte acatou a argumentação defensiva e a documentação apresentada, corrigindo os equívocos praticados na ação fiscal.

Em relação à Infração 2, a JJF decidiu acatar em parte o demonstrativo refeito na revisão fiscal, mas analisando os dados documentais deliberou pela exclusão de mais outros valores, conforme minuciosamente descrito no voto unânime de primeiro grau, já transcrito no Relatório que antecede este voto, que aqui não reproduzo por já fazer parte do presente Acórdão. A desoneração foi correta. Observo que esta segunda infração será ainda analisada, neste voto, quando da análise do Recurso Voluntário.

Quanto à Infração 3 a Primeira Instância deliberou pela realização de diligência, acatou em parte o demonstrativo elaborado pelo Fiscal designado, e readicionando os itens descritos em três documentos fiscais modificou o resultado da diligência, ainda assim desonerando o contribuinte, conforme também já sobejamente explicado no voto da JJF. Considero a desoneração correta. Esta imputação 3 também será analisada quando da apreciação do Recurso Voluntário.

Quanto à Infração 4, o autuante, após examinar as provas trazidas pelo autuado, ainda em fase instrutória reduziu o valor do débito, e este valor resultante foi acatado pelo contribuinte, deixando de existir controvérsia a respeito, e o juízo *a quo* julgou procedente em parte a imputação conforme revisão realizada pelo próprio autuante, Decisão que também endosso.

Quanto à Infração 5, o autuante acatou integralmente as alegações defensivas e, conforme já descrito no voto de primeiro grau, a infração foi corretamente julgada improcedente, Decisão que igualmente corroboro.

Em relação à Infração 8, embora o autuante tenha mantido a imputação quando da prestação da informação fiscal, a Junta de Julgamento Fiscal, verificando que não se encontrava nos autos o demonstrativo de cálculo da mesma, e que não se encontrava comprovada a imputação, a declarou improcedente, Decisão que julgou correta.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passo à análise do Recurso Voluntário, que trata das imputações 1, 2, 3, 7 e 8.

A infração 1 trata de declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA relativa a março/2003, sendo aplicada multa de R\$119,13.

Em relação à imputação 1, o contribuinte reconheceu o seu cometimento, mas pede o cancelamento da multa, alegando boa-fé e afirmando que não teria havido prejuízo ao erário com o descumprimento da obrigação acessória.

Nos termos do artigo 136 do CTN e do §2º do artigo 40 da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade pela irregularidade cometida independe da boa-fé do contribuinte. Também não ficou comprovada a alegada inexistência de prejuízo ao erário.

Pelo exposto, voto pela manutenção da Decisão de primeiro grau que julgou procedente a infração 1.

A infração 2 se refere à falta de registro, na escrita fiscal, de notas fiscais referentes a operações de entrada, no estabelecimento, de mercadorias, tendo sido originalmente aplicada a multa no percentual de 10% sobre o valor das operações cujos documentos fiscais não foram registrados.

O contribuinte pediu a declaração de nulidade desta imputação porque quando verificado, pela JF, que parte das operações dizia respeito a mercadorias não sujeitas a tributação pelo ICMS, a multa foi reduzida para o percentual correto de 1%.

Comungo do entendimento da PGE/PROFIS, expressado no Parecer acostado aos autos, no sentido de que não houve mudança de fulcro, posto que a imputação é a mesma, ou seja, falta de registro de documentos fiscais relativos a operações de entradas de mercadorias. Apenas foi realizada a correção do percentual de multa aplicado, não tendo sido violado qualquer princípio legal e, sim, respeitado o direito de defesa do contribuinte, e preservado, o Estado, de exigência contrária à legislação.

Contudo, em relação às notas fiscais cujas mercadorias foram objeto de devolução, e que posteriormente foram comprovadamente substituídas pelas mercadorias cujas operações tiveram seus documentos fiscais de aquisição devidamente registrados no livro Registro de Entradas, tendo sido tal fato apurado em revisão fiscal realizada por Auditora Fiscal estranha ao feito, considero que as notas fiscais originariamente consideradas, e seus respectivos valores, devem ser realmente excluídos do demonstrativo fiscal, pelo que acato o novo demonstrativo de débito produzido pela Diligente no Parecer ASTEC/CONSEF nº 003/2009, exarado a pedido da Segunda Instância de julgamento deste Conselho de Fazenda, por sugestão da PGE/PROFIS, conforme já relatado neste Acórdão.

