

**PROCESSO** - A. I. N° 298578.0040/09-8  
**RECORRENTE** - SPYA EXPRESS LOJA DE SEGURANÇA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2<sup>a</sup> JJF n° 0047-02/11  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**INTERNET** - 02/10/2013

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0269-11/13

**EMENTA.** ICMS. 1. REMESSA DE BENS PARA CONSERTO SEM O DEVIDO RETORNO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não comprovado o retorno da mercadoria remetida para conserto. Infração caracterizada. 2. REMESSA DE BENS PARA EXPOSIÇÃO SEM O DEVIDO RETORNO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Rejeitada a prejudicial de decadência. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. O Recorrente não apresenta elementos para elidir a infração. 4. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar saldo credor de Caixa. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitada a prejudicial de decadência. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 2<sup>a</sup> JJF, constante no Acórdão n° 0047-02/11, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em razão de seis infrações, das quais não há lide quanto às infrações 3 e 4:

*INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS, em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno. Período: fevereiro a abril, junho a dezembro de 2004; janeiro, março a maio, julho a setembro e dezembro de 2005; janeiro, março, abril, setembro a novembro de 2006; janeiro, abril a julho, setembro e dezembro de 2007; janeiro a julho e setembro de 2008. Valor: R\$8.408,64. Multa: 60%;*

*INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do ICMS, em razão da remessa de bens para exposição, sem o devido retorno. Período: setembro de 2009. Valor: R\$2.298,25. Multa: 60%;*

*INFRAÇÃO 5. Multa no valor total de R\$10.881,96, correspondente ao percentual de 60% sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Período: março, julho a dezembro 2006; janeiro e fevereiro, abril, junho a agosto e novembro de 2008;*

*INFRAÇÃO 6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa. Período: junho, agosto e outubro a dezembro 2004. Valor: R\$ 21.935,11. Multa de 70%.*

A 2<sup>a</sup> JJF julgou o processo em 10/03/2011 (fls. 984/992), tendo o relator prolatado o seguinte voto, sendo unanimemente acompanhado pelos demais membros.

*A princípio, cabe-me apreciar a preliminar de decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2004, arguida pelo Impugnante.*

*Meu entendimento (sic) é de que, no caso em exame, a arguição defensiva é inapropriada porque esta não ocorreu, senão vejamos: a) aplica-se ao caso, a normativa estabelecida no artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97. Ela prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*No caso em exame, o prazo para contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009, para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2004. Como a ação fiscal se iniciou através do Termo de Início de Fiscalização em 15/10/2009, e o lançamento ocorreu em 30/12/2009, não há falar em decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário.*

*Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05 e 0192-11-05 e, mais recentemente, o Acórdão CJF 0144-11/09, cujo trecho do voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade reproduzo abaixo, a título ilustrativo:*

*“Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, 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 transcrita, in verbis:*

**“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.”** Grifos nossos

*Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – 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.”*

*Entendemos data venia, que 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 último 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.”*

*Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.*

*Ultrapassada a preliminar arguida, passo a examinar o mérito do lançamento tributário de ofício.*

*De logo, ressalvo que em face do expresso reconhecimento das infrações 03 e 04 por parte do Impugnante, sobre elas não há lide neste PAF. Portanto, são procedentes.*

**Infração 01**

*Os fatos imponíveis aos quais se referem a infração 01, que exige o pagamento do imposto em decorrência da falta de comprovação do retorno de mercadorias enviados para conserto, é regulado no RICMS-BA conforme abaixo:*

*Art. 627. É suspensa a incidência do ICMS nas remessas internas e interestaduais para conserto, restauração, recondicionamento, manutenção, revisão, lubrificação ou limpeza, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem (Conv. AE 15/74; Convs. ICM 1/75 e 35/82; Convs. ICMS 34/90 e 80/91):*

...

§ 3º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

...  
§ 5º Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, com a verificação de qualquer das seguintes situações:

...  
III - o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar.

