

PROCESSO - A. I. Nº 278936.0206/06-6
RECORRENTE - CAFEIRA SELO VERDE LTDA. (SELO VERDE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0106-04/11
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 11.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0254-13/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. b) DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Demonstrativos elaborados pela fiscalização comprovam a falta de recolhimento do imposto no período fiscalizado. Não cabível a compensação do imposto em suposto saldo credor acumulado no período. Infração não elidida. 2. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Imputação não contestada. Indeferidos os pedidos para realização de diligência e de perícia e não acatada a declaração de decadência do crédito tributário. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 278936.0206/06-6, lavrado em 20/12/2006 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$63.805,29, acrescido da multa de 60%, em razão de três irregularidades, das quais quanto ao mérito apenas as imputações 01 e 02 foram objetivamente contestadas nas duas instâncias de julgamento:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Período de janeiro/2001 a dezembro/2005. Demonstrativo às fls. 10 a 20. ICMS no valor de R\$35.230,99.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Exercício de 2001: meses de janeiro, fevereiro, abril e maio; Exercício de 2004 – mês de junho; Exercício de 2005: meses de fevereiro, maio e julho. Demonstrativo à fl. 21. ICMS no valor de R\$24.936,20.

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do ICMS na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto. Demonstrativo à fl. 22. ICMS no valor de R\$3.638,10.

O Fisco acostou Termo de intimação para apresentação de livros e documentos fiscais à fl. 09 (volume I), contendo esta assinatura do autuante com data de 29/09/2006 e rubrica, no campo destinado ao contribuinte, com data de 03/10/2006.

Foi lavrado Termo de Revelia (fl. 42). A Procuradoria Geral do Estado requisitou diligência à Infaz de origem acerca da intimação ao contribuinte (fls. 52/62), tendo o mesmo se manifestado

(fls. 72/93). A PGE/PROFIS fez representação ao CONSEF (fl. 185) solicitando reabertura do prazo de defesa, que foi acolhido conforme Acórdão CJP 0359-12/09 (fls. 192/197).

Um dos sócios foi intimado (fls. 204/226), tendo o mesmo apresentado impugnação ao lançamento às fls. 228 a 253 (volume II), dentre outros aspectos alegando preliminares de decadência e de nulidade do lançamento e, no mérito, insurgindo-se objetivamente contra as imputações 01 e 02, inclusive pedindo a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para verificar a existência de saldo credor acumulado no período autuado.

Foi prestada informação fiscal às fls. 259 a 261, sustentando a autuação.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0106-04/11, às fls. 266 a 271. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Primeiramente devo ressaltar que em relação ao Termo de Revelia lavrado inicialmente, foram adotadas as providências administrativas pela PGE/PROFIS que culminou em representação ao CONSEF da reabertura do prazo de defesa, acolhido no Acórdão CJP 0359-12/09.

Preliminarmente o autuado suscitou a decadência do crédito tributário sob a alegação de que só tomou conhecimento da autuação em 16/07/10, ficando no seu entendimento decaído grande parte dos valores exigidos relativos aos exercícios de 2001 a 2005.

Ressalto que o lançamento tributário, é um ato administrativo vinculado e obrigatório que objetiva verificar os elementos do fato gerador, calcular o valor do crédito tributário e identificar o sujeito passivo, tudo conforme o art. 142 do CTN. Caracteriza-se como um direito potestativo do Estado ficando o sujeito passivo submetido aos seus efeitos independente de sua vontade.

Mesmo no lançamento por homologação 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.

Portanto, o ato do lançamento se materializa através de uma série de procedimentos administrativos (ordem de serviço, intimação para apresentar livros e documentos, apuração do imposto, lavratura de auto de infração com descrição dos fatos, demonstrativos e termos e por fim a ciência ao contribuinte). Sendo assim, não pode ser considerado como alegado, que o ato da notificação constitui o ato do lançamento.

O STF corrobora essa interpretação de que: "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." EREsp nº 151163, julgados em 25/11/98.

Conforme se pode verificar, o Auto de Infração foi lavrado em 20/12/06, portanto, dentro do quinquênio previsto para que a Administração formalizasse a exigência do tributo. Ressalto que esta interpretação foi manifestada em diversos julgados na segunda instância deste Conselho que indeferiram a Decadência em função da data da notificação: AC CJP 232-11/03; AC CJP 234-11/03; AC CJP 320-11/03; AC CJP 337-11/03; AC CJP 352-11/03 e AC CJP 015-11/03.