E voto pela modificação parcial da Decisão objeto do Recurso Voluntário, para julgar a infração 2 procedente em parte no valor de R\$5.474,69, conforme demonstrativo de débito à fl. 2365.

Em relação ao pedido de uso do crédito fiscal, este crédito não pode ser deduzido, por esta instância de julgamento, posto que demandaria uma verificação fiscal para a análise da situação, o que foge da competência deste Órgão Julgador. Ademais o contribuinte pode, se comprovar o seu direito ao crédito fiscal que alega, tomar as providências legalmente permitidas para a sua utilização.

A infração 3 refere-se à falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração da diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

Todas as alegações recursais relativas à Infração 3 foram analisadas, de forma esmiuçada, pela Auditora Fiscal Diligente, no Parecer ASTEC/CONSEF nº 003/2009, exarado a pedido da segunda instância de julgamento deste Conselho de Fazenda, conforme pormenorizadamente descrito no Relatório que antecede este voto. Ademais, a Portaria nº 445/98, em seu artigo 3º, III, prevê o agrupamento de mercadorias nos tomos da escrita fiscal do contribuinte.

Tal como já dito no Parecer da PGE/PROFIS, o contribuinte não trouxe provas de equívocos na revisão fiscal efetuada no mencionado Parecer, que corretamente verificou as operações relativas a todas as mercadorias objeto da Infração 3.

Assim, voto pela modificação parcial da Decisão objeto do Recurso Voluntário, para julgar a infração 3 procedente em parte no valor de R\$13.914,12, consoante demonstrativo de débito à fl. 2367.

A infração 7 refere-se à falta de apresentação de documentos fiscais, quando regularmente intimado, sendo aplicadas multas totalizando R\$450,00, por descumprimento a intimações fiscais. Está evidente nos autos que o contribuinte, ao deixar de atender, seguidamente, a intimações fiscais, causou a necessidade de o Fisco ter de, repetidamente, voltar a solicitar a entrega dos livros e documentos fiscais necessários à realização da ação fiscal.

Porém consta, no campo “Descrição dos Fatos” à fl. 01 do Auto de Infração, que a Infração 7 teria ocorrido quando o contribuinte não apresentou as Notas Fiscais de Entradas dos exercícios de 2000, 2001 e 2002, e o Fisco não comprova que os Termos de Arrecadação nºs 3, 5, 9 e 10, acostados ao Auto de Infração, nos quais estão citadas, como arrecadadas, “notas fiscais de entradas”, não se referem à arrecadação das notas fiscais de entrada requisitadas nas mencionadas intimações, e cuja não apresentação teria sido o objeto de Intimações ao contribuinte.

A imputação, assim, não resta comprovada. Em decorrência, voto pela modificação da Decisão de base, para julgar improcedente a imputação 7.

Observe que o contribuinte contesta, equivocadamente, a imputação 8, mas falta-lhe o requisito do interesse processual, posto que esta infração foi julgada improcedente em Primeira Instância. Recurso Voluntário prejudicado em relação à infração 08.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida em relação às Infrações 2, 3 e 7, resultando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor total de R\$, conforme demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO	DECISÃO	ICMS DEVIDO	MULTA % ICMS	PENALIDADE DESC. OBRIG ACESSÓRIA
01	PROCEDENTE	-	-	119,13
02	PROC. EM PARTE	-	-	5.474,69
03	PROC. EM PARTE	13.914,12	70%	-
04	PROC. EM PARTE	1.045,10	70%	-
05	IMPROCEDENTE	-	-	-
06	PROCEDENTE	336,09	60%	-
07	IMPROCEDENTE	-	-	-
08	IMPROCEDENTE	-	-	-
TOTAIS		15.295,31		5.593,82

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)

Em que pese o brilhantismo do voto da relatora, divirjo do seu entendimento quanto à preliminar de decadência, pois entendo que assiste razão ao Recorrente, uma vez que entendo que a constituição do crédito tributário somente ocorreu em 02/01/2006, quando da notificação ao sujeito passivo, conforme fls. 844 e 845 (comprovante de entrega, ao sujeito passivo, do Auto de Infração e de seus anexos).