O Impugnante não nega a remessa das mercadorias para conserto, procedimento que efetuou em razão da sua confessada responsabilidade na garantia dos itens que comercializa. Entretanto, alega obedecer aos procedimentos prescritos no art. 516 e seguintes do RICMS-BA, que se referem a uma outra situação, qual seja, a entrada de peça defeituosa (sic) a ser substituída por concessionário, revendedor, agência ou oficina autorizada, dizendo anexar, demonstrativo em conta gráfica das operações realizadas.

Por sua vez, a autuante informa que na escrita fiscal não há registro que confirme o argumento defensivo e que as operações de saída para conserto não possuem contrapartida de retorno, nem mesmo de entrada de mercadorias com defeito. Aparece como operação isolada, razão pela qual se caracteriza em circulação de mercadoria com débito de ICMS.

Analisando os autos e considerando as regras dos arts. 123 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, que abaixo transcrevo (sic), vejo assistir razão à autuante em relação a esta infração, pois o Impugnante não carreou aos autos qualquer elemento de prova capaz de elidí-la, nem mesmo o demonstrativo em conta gráfica que cita na Defesa, que, mesmo se estivesse nos autos, haveria de estar acompanhado dos documentos de prova de retorno das mercadorias saídas para conserto, de modo a não ser passível de incidência tributária em face da suspensão prevista na norma acima transcrita, pelo que constato a subsistência da infração 01.

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

#### Infração 02

Tendo em vista que em relação a essa infração o Impugnante apenas consignou que não a reconhece em vista de entender extinto o prazo decadencial do direito de a Fazenda Pública constituir o seu crédito, e considerando que esta sua pretensão preliminar foi de logo afastada neste voto, em face dos elementos de prova constante dos autos, quais sejam, o demonstrativo de fl. 35 e as notas fiscais 1108 a 110, a vejo caracterizada e deve ser mantida.

#### Infração 05

No tocante à infração 05, a qual exige a multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, cuja penalidade foi aplicada relativamente a fatos geradores ocorridos no período março, julho a dezembro de 2006, janeiro, fevereiro, abril, junho a agosto e novembro de 2008, tenho que em primeirto (sic) lugar há que observar sua legalidade em relação às ocorrências relativas ao exercício de 2006, uma vez que tal sanção só passou a ter previsão na legislação a partir da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, cuja norma alterou o § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, incluindo a expressão “inclusive por antecipação parcial”, conforme abaixo reproduzido:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;

Assim, considerando que a norma que suporta a exigência fiscal nessa infração alcança apenas fatos com ocorrência posterior à sua vigência em face de impedimento imposto pelos princípios constitucionais (sic) da estrita legalidade e irretroatividade que o aplicador dela há que respeitar, não podendo, portanto, alcançar fatos anteriores à sua vigência, nos termos do art. 20 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de ofício,

declaro a nulidade das ocorrências que aqui são exigidas antes de 28/11/2007, por falta de previsão legal à época das ocorrências.

Por outro lado, por força do assimétrico entendimento acima exposto que fundamenta a nulidade pronunciada, da infração 05, são subsistentes os valores exigidos em relação às ocorrências posteriores a 28/11/2007, que somam o valor de R\$ 3.378,80, em razão da existência (sic) de norma específica (sic) prévia.

*Infração 06*

Em relação à esta infração, além da arguição de decadência, o Impugnante faz referência a existência de empréstimos de mútuos não considerados pelo autuante no levantamento fiscal.

Ora, a infração trata de ocorrências no exercício de 2004, para as quais não ha falar em decadência conforme o entendimento que expus prelininarmente (sic) neste voto.

No que se refere à matéria de fato, vejo que a infração refere-se a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta caixa, conforme demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 189 a 220 dos autos.

Para esse caso a legislação autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, consoante o previsto no art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, considerando que foi constatado saldo credor de caixa, no período fiscalizado.