Ressalte-se ainda que, conforme salientado pelo auditor que prestou a informação fiscal, foi juntada procuração do sócio Marcelo Marques Nunes (fl. 74) à fl. 50 nomeando o Contador José Edson dos Santos para representá-lo junto à Secretaria da Fazenda, datada de 28/09/07, o qual protocolou petição à fl. 71 alegando cerceamento do direito de defesa em relação à lavratura do Auto de Infração em lide. O Sr. José Edson dos Santos na condição de procurador (fl. 50) foi cientificado da autuação (fl. 208) e apresentou defesa (fls. 253/254) o que demonstra ter tomado conhecimento da autuação desde o ano de 2007.

Constatado que o lançamento de ofício foi efetivado 20/12/06 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “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 § 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 art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2001/2005, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse depois do dia 31/12/06 a 31/12/10. Sendo assim não acolho a preliminar de decadência solicitada.

Quanto ao argumento de que o disposto no §5º do art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEBA) é inconstitucional ao fixar prazo decadencial a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, destaco que conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

O autuado requisitou a realização de diligência fiscal para verificar a existência de saldo credor acumulado no período autuado. Observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

O autuado solicitou a decretação da nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o mesmo padece de vício insanável, visto que não foi intimado para promover retificação na sua escrituração. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No mérito o Auto de Infração, exige ICMS relativo à falta de recolhimento da diferença de alíquotas e do imposto incidente sobre a devolução de mercadorias tributáveis.

Relativamente ao argumento de que foi exigido ICMS relativo às infrações 1 e 2, sem observar a existência de saldo credor acumulado, observo que conforme ressaltado pelo próprio impugnante o art. 132 do RICMS/BA prevê que os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do ICMS devem incluir o valor da diferença de alíquota no cômputo dos débitos fiscais do período.

A legislação do imposto prevê que o contribuinte deve apurar o valor do ICMS devido relativo à diferença entre a alíquota interna e interestadual nas aquisições de bens de uso/consumo e lançar a débito do livro RAICMS. O estabelecimento autuado não contestou os valores apurados no levantamento fiscal procedido pelo autuante, os quais foram juntados às fls. 10/22. Logo, tendo a fiscalização, mediante levantamento próprio, apurado falta de lançamento do ICMS da diferença de alíquota, não cabe ao preposto fiscal fazer compensação com supostos saldos credores, nem intimar o fiscalizado para retificar sua escrituração e sim proceder à lavratura de Auto de Infração com imposição da multa prevista no art. 42, “f” da Lei nº 7.014/96.

Conforme ressaltado pelo auditor que prestou a informação fiscal, caso o autuado possuía saldo credor acumulado pode fazer uso para quitar o Auto de Infração de acordo com o que determina a legislação do ICMS.

Saliento que a retificação da escrituração poderia ter sido feita pelo próprio contribuinte, mas isso antes de qualquer ação fiscal pertinente aos valores objeto do levantamento fiscal. Como isso não ocorreu, deve ser mantida integralmente as infrações 1 e 2.

Com relação à infração 3, verifico que o autuado silenciou sobre a mesma, embora tenha pedido a improcedência total da autuação. Como nada foi dito em relação ao imposto exigido no demonstrativo à fl. 22 dos autos relativamente à operação de devolução de mercadorias consignadas na nota fiscal nº 76 e demonstrativo à fl. 22, implica em anuência da acusação, visto que não foi apresentada qualquer prova contrária a acusação e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o autuado pela responsabilidade do pagamento do imposto exigido na ação fiscal. Infração caracterizada.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 281 a 305, pronunciando-se novamente às fls. 319 a 328, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária.

Em síntese, o Recorrente inicialmente copia as três imputações, em seguida cita que apenas tomou ciência da autuação em 16/07/2010, tendo então recebido regularmente as cópias do presente lançamento e de todo o material que o acompanha e fundamenta, porque num primeiro momento a intimação se deu de forma nula, entendimento este já reconhecido por este CONSEF, ao acolher a Representação proposta pela Procuradoria Estadual, através do Julgamento constante no Acórdão CJF nº 0359-12/09, proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, do qual copia parte. Alega a tempestividade do recurso interposto.