Frise-se que o crédito tributário só é constituído com o lançamento eficaz, para o qual é imprescindível a regular notificação do contribuinte para o oferecimento de defesa. A pura e simples lavratura do Auto de Infração não tem o condão de constituir o crédito tributário. Tão somente após a regular notificação do sujeito passivo é que o lançamento tributário se perfaz. Neste sentido, a jurisprudência pacífica do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE E EXIGIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. PUBLICAÇÃO DE EDITAIS. EFICÁCIA DO ATO. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA NÃO-SURPRESA FISCAL.

1. A notificação do lançamento do crédito tributário constitui condição de eficácia do ato administrativo tributário, mercê de figurar como pressuposto de procedibilidade de sua exigibilidade.

2. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se aos seguintes tópicos: (a) se a ausência de notificação do lançamento do crédito tributário o torna inexistente e, portanto, restaria configurada a impossibilidade jurídica do pedido; (b) se há a necessidade de publicação de editais em jornais de circulação local, bem como a publicação de editais para notificação do vencimento da contribuição sindical rural; e (c) sendo publicado o edital no Diário Oficial torna-se desnecessária sua publicação em jornal local de maior circulação.

3. "A notificação ao sujeito passivo é condição para que o lançamento tenha eficácia. Trata-se de providência que aperfeiçoa o lançamento, demarcando, pois, a constituição do crédito que, assim, passa a ser exigível do contribuinte - que é instado a pagar e, se não o fizer nem apresentar impugnação, poderá sujeitar-se à execução compulsória através de Execução Fiscal - e oponível a ele - que não mais terá direito a certidão negativa de débitos em sentido estrito.

A notificação está para o lançamento como a publicação está para a Lei, sendo que para esta o Mi. Ilmar Galvão, no RE 222.241/CE, ressalta que: 'Com a publicação fixa-se a existência para a lei e identifica-se a sua vigência...' (...)" (Leandro Paulsen, in "Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 1076).

4. A notificação constitui-se ato administrativo de intercâmbio procedimental que imprime eficácia a outro ato administrativo - o lançamento - no sentido de dar ciência ao sujeito passivo da formalização do crédito tributário e dos termos de sua exigibilidade, consoante a lição de Paulo de Barros Carvalho, in "Curso de Direito Tributário", Saraiva, 1998, p. 274.

5. Consectariamente, a sua falta implica em ausência de pressuposto válido e regular de constituição e desenvolvimento do processo.

[...]

(AgRg no REsp 950.156/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.10.2007, DJ 29.10.2007 p. 195)

TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DE TRIBUTOS FEDERAIS - DCTF. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CRÉDITO NÃO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL.

1. É pacífico na jurisprudência desta Corte que a declaração do tributo por meio de DCTF, ou documento equivalente, dispensa o Fisco de proceder à constituição formal do crédito tributário.

2. Não obstante, tendo o contribuinte declarado o tributo via DCTF e realizado a compensação nesse mesmo documento, também é pacífico que o Fisco não pode simplesmente desconsiderar o procedimento adotado pelo contribuinte e, sem qualquer notificação de indeferimento da compensação, proceder à inscrição do débito em dívida ativa com posterior ajuizamento da execução fiscal.

3. Inexiste crédito tributário devidamente constituído enquanto não finalizado o necessário procedimento administrativo que possibilite ao contribuinte exercer a mais ampla defesa, sendo vedado ao Fisco recusar o fornecimento de certidão de regularidade fiscal se outros créditos não existirem.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 999.020/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13.05.2008, DJ 21.05.2008 p. 1)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 530 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A DEMANDA. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, RECONHECEU A NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E DETERMINOU A EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO.