Observo que apesar de o autuado ter impugnado o presente lançamento, não apresentou nas razões defensivas qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal e, além de não ter juntado aos autos documentos para elidir a exigência fiscal, não comprovou a origem dos Recursos relativos aos saldos credores de caixa apurados nos demonstrativos elaborados pela autuante.

Portanto, analisando os autos e considerando as regras dos arts. 123 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, também vejo assistir razão à autuante em relação a esta infração, pois o Impugnante não carreou aos autos qualquer elemento de prova capaz de elidi-la, nem mesmo os contratos de mutuos (sic) que disse existirem, pelo que constato a subsistência da infração 06, que também deve ser mantida integralmente.

Assim, diante de todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
<b>Infração 01</b>					
29/02/2004	09/03/2004	2.231,76	17	60	379,40
31/03/2004	09/04/2004	476,47	17	60	81,00
30/04/2004	09/05/2004	488,06	17	60	82,97
30/06/2004	09/07/2004	1.150,00	17	60	195,50
31/07/2004	09/08/2004	3.144,94	17	60	534,64
31/08/2004	09/09/2004	1.122,94	17	60	190,90
30/09/2004	09/10/2004	748,29	17	60	127,21
31/10/2004	09/11/2004	2.816,76	17	60	478,85
30/11/2004	09/12/2004	566,53	17	60	96,31
31/12/2004	09/01/2005	783,35	17	60	133,17
28/01/2005	09/02/2005	406,76	17	60	69,15
31/03/2005	09/04/2005	1.917,41	17	60	325,96
30/04/2005	09/05/2005	1.251,41	17	60	212,74
31/05/2005	09/06/2005	976,88	17	60	166,07
31/07/2005	09/08/2005	85,18	17	60	14,48
31/08/2005	09/09/2005	109,06	17	60	18,54
30/09/2005	09/10/2005	465,88	17	60	79,20
31/12/2005	09/01/2006	1.931,47	17	60	328,35
31/01/2006	09/02/2006	509,35	17	60	86,59
31/03/2006	09/04/2006	352,94	17	60	60,00
30/04/2006	09/05/2006	1.484,47	17	60	252,36
30/09/2006	09/10/2006	567,53	17	60	96,48
31/10/2006	09/11/2006	105,88	17	60	18,00
30/11/2006	09/12/2006	1.957,12	17	60	332,71
31/01/2007	09/02/2007	1.413,59	17	60	240,31
30/04/2007	09/05/2007	829,53	17	60	141,02
31/05/2007	09/06/2007	1.615,24	17	60	274,59
30/06/2007	09/07/2007	1.804,82	17	60	306,82
31/07/2007	09/08/2007	600,41	17	60	102,07
30/09/2007	09/10/2007	1.457,06	17	60	247,70
31/12/2007	09/01/2008	349,18	17	60	59,36