Argui preliminar de decadência do direito de cobrança relativo a fatos geradores ocorridos até junho/2005, e em seguida alega decadência dos fatos geradores ocorridos até 15/07/2005, porque a sua notificação apenas ocorreu em 16/07/2010, citando o §4º do artigo 150 e artigo 156 do Código Tributário Nacional; §5º do artigo 107-B do Código Tributário da Bahia; artigos 5º, XXII, 103-A, 146, III, “b”, e 170, II, da Constituição da República; Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal; decisões judiciais e textos de juristas sobre o tema.

Passa a tratar do mérito da autuação aduzindo ser esta improcedente.

Afirma que as infrações 01 e 02 versam sobre a suposta falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições destinadas a consumo e a ativo fixo do estabelecimento, respectivamente, mas que essas cobranças não poderiam proceder porque o Fisco, ao apurar os supostos débitos do imposto, não teria atentado para o fato de que ele, contribuinte, acumulava, à época dos fatos geradores, saldo credor do imposto, conforme escriturado em seu livro Registro de Apuração do ICMS. Que o procedimento de fiscalização deveria ter sido feito utilizando toda a escrita fiscal da empresa, “*pois, assim, verificar-se-ia que o contribuinte simplesmente deixou de lançar no Livro Registro de Apuração do ICMS o débito referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais do imposto, na aquisição das referidas mercadorias.*”

Prossegue expondo que se o Fisco houvesse comparado o débito do imposto apurado através do presente lançamento com o saldo credor do ICMS acumulado no livro Registro de Apuração do imposto, veria que o saldo credor suplantaria, em muito, o saldo devedor apurado. Que se Fisco o houvesse intimado para realizar a retificação da escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS, poderia ter sido verificado que ele, autuado, não teria deixado de recolher qualquer valor ao erário, já que possuía saldo credor do imposto suficiente para compensar os débitos existentes. Aduz que conforme o artigo 132 do RICMS/BA, a diferença de alíquotas devida pelos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto é calculada mensalmente, junto com a apuração de débito e crédito do ICMS.

Afirma que ele, contribuinte, deveria ter lançado no débito do mês corrente o valor da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, a fim de, após deduzidos os créditos fiscais, apurar a existência ou não de débito do imposto a pagar. Diz que pelo fato de o Fisco não o ter intimado para corrigir seus registros fiscais, e assim apurado se havia saldo devedor de imposto, o lançamento estaria eivado de nulidade absoluta, e a cobrança seria improcedente porque o imposto não seria devido. Copia o artigo 116 e o §11 do artigo 93, ambos do RICMS/BA.

O contribuinte reitera o pedido para a realização de diligência e de perícia por Fiscal estranho ao feito, para a verificação de suas alegações e de seus documentos fiscais. Aduz ter direito “à realização de perícia por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento do direito de defesa, inclusive conforme previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n. 7.629/199, que no § 3º, do art. 123, determina: (...)”

Assevera que este CONSEF, como forma de regularmente instruir o presente feito, deveria acolher o pleito dele, contribuinte, e encaminhar os autos à ASTEC, para que outro Auditor Fiscal possa verificar a legalidade da autuação, em virtude de tudo o quanto alegado e que aduz comprovado, nos termos do art. 131, do RPAF/99, que copia. Diz que a não realização de perícia seria cerceamento de seu direito de defesa, constitucionalmente assegurado.

O contribuinte afirma que a “3ª Câmara de Julgamento Fiscal, em situação semelhante a dos autos, ocorrida no Auto de Infração n. 01959892/95, enviou os autos para realização de diligência pela ASTEC, reduzindo, assim, o valor da autuação em comento, conforme trecho do voto proferido pelo I. Relator NELSON TEIXEIRA BRANDÃO: (...)”, e cita trecho de decisão que afirma ter sido proferida em outro processo administrativo fiscal.

Conclui requerendo o julgamento pela nulidade, ou pela improcedência do Auto de Infração.

O contribuinte acosta cópias de DMAs às fls. 333 a 391.

À fl. 398 a PGE/Profis, por intermédio da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite despacho no sentido de que os autos aguardassem, neste Conselho, a emissão de Parecer conclusivo do Procurador Geral do Estado acerca da alegação de decadência formulada pelo sujeito passivo.

À fl. 399 a Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS, Srª Aline Solano Casali Bahia, emite Despacho encaminhando os autos ao gabinete do Procurador-Chefe da PGE.

À fl. 400 o Procurador-Geral do Estado, Sr. 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. 401 e 402 a Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa emite Parecer posicionando-se no sentido de que se operou a decadência quanto ao lançamento em foco.

À fl. 403, a Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS, Srª Paula Gonçalves Morris Matos, opinou pela conversão do processo em diligência à INFAZ de origem, “a fim de que seja informado e comprovado, quem é o subscritor do Termo de Intimação de fl. 09, providência esta que reputo imprescindível para o pronunciamento conclusivo acerca do parecer de fls. 401/402.”

Às fls. 406 e 407, submetida a avaliação em pauta suplementar, foi acolhida a proposição da digna Procuradora, deliberando-se pelo encaminhamento à INFAZ de origem para que fossem tomadas as seguintes providências pelo setor competente da Inspetoria fazendária de origem dos autos:

1. que o setor competente da Inspetoria identificasse e comprovasse, nos autos deste processo, a identidade do subscritor do Termo de Intimação anexado à fl. 09 dos autos deste processo.
2. que a INFAZ pedisse ao digno Autuante Termo de Início de Fiscalização, Termo de Arrecadação de Livros/Documentos Fiscais, Termo de Devolução, assinados pelo contribuinte, caso existisse algum destes documentos relativamente à ação fiscal em foco, anexando-o(os) aos autos deste processo.

À fl. 408 preposto fiscal designado da INFAZ de origem informou que não existia assinatura, ou qualquer tipo de identificação, no referido Termo de Intimação, que possibilitasse a comprovação

da ciência; que foi encontrado Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, datado de 10/10/2006, com ciência do Sr. José Edson dos Santos, na época responsável contábil pelo estabelecimento.

O preposto fiscal relatou também que o autuante não mais exercia atividade na INFAZ e que o Termo de Arrecadação original (fl. 409) foi retirado do arquivo da Supervisão, na INFAZ de origem. O preposto fiscal designado acostou também extrato impresso do “Histórico do Contador” (fls. 410 e 411), emitido pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, contendo o nome do mencionado Contador da empresa autuada.

À fl. 412 a Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS encaminhou o processo à Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa Para pronunciamento, que por sua vez encaminhou o processo à INFAZ de origem, para que fosse cientificado o contribuinte acerca do resultado da diligência e dos novos documentos anexados às fls. 408 a 411.

À fl. 413 esta Relatora encaminhou o processo à Coordenação Administrativa deste Conselho, para que o processo fosse enviado à INFAZ de origem, solicitando a entrega, ao sujeito passivo, de cópia das fls. 406 a 411 do PAF.

O contribuinte novamente se pronunciou às fls. 418 a 435 aduzindo que estava se manifestando sobre o resultado da diligência fiscal realizada e relatando que foi determinada a realização de diligência à INFAZ de origem, a fim de que fosse identificada e comprovada a identidade do subscritor do Termo de Intimação, à fl. 09, bem como cópia do Termo de Início de Fiscalização, Termo de Arrecadação de Livros/Documentos Fiscais e Termo de Devolução, assinados pelo contribuinte.

Que, como resposta, apenas foi encontrado o Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, datado de 10/10/2006, com ciência do Sr. José Edson dos Santos, que na época era o responsável contábil pelo estabelecimento, além de que foi atestado que não existe assinatura ou qualquer tipo de identificação no Termo de Intimação, que identificasse o subscritor do mesmo.

Que, no entanto, ele, autuado, apenas chegou a tomar ciência sobre os termos da presente cobrança em 16/07/2010 porque, num primeiro momento, a intimação se deu de forma nula, entendimento este já reconhecido por este CONSEF, ao acolher a Representação proposta pela Procuradoria Estadual, através do Julgamento constante no Acórdão CJP nº 0359-12/09, proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

O contribuinte passa então a reprisar os relatos já por si realizados acerca dos fatos do processo, transcrevendo todos os termos de suas manifestações anteriores nos autos deste processo, e repetindo os termos dos pedidos anteriormente formulados para a realização de perícia e de diligência, e do julgamento pela nulidade, ou pela improcedência, da autuação.

Às fls. 449 e 451 a Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa emite Parecer posicionando-se no sentido de que se operou a decadência quanto ao lançamento em foco.

Às fls. 452 a 456, a Procuradora-Assistente, em exercício, da PGE/PROFIS, Paula Gonçalves Morris Matos, emite Parecer opinando no sentido de que não se operou a decadência em relação ao lançamento em lide. Afirma que não corre prazo decadencial após a lavratura do Auto de Infração, entendimento este há muito já pacificado pelo STJ, conforme Ementas que transcreve às fls. 453 e 454 dos autos.

Aduz também que, apenas por amor ao debate, pondera que ainda que houvesse hipótese de anulação do Auto de Infração, por vício formal, haveria de ser aplicado o artigo 173, II, do CTN, que reabre o prazo decadencial para constituir o crédito tributário por cinco anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Assevera que, no caso em análise, isto não foi sequer necessário, porque este Conselho de Fazenda apenas detectou uma irregularidade no procedimento e determinou a

reabertura do prazo de defesa. Que o fato de este CONSEF ter corrigido um vício na intimação do contribuinte, e ter reaberto o prazo de defesa, não invalidou a lavratura do Auto de Infração, que permaneceu plenamente válida e tempestiva, não tendo ocorrido decadência.

Que ademais, há que se ressaltar que foi juntada, à fl. 50 dos autos, Procuração assinada pelo sócio Marcelo Marques Nunes, datada de 28/09/2007, outorgando poderes ao Contador Sr. Edson dos Santos. Que com esta Procuração foi protocolada petição (fl. 71), arguindo cerceamento de defesa. Que este mesmo Procurador foi intimado, à fl. 208, e apresentou defesa, o que comprova que o mesmo tomou ciência da autuação desde o exercício de 2007. A Procuradora aduz que, diante do que expôs, opina pelo não acolhimento da preliminar de decadência.

A digna Procuradora passa a se pronunciar sobre o mérito da autuação aduzindo que o contribuinte, em sede de Recurso Voluntário, quanto ao mérito se posicionou acerca das imputações 1 e 2, reprisando os mesmos argumentos já apresentados na defesa.

Que a Infração 1 derivou do fato de o contribuinte ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme enquadramento citado no Auto de Infração, que reproduz.

Que a Infração 2 refere-se ao fato de o contribuinte ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme enquadramento citado no Auto de Infração, que também reproduz.

Que o contribuinte argumentou que o ICMS referentes a essas imputações estaria sendo exigido sem observância da suposta existência de saldo credor acumulado. Que, porém, a legislação tributária estadual estabelece que os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração devem incluir o valor da diferença de alíquota no cálculo dos débitos fiscais do período, citando o artigo 132 do RICMS/BA.

A Procuradora relata que a fiscalização constatou, mediante levantamento, a falta de lançamento de ICMS da diferença de alíquota e cumpriu o seu dever legal de lavrar o Auto de Infração. Que, ademais, o contribuinte não impugnou os valores apurados no demonstrativo de fls. 10 a 22. Que os supostos saldos credores acumulados não foram comprovados pelo sujeito passivo e, se existirem, poderão ser utilizados para a quitação total, ou parcial, do Auto de Infração, de acordo com a legislação. Que, diante, do exposto, opinava pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

A douta Procuradora observou ainda que, considerando que houve divergência quanto à questão da decadência, submetia o processo à apreciação superior do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS.

Às fls. 457 e 458 o ilustre Procurador-Chefe da PGE/PROFIS, Sr. Elder dos Santos Verçosa, emitiu Parecer conclusivo, diante da divergência entre os Pareceres prolatados nos autos por Representantes da PGE/PROFIS, expondo que, com efeito, a análise das razões expostas no Recurso Voluntário revela que não houve a decadência do lançamento tributário objeto do Auto de Infração em julgamento, pois tendo sido este lavrado em 20/12/2006, referiu-se a fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2001 a 2006. Que, assim, o lançamento foi realizado conforme estabelecido no artigo 173, I, do CTN.

Que, no que tange ao mérito do Recurso, não foi apresentada motivação suficiente para alteração do julgamento expresso no Acórdão JJF, e o contribuinte não impugnou os valores apurados no demonstrativo de fls. 10 a 22.

Que assim, nos termos da designação contida no Decreto do Governador, publicado no DOE de 03/01/2007, e com amparo no inciso II, artigo 39, da Lei Complementar nº 34/2009, manifestava-se

pelo Acolhimento do parecer de fls. 452 a 456 que, conforme exposto, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Preliminarmente, em relação à alegação recursal relativa à pretendida ocorrência de decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Estadual da Bahia, em relação aos fatos geradores ocorridos até junho/2005, ou mesmo até 15/07/2005, datas que duplamente cita o Recorrente em suas manifestações nos autos, observo que os artigos 150, §4º, e 173, ambos 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, em relação aos quais o contribuinte alega se ter operado a decadência, foram relativos aos exercícios de 2001, 2002, 2003 e 2004, e só seriam desconstituídos, em relação a estes exercícios, se o lançamento tributário ocorresse respectivamente a partir dos dias 01/01/2007, 01/01/2008, 01/01/2009, e 01/01/2010.

Assim, por este aspecto comungo do entendimento, a final, da PGE/PROFIS no sentido de que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 20/12/2006.

Outro aspecto levantando pelo sujeito passivo diz respeito à caracterização do lançamento em si, posto que na presente lide o sujeito passivo advoga no sentido de que o lançamento realizado pela autoridade fiscal só se encontraria definitivamente realizado com a cientificação ao sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, nessa linha de raciocínio expondo que só após tal cientificação ao sujeito passivo é que o lançamento de ofício teria eficácia no sentido de evitar que ocorresse a decadência relativa ao direito de constituição do crédito tributário.

Contudo, equivocava-se o contribuinte.

Na realidade, o lançamento de ofício, na situação em foco com a lavratura de Auto de Infração, é ato do Poder público, que figura como sujeito ativo da relação tributária.

Por conseguinte, tendo o Estado o poder-dever de agir, e neste sentido o poder-dever de constituir o crédito tributário, o lançamento do crédito tributário é apenas um ato administrativo vinculado.

A eficácia de tal ato administrativo, relativamente à cientificação ao sujeito passivo, diz respeito a contagem de prazo para impugnação pelo contribuinte, e prazo para pagamento integral, ou parcial, do débito lançado pela autoridade fiscal. Por exemplo, se um Auto de Infração é lavrado, e o sujeito passivo não é do mesmo regularmente cientificado, tal lançamento não poderá ter eficácia quanto à cobrança administrativa, e/ou judicial, do débito lançado.

Mas a data da realização do lançamento de ofício, ato da administração pública, tem eficácia relativamente à interrupção da contagem para efeito de caracterização de decadência do direito de lançamento, independentemente da cientificação ao contribuinte, que é outro, e necessariamente posterior, ato administrativo.

O contribuinte pode, e deve, declarar o imposto que calculou devido ao Estado mas este, na condição de sujeito ativo da relação jurídica, é aquele que tem o poder de analisar e homologar o auto-lançamento de débito tributário previamente realizado pelo contribuinte e, mesmo quando não tenha sido esse auto-lançamento realizado, proceder ao lançamento de ofício. Assim define o CTN em seu artigo 142:

CTN:

Art. 142. 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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.
(destaques nossos)

Portanto, a data de lavratura do Auto de Infração é a data válida para efeito de impedir que se opere a decadência do direito de lançar o crédito tributário, e não a data de cientificação ao contribuinte, pelo que não acolho a arguição recursal neste sentido.

Quanto ao questionamento 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 CJP nº 0130-11/11 deste CONSEF, e que de maneira precisa trata a questão:

Acórdão CJP 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 JJF, 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, comungo do entendimento esposado a final pela PGE/PROFIS e voto no sentido da não ocorrência da decadência em relação ao período objeto do lançamento fiscal.

Quanto às multas aplicadas, como também aos 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.

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 tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Observo que o contribuinte afirma existir a necessidade de realização de perícia na lide, mas, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formula quesitos a serem respondidos.

Assinalo, ainda, que a realização da mencionada perícia é desnecessária em razão de que os documentos constante nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação exibida ao Fisco pelo sujeito passivo, conforme abordarei mais detalhadamente na análise de mérito. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99.

Igualmente indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

Assinalo que a determinação de realização e diligências e de perícias não é um direito do contribuinte, e sim é elemento constituinte do livre convencimento motivado do Julgador acerca do quanto conste nos autos, pelo que a não realização de perícia, ou de diligência, não implica cerceamento de direito de defesa.

Por tudo quanto exposto, arguições de nulidade rejeitadas.

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

No mérito, não merece reparo a decisão objeto do recurso.

Entendo que, não objetivamente impugnada, no mérito, a imputação 03, ocorreu reconhecimento tácito da mesma, pelo autuado.

O argumento do contribuinte, quanto às duas imputações que objetivamente contesta, sob números 1 e 2, é o de que ele, contribuinte, teria cometido um erro de escrituração, ao não registrar, nos seus livros fiscais, os débitos relativos às aquisições de materiais de uso/consumo, e às aquisições de ativo fixo, mas que, contraditoriamente, não teria deixado de recolher o imposto relativo a tais operações porque, segundo afirma, sem comprovar documentalmente, teria saldo credor acumulado.

O sujeito passivo também tenta imputar ao Fisco a responsabilidade pela retificação da escrita fiscal dele, contribuinte do imposto, após iniciada a ação fiscal. Chega a arguir que o fato de o Fisco estadual não o ter intimado para corrigir seus registros fiscais seria causa de nulidade da ação fiscal.

A lógica expressada pelo autuado não encontra guarida em qualquer tópico normativo. A responsabilidade pela escrituração fiscal regular é de cada contribuinte a tanto obrigado, e não do Fisco. Por outro lado, se porventura comprovados os créditos fiscais escriturados pelo sujeito passivo, tal como já exaustivamente dito tanto na informação fiscal pelo autuante, quanto no Acórdão de base, e nos Pareceres finais da PGE/Profis, tais montantes poderão ser utilizados no pagamento do crédito tributário objeto do lançamento ora em julgamento.

Observe, por oportuno, que a auditoria realizada na ação fiscal objeto desta lide não é a do roteiro denominado “conta-corrente fiscal”, quando se refaz a escrituração fiscal do sujeito passivo, e sim é auditoria de verificação de recolhimento do imposto devido a título de diferença de alíquota. Uma vez que o contribuinte sequer escriturou tais débitos tributários, evidentemente não os quitou, e esta dívida com o erário, por estas operações específicas, ocasionou a devida cobrança por meio de lançamento de ofício.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência)

Dirirjo do entendimento firmado pela i. Relatora com relação à decadência arguida no Recurso Voluntário.

Inicialmente é imperioso destacar que a divergência quanto a decadência, nesse caso, não é a decorrente do conflito existente entre o parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, que ocorre em larga escala no âmbito do CONSEF.

No auto de infração, houve uma tentativa de intimação em 07/02/2007, que restou infrutífera e em 24/04/2007 foi realizada uma intimação por edital, afrontando o inciso III do art. 108 do RPAF, vigente à época, *in verbis*:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita:

I - pessoalmente, mediante aposição de data e assinatura do sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, no próprio instrumento que se deseja comunicar ou em expediente, com entrega, quando for o caso, de cópia do documento, ou através da lavratura de termo no livro próprio, se houver;

II - mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou com prova de entrega, ao sujeito passivo ou interessado, de cópia do instrumento ou de comunicação de decisão ou circunstância constante de expediente;

III - por edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível a forma prevista no inciso anterior.

Tendo a intimação por edital como válida, foi lavrado o termo de revelia, sendo o processo encaminhado para inscrição na dívida ativa.

Em 09/11/2007 o Contribuinte representou junto a PGE alegando cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que não houve intimação válida para que fosse lavrado o termo de revelia.

A PGE então, recebe a representação, determinando o cancelamento de todos os atos praticados no bojo do processo, para que seja reaberto o prazo de defesa, possibilitando o exercício do direito da ampla defesa e contraditório.

Todo esse introdutório, foi para esclarecer que o auto foi lavrado em 20/12/2006, para reclamar créditos tributários de 2001 a 2005, todavia o contribuinte só foi regularmente intimado em 16/07/2010.

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 acidental (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."

Não há dúvidas que a fluência do prazo decadencial se interrompe somente após a regular intimação do sujeito passivo, razão pela qual os créditos lançados até 30/06/2005, foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Por essa razão, do montante de ICMS exigido de R\$35.230,99, deve-se excluir os valores tragados pela decadência, subsistindo a infração no valor de R\$9.154,96.

Em assim sendo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar, em parte, a decisão recorrida nos termos acima exarados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278936.0206/06-6**, lavrado contra **CAFEIRA SELO VERDE LTDA. (SELO VERDE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.805,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Oswaldo Ignácio Amador e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de decadência)

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