1. Malgrado o acórdão recorrido, com base no art. 267, VI, do CPC, reconheça a inexistência de "qualquer das condições da ação", porquanto o "lançamento nulo e a falta da notificação acarretam a inexistência formal do crédito tributário", emite juízo de mérito sobre o título que supostamente legitima a cobrança da contribuição sindical. Assim, conclui-se que a hipótese amolda-se à regra prevista no art. 530 do CPC — acórdão por maioria, proferido em sede de apelação, que reformou a sentença de mérito —, razão pela qual é viável a apresentação de embargos infringentes.

Nesse sentido: REsp 855.148/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 9.10.2006.

2. Recurso especial provido.

(REsp 734.448/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.12.2007, DJ 18.02.2008 p. 24)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL.

PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PUBLICAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO EM JORNAIS LOCAIS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 605 DA CLT. NECESSIDADE.

CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE E EXIGIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA NÃO-SURPRESA FISCAL. ACÓRDÃO RECORRIDO NO MESMO SENTIDO DO ENTENDIMENTO PACIFICADO NO STJ.

APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ.

[...]

6. A notificação do lançamento do crédito tributário constitui condição de eficácia do ato administrativo tributário, mercê de figurar como pressuposto de procedibilidade de sua exigibilidade.

7. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se aos seguintes tópicos: (a) se há a necessidade de publicação de editais em jornais de circulação local; e (b) sendo publicado o edital no Diário Oficial torna-se desnecessária sua publicação em jornal local de maior circulação.

8. A notificação constitui-se ato administrativo de intercâmbio procedimental que imprime eficácia a outro ato administrativo - o lançamento - no sentido de dar ciência ao sujeito passivo da formalização do crédito tributário e dos termos de sua exigibilidade, consoante a lição de Paulo de Barros Carvalho, in "Curso de Direito Tributário", Saraiva, 1998, p. 274.

9. Consectariamente, a sua falta implica em ausência de pressuposto válido e regular de constituição e desenvolvimento do processo.

[...]

(AgRg no Ag 922.099/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.06.2008, DJ 19.06.2008 p. 1)

Note-se que, sem a notificação ao sujeito passivo, o ato administrativo de lançamento tributário não se perfaz. Neste sentido, o voto do Ministro Luiz Fux, ao analisar o Recurso Especial n.º 748.953:

“Isto porque a notificação assume a função relevantíssima de levar ao conhecimento do contribuinte o lançamento que lhe respeita. Por isso que, ausente a regular notificação do lançamento, este não se perfaz, não gerando direitos ao Fisco. A notificação é requisito de perfeição do lançamento, o qual deve, portanto, considera-se um ato receptício, na lição de Ruy Barbosa Nogueira.

Paulo de Barros Carvalho, discorrendo sobre a imprescindibilidade da regular notificação do lançamento tributário, assevera que: "O lançamento pode ser válido, porém ineficaz, em virtude de notificação inexistente, nula ou anulada. (...) Se o lançamento existir e for válido, não irradiará qualquer efeito jurídico, enquanto não

comunicado ao sujeito passivo, por intermédio do ato de notificação. Mesmo existente e válido, o lançamento pode ficar prejudicado em sua eficácia, pela demonstração de vício capital (nulidade absoluta) ou accidental (nulidade relativa) do ato de notificação." (apud Alberto Xavier, ob. cit.).

Desta forma, revela-se a ineficácia do lançamento, com a conseqüente nulidade da Execução Fiscal nele fundada, verificada a ausência de notificação do contribuinte, cujo direito à ampla defesa no processo administrativo é assegurado constitucionalmente."

Face ao exposto, divirjo do voto condutor quanto à análise da decadência tão somente e VOTO pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para acolher também a preliminar de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no ano 2000.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime quanto à preliminar de decadência, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **102148.0215/05-5**, lavrado contra **TAPEÇARIA GLOBO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.295,31**, acrescido das multas de 70% sobre R\$14.959,22 e 60% sobre R\$336,09, previstas no art. 42, incisos II, "e" e III, da Lei nº 7.014/96, além de multas por descumprimento de obrigação acessória totalizando o valor de **R\$5.593,82** previstas no art. 42, incisos XI, e XVIII, alínea "c", da citada Lei, em redação vigente à época dos fatos geradores das imputações, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Vanessa de Melo Batista, Álvaro Barreto Vieira, Oswaldo Ignácio Amador e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) – Conselheiro: Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS