

PROCESSO - A. I. Nº 233081.0402/10-8
RECORRENTE - MINERAÇÃO DE CAULIM MONTE PASCOAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0014-02/12
ORIGEM - INFAC ITAMARAJU
INTERNET - 18/02/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0025-13/13

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA. DECAÍDO PRAZO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. A simples lavratura do Auto de Infração não tem o condão de constituir o crédito tributário, no qual só após a regular notificação do sujeito passivo quanto aos fatos geradores ocorridos no ano de 2005, referentes às infrações. A lavratura do Auto de Infração foi em 30/12/2010, sendo o mesmo registrado na repartição fiscal em 04/01/2011. Contudo, o lançamento do crédito tributário não se constitui com a notificação da ciência ao contribuinte, mas, sim, pela razão de que o ato da lavratura do Auto de Infração, apesar de tratar de ato potestativo do Estado, só se completa com o seu “registro” na repartição fiscal, de forma a lhe dar oficialidade e existência, uma vez que a emissão do mesmo, sem o devido registro, nunca resultará qualquer efeito, operando, assim, a decadência relativa aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2005. Acolhida a preliminar de decadência. Auto de Infração **Improcedente**. Considerar **Prejudicada** a análise do mérito. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$64.102,53, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 47,43, referente à mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente do estabelecimento, registrada indevidamente na escrita fiscal do contribuinte como compra para industrialização.

INFRAÇÃO 2 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 16.950,53, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, registrada indevidamente na escrita fiscal do contribuinte como compra para industrialização.

INFRAÇÃO 3 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 14.043,16, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao citado crédito, referente à recuperação de crédito fiscal registrado na sua escrita fiscal nos termos do art. 359, § 2º, II do RICMS-BA.

INFRAÇÃO 4 - Utilização indevida, como crédito fiscal, do valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, no montante de R\$ 6.894,19, decorrente do cálculo a mais dos créditos atinentes a aquisições de mercadorias com o imposto pago por antecipação, recuperado nos termos do art. 359, § 2º, II do RICMS-BA.

INFRAÇÃO 5 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 344,32, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 9.682,77, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Refere-se a aquisições registradas indevidamente na escrita fiscal do contribuinte como compras para industrialização.

INFRAÇÃO 7 - Falta de recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$16.140,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais, efetuados por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

Foi apresentada defesa, a informação fiscal foi prestada e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, no valor de R\$ 58.746,26.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida, inicialmente, afastou a arguição de decadência, argumentando que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), instituído pela Lei nº 3.956/81, utilizando o permissivo contido no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN), fixou o prazo decadencial em cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Prosseguindo, o relator indeferiu a solicitação de diligência, pois considerou que o processo já estava acompanhado de elementos suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Adentrando no mérito, as Infrações 1 e 2 foram julgadas procedentes, sob o argumento de que as mercadorias ali relacionadas eram referentes a *partes e peças de reposição de veículos leves e pesados, tratores, maquinários e equipamentos do ativo fixo, (Bebedouro) e de outros materiais de uso e de consumo, além de produtos da cesta básica e gêneros alimentícios, uniformes e outras da mesma natureza, alimentos para do estabelecimento, conforme demonstrado nos anexos e descrito nas Notas Fiscais, acostado aos autos (fls. 17 a 18, 21 a 30 e 186 a 386)*. O ilustre relator também explicou que as lonas de filtro, as telas de aço inox e o rotor cromado – que segundo o autuado, eram utilizados diretamente no processo produtivo – se referiam, conforme sua aplicação, a peças de reposição e partes de equipamentos (filtro prensa, peneiras vibratórias e bomba).

No que tange à Infração 3, decidiu a Primeira Instância pela procedência parcial da autuação. Com base em comprovações do direito a parte do crédito fiscal, trazidas na defesa, foi refeita a apuração do imposto (fls. 656 a 661), tendo o valor devido passado de R\$ 14.043,16 para R\$ 8.686,89.

Quanto à Infração 4, o relator demonstrou a apuração do imposto lançado e, em seguida, concluiu pela procedência desse item do lançamento.

A Infração 6 (diferença de alíquotas) foi julgada procedente, já que as mercadorias ali relacionadas eram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. Trata-se das mercadorias elencadas na Infração 2 (crédito indevido).

Decidiu a Primeira Instância pela procedência das Infrações 5 e 7, sob o argumento de que esses itens do lançamento não foram questionados quanto ao mérito.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 835 a 853), no qual afirma que a Decisão recorrida merece reformada, pois foi proferida contrariando as normas que regem a matéria e as provas dos autos.

Preliminarmente, suscita a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2005, pois como o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN. Ressalta que somente foi notificado do lançamento em 11 de fevereiro de 2011 e, desse modo, mesmo que se aplique a regra do art. 173 do CTN, a decadência já tinha se consumado. Salienta que o fato de o Auto de Infração ter sido lavrado em 30/12/10 não afasta a decadência arguida, pois o lançamento somente se aperfeiçoa com a notificação do contribuinte. Destaca que a utilização do disposto no art. 107-A do COTEB para afastar a

decadência suscitada é uma afronta à Constituição Federal, uma vez que só lei complementar pode dispor sobre normas gerais acerca da decadência em matéria tributária. Cita jurisprudência, doutrina e dispositivos legais.

Adentrando no mérito, afirma que em relação às Infrações 1, 2, 4 e 6, a controvérsia gira em torno da natureza e destinação das mercadorias relacionadas na autuação, as quais são insumos de produção e, no entanto, foram inadequadamente classificadas como materiais de uso e consumo.

Requer que seja reformada a Decisão recorrida, para que sejam analisadas as informações trazidas à colação, em cotejo com o levantamento das suas atividades industriais.

No tocante às Infrações 1, 2, 3, 4 e 6, o recorrente explica que a sua atividade fabril consiste na mineração de caulim, substância mineral altamente abrasiva. Afirma que a mineração, contrariamente aos demais segmentos da indústria, é uma atividade que desagrega o bem objeto da industrialização (beneficiamento). Enquanto as demais atividades industriais produzem bens a partir da incorporação de diversos insumos a um rol de matéria-prima, na mineração ocorre um processo de purificação, para que do mineral sejam retirados os resíduos que afetam a sua composição e destinação final.

Explica que a sua atividade produtiva consiste, inicialmente, em desagregar o caulim bruto, para remover os fragmentos de calcários presentes na polpa do mineral e, posteriormente, separar e retirar o material de granulometria indesejável e demais impurezas, tais como matérias orgânicas e outros resíduos. Diz que, de início, já se vislumbra que, na atividade de beneficiamento do caulim extraído do solo, nenhum produto lhe é adicionado ou incorporado para a obtenção do produto final. Esclarece que, como na sua atividade industrial, aplica os insumos de produção para desagregar o mineral bruto e purificá-lo, os insumos da sua produção são apenas os bens que se desgastam durante o processo de extração ao beneficiamento, sem os quais seria impossível se obter o produto final. Afirma que são estes mesmos insumos da produção que agregam valor ao produto final e que compõem o seu custo de produção.

Passa a descrever o seu processo produtivo, abordando a operação de desmonte do caulim, quando o minério é retirado do solo utilizando escavadeiras mecânicas e tratores. Diz que esses equipamentos são indispensáveis e as suas partes e peças se desgastam em razão da produção, assim como os lubrificantes e combustíveis necessários ao funcionamento. Frisa que o desgaste ocorre por conta do uso aplicado na atividade de mineração. Aduz que também utiliza oxigênio e acetileno nas soldagens das referidas peças empregadas nos caminhões e escavadeiras. Menciona que esses caminhões circulam exclusivamente na área da mina, com a finalidade de conduzir o caulim bruto até a usina de beneficiamento.

Diz que na etapa seguinte faz uso de carregadeiras frontais, que realizam o trabalho de alimentação da usina, condução do caulim até o alimentador de esteiras. As esteiras conduzem o caulim ao tanque de agitação, no qual são adicionadas algumas substâncias dispersantes, para a obtenção da polpa de caulim. Essa polpa de caulim é bombeada por meio de bombas de alta pressão, cujos componentes se desgastam com a utilização contínua. Realça que um dos principais componentes das bombas é o rotor cromado, o qual foi indevidamente classificado pelo autuante como sendo material de uso e consumo.

Afirma que a polpa de caulim é levada a uma peneira vibratória e, posteriormente, é feita a remoção parcial do material cuja granulometria seja superior à desejada. Menciona que as peneiras vibratórias são compostas por telas de aço inox, sem as quais essa fase do processo produtivo ficaria totalmente prejudicada. Diz que, portanto, essa peça constitui insumo de seu processo produtivo.

Realça que, nas demais fases do seu processo produtivo, são utilizados diversos equipamentos indispensáveis para as suas atividades, sendo tais equipamentos compostos por peças que se desgastam com a utilização contínua decorrente da produção e que consequentemente, têm que ser substituídas, tais como, os registros gavetas, as lonas de filtro, chapas de ferro, cabos, lonas plásticas, blocos de válvula, eletrodos, entre outros constantes no Auto de Infração em comento.

Assevera que todos estes equipamentos, máquinas e veículos, são aplicados direta e exclusivamente na extração e no beneficiamento do caulim bruto. Diz que, como os equipamentos compõem o seu ativo imobilizado, as suas partes, peças e lubrificantes se desgastam durante e por conta do ciclo produtivo, assim como os combustíveis são consumidos ao longo do processo. Diz que não interessa saber se o desgaste ocorre de forma mais rápida ou mais lenta, pois o relevante é que o desgaste decorre do processo industrial. Conclui que, portanto, tais partes, peças, combustíveis e lubrificantes são insumos da sua produção.

Sustenta que todo o material de construção relacionado no Auto de Infração, como cimento, tijolos, fios e cabos elétricos, entre outros, foram aplicados nas instalações da sua fábrica, a qual se desgasta. Diz que tais mercadorias foram integradas às suas instalações fabris, a fim de que as mesmas continuassem de pé e, portanto, são essenciais à manutenção do seu processo produtivo.

Afirma que as Infrações 1, 2, 3, 4 e 6 tratam de utilização indevida de crédito fiscal decorrente da aquisição de insumos da produção, os quais foram classificados pelo autuante como se fossem materiais de uso e consumo. Explica que esses insumos são peças e partes, combustíveis e lubrificantes das máquinas e veículos utilizados na sua produção, além de materiais aplicados nas instalações da sua unidade fabril e outros materiais utilizados diretamente no seu processo produtivo (lonas de filtro, telas de aço inox, rotor cromado, etc.).

Referindo-se à Infração 3, sustenta que forneceu ao autuante toda a documentação necessária para a verificação do direito ao crédito de ICMS apropriado, conforme o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, datado de 17/12/10. Aduz que tal fato foi reconhecido na Decisão recorrida, o que ensejou a redução do valor originalmente lançado. Diz que toda a documentação necessária para uma nova verificação está à disposição da fiscalização e, somente não está sendo apresentada junto com a presente defesa, em razão da grande quantidade e da distância entre os municípios de Itamaraju e de Salvador. Requer que seja realizada diligência para a verificação desses documentos, caso a decadência não seja reconhecida.

Quanto à Infração 4, afirma que, apesar de o autuante ter informado que a irregularidade decorreu do cálculo a maior da apuração dos créditos devidos pela aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por antecipação tributária, ao invés de glosar as supostas diferenças, o autuante glosou integralmente os créditos utilizados.

Relativamente à Infração 6, diz que se trata principalmente de peças e partes das máquinas e veículos utilizados na sua produção. Sustenta que na aquisição de insumos tem o direito ao crédito fiscal, bem como não é devida a diferença de alíquotas. Diz que o cerne da questão está em demonstrar que os bens são insumos do seu processo produtivo, e não materiais de uso e consumo. Tece considerações sobre o vocábulo “insumo”, bem como faz alusão ao voto vencido proferido no Acórdão CJF Nº 0246-11/03. Cita o Acórdão CS Nº 0015-21/02, deste CONSEF, que reconheceu o direito ao creditamento do ICMS, pela contribuinte Bahia Sul Celulose S/A, nas aquisições de insumos que haviam sido reputados de materiais de uso e consumo pelos autuantes. Invoca o entendimento contido no Acórdão JJF Nº 0272/00, deste CONSEF, que reconheceu o direito ao creditamento do ICMS, pela Coitezeiro Mineração S.A. – Comisa, nas aquisições de óleo diesel, utilizado no transporte interno de mercadorias e na escavação de terreno para retirada de minério.

Conclui que, com base em decisões como os citados acórdãos, bem assim nos inúmeros votos dissidentes preferidos em outros julgamentos, esta incerteza deve ser afastada, dando lugar a uma uniformidade de julgamentos e assegurando uma igualdade de direitos aos contribuintes.

Requer que seja reconhecida a condição de insumo dos bens relacionados nos demonstrativos das Infrações 1, 2, 3 e 4, assegurando-lhe o direito ao crédito fiscal decorrente das aquisições, bem como afastando a exigência da diferença de alíquota.

Pugna pela improcedência da Infração 6, argumentando que a ela também se aplica o quanto exposto, de forma a reconhecer a natureza de insumo destes bens utilizados no seu processo industrial.

Ao concluir, o recorrente solicita que seja reconhecida a decadência arguida, ou, caso ultrapassada a decadência, que sejam afastados os ilícitos fiscais que lhe foram imputados, julgando-se, assim, improcedente o Auto de Infração.

Em Parecer às fls. 857 e 858, a ilustre representante da PGE/PROFIS, afirma que os fatos geradores relativos ao exercício de 2005 não foram atingidos pela decadência, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em dezembro de 2010. Após transcrever o disposto no art. 150, §4º, do CTN, sustenta que o marco inicial do prazo decadencial é, em princípio, o fato gerador da obrigação tributária, porém a legislação baiana, respaldada em autorização legal – §4º do art. 150 do CTN – fixou o primeiro dia do exercício seguinte com o momento a partir do qual se deve iniciar a contagem do prazo decadencial, conforme o art. 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB. Para embasar seu posicionamento, reproduz doutrina e jurisprudência.

Quanto ao mérito das Infrações 1, 2, 4 e 6, afirma que as alegações recursais não se sustentam, pois os produtos objeto da glosa de crédito fiscal não podem ser considerados como insumos. Diz que, nas Infrações 1 e 2, as aquisições são de partes e peças de reposição de veículos leves e pesados, tratores, maquinários e equipamentos de ativo fixo, assim como de materiais de uso e consumo, além de alimentos e uniformes. Menciona que os produtos lona de filtro, telas de aço inox e rotor cromado são peças de reposição e partes de equipamentos, não podendo ser considerados como insumos. Aduz que as decisões citadas pelo recorrente não se aplicam ao caso em comento, por tratarem de produtos diversos e de atividades empresariais também diversas.

Ao finalizar seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência)

Preliminarmente, o recorrente arguiu a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2005, argumentando que só foi notificado acerca do lançamento em 11/02/11.

Afasto a preliminar de decadência arguida pelo recorrente, pois, conforme vem sendo sustentado nos Pareceres emanados da PGE/PROFIS, a legislação tributária baiana, utilizando o permissivo contido no art. 150, §4º, do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como sendo o marco inicial da contagem do prazo decadencial, conforme disposto no §5º do art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB).

O recorrente argumenta que afastar a decadência arguida com COTEB constitui uma afronta à Constituição Federal, pois só lei complementar pode dispor sobre tal matéria. É respeitável esse argumento recursal, porém não é este o foro adequado para tal discussão, uma vez que a teor do disposto no art. 125, inc. I, do já citado COTEB, não se inclui entre as competências deste órgão julgador administrativo à decretação de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao fato de o recorrente só ter sido notificado acerca do lançamento em 11/02/11, alinhamo-nos ao entendimento que vem sendo adotado neste Conselho de Fazenda, segundo o qual é com a lavratura do Auto de Infração que fica constituído o crédito tributário, servindo a notificação para cientificar o sujeito passivo acerca da exigência fiscal.

Nos termos do art. 142 do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício. A constituição do crédito tributário mediante o lançamento é fruto do poder de império do Estado, sendo irrelevante a data da notificação do sujeito passivo, para que seja o lançamento considerado perfeito e acabado. Dessa forma, o lançamento de ofício possui efeito declaratório positivo, anunciando a existência de uma obrigação do contribuinte para com o fisco. Lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo, sendo que a exigibilidade do crédito tributário ficará condicionada ao conhecimento por parte do autuado.

Considerando que os fatos geradores relacionados na autuação ocorreram durante o exercício de 2005, a Fazenda Pública Estadual tinha até 31/12/10 para efetuar o lançamento de ofício. Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/10, não tinha ainda ocorrido a decadência arguida. Afasto, portanto, a preliminar de decadência.

Vencido quanto à preliminar de decadência, deixo de apreciar o mérito do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência)

Em que pese o brilhantismo do voto do relator, 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 11/02/2011, quando da notificação ao sujeito passivo.

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 procedural 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.

CONDICÃO 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 procedural 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. Consequentemente, 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 consequente 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 do relator quanto à análise da decadência e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para Acolher a preliminar de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no ano de 2005, referentes a todas as infrações, acarretando na IMPROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO (Preliminar de decadência)

Apesar de concordar com a conclusão do Voto Vencedor, peço *venia* para discordar da sua fundamentação, quanto à argüição recursal de ocorrência de decadência.

Acolho a preliminar de decadência, referente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2005. Contudo, há de se esclarecer que, decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou o *primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*.

Assim, cabe a autoridade julgadora cumprir a legislação baiana, até o momento em que haja propositura do Secretário da Fazenda de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal, pois não se incluem na competência deste Colegiado a declaração de inconstitucionalidade, consoante previsto nos artigos 167 e 168 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Portanto, diante de tais considerações, o direito de a fazenda pública estadual constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante previsto no art. 107-A do COTEB, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por sua vez, o art. 142 do CTN estabelece que “*Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”, do que salienta que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ainda há de salientar que, conforme art. 2º do RPAF, “*Na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito*”.

No caso concreto, apesar de o Auto de Infração ter sido lavrado em 30/12/2010, observo que o mesmo só foi registrado na repartição fiscal em 04/01/2011. Sendo assim, me alinho com o entendimento de que o simples ato da emissão do Auto de Infração não afasta a decadência argüida. Contudo não pelo fundamento recursal e também do voto vencedor de que o lançamento do crédito tributário só se constitui com a notificação da ciência ao contribuinte, mas, sim, pela razão de que o ato da lavratura do Auto de Infração, apesar de tratar de ato potestativo do Estado, só se completa com o seu “registro” na repartição fiscal, de forma a lhe dar oficialidade, ou seja, lhe soar existência, uma vez que a emissão do Auto de Infração, propriamente dita, sem o devido registro, nunca resultará qualquer efeito.

Em conclusão, como o registro do Auto de Infração só ocorreu em 04/01/2011, dando oficialidade e existência ao Auto de Infração, já havia operado a decadência do direito de a fazenda pública estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2005.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime quanto à preliminar de decadência, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233081.0402/10-8**, lavrado contra **MINERAÇÃO DE CAULIM MONTE PASCOAL S.A.**

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência): Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Vanessa de Mello Batista e Oswaldo Ignácio Amador.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência): Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira e Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva.

VOTO EM SEPARADO (Preliminar de decadência - Determinação do Registro do Auto de Infração): Conselheiro: Fernando Antônio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO
(Preliminar de decadência - Determinação do Registro do Auto de Infração)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de decadência)

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de decadência)

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