<i>31/01/2008</i>	<i>09/02/2008</i>	<i>1.118,94</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>190,22</i>
<i>29/02/2008</i>	<i>09/03/2008</i>	<i>3.891,06</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>661,48</i>
<i>31/03/2008</i>	<i>09/04/2008</i>	<i>2.787,47</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>473,87</i>
<i>30/04/2008</i>	<i>09/05/2008</i>	<i>1.506,65</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>256,13</i>
<i>31/05/2008</i>	<i>09/06/2008</i>	<i>4.330,76</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>736,23</i>
<i>31/07/2008</i>	<i>09/08/2008</i>	<i>2.032,94</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>345,60</i>
<i>30/09/2008</i>	<i>09/10/2008</i>	<i>74,47</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>12,66</i>
<b>Total da Infração</b>					<b>8.408,64</b>
<b>Infração 02</b>					
<i>30/09/2004</i>	<i>09/10/2004</i>	<i>13.519,12</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>2.298,25</i>
<b>Total da Infração</b>					<b>2.298,25</b>
<b>Infração 03</b>					
<i>31/10/2005</i>		<i>12.253,24</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>2.083,05</i>
<i>30/06/2007</i>		<i>199,00</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>33,83</i>
<i>31/12/2007</i>		<i>2.104,76</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>357,81</i>
<b>Total da Infração</b>					<b>2.474,69</b>
<b>Infração 04</b>					
<i>31/12/2005</i>	<i>09/01/2006</i>				<i>1.161,78</i>
<b>Total da Infração</b>					<b>1.161,78</b>
<b>Infração 05</b>					
<i>31/01/2008</i>	<i>09/02/2008</i>	<i>542,72</i>	<i>0</i>	<i>60</i>	<i>325,63</i>
<i>29/02/2008</i>	<i>09/03/2008</i>	<i>187,38</i>	<i>0</i>	<i>60</i>	<i>112,42</i>
<i>30/04/2008</i>	<i>09/05/2008</i>	<i>4.191,62</i>	<i>0</i>	<i>60</i>	<i>2.514,97</i>
<i>30/06/2008</i>	<i>09/07/2008</i>	<i>151,12</i>	<i>0</i>	<i>60</i>	<i>90,67</i>
<i>31/07/2008</i>	<i>09/08/2008</i>	<i>252,40</i>	<i>0</i>	<i>60</i>	<i>151,44</i>
<i>31/08/2008</i>	<i>09/08/2008</i>	<i>63,82</i>	<i>0</i>	<i>60</i>	<i>38,29</i>
<i>30/11/2008</i>	<i>09/12/2008</i>	<i>242,30</i>	<i>0</i>	<i>60</i>	<i>145,38</i>
<b>Total da Infração</b>					<b>3.378,80</b>
<b>Infração 06</b>					
<i>30/06/2004</i>	<i>09/07/2004</i>	<i>6.503,71</i>	<i>17</i>	<i>70</i>	<i>1.105,63</i>
<i>31/08/2004</i>	<i>09/09/2004</i>	<i>12.734,12</i>	<i>17</i>	<i>70</i>	<i>2.164,80</i>
<i>31/10/2004</i>	<i>09/11/2004</i>	<i>746,59</i>	<i>17</i>	<i>70</i>	<i>126,92</i>
<i>30/11/2004</i>	<i>09/12/2004</i>	<i>36.690,59</i>	<i>17</i>	<i>70</i>	<i>6.237,40</i>
<i>31/12/2004</i>	<i>09/01/2004</i>	<i>72.355,06</i>	<i>17</i>	<i>70</i>	<i>12.300,36</i>
<b>Total da Infração</b>					<b>21.935,11</b>
<b>Total Geral</b>					<b>39.657,27</b>

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, (fls. 1.004/1.011), repetindo suas alegações defensivas, para requer que o auto seja julgado improcedente.

Inicialmente, argui decadência do período de janeiro a dezembro de 2004, tendo em vista que a constituição do crédito tributário ocorreu em 05/01/2010. Transcreve dispositivos legais.

Entende que o prazo final da decadência não é a data da lavratura do Auto de Infração, mas sim o saneamento e o consequente registro nos arquivos da Repartição Fazendária.

No mérito, quanto à infração 1, cita que atua no ramo do comércio atacadista de produtos eletrônicos, principalmente equipamentos de segurança eletrônica, tendo como clientes pessoas jurídicas não contribuintes do ICMS e que os equipamentos são adquiridos em Outras Unidades da Federação.

Diz que é responsável, por solidariedade, nos casos de defeitos apresentados nos equipamentos, decorrentes de fabricação e da instalação, remetendo os equipamentos para os fabricantes, ou oficinas credenciadas, obedecendo os procedimentos do art. 516 e seguintes do RICMS/BA.

Assevera que anexou demonstrativo em conta gráfica das operações realizadas, que restaria comprovado a regularidade das operações realizadas.

Esclarece, ainda que as operações não existem registros de créditos nas entradas das mercadorias com defeito, que já havia sido vendida e por isso, o imposto foi destacados em documentos fiscais, registrados nos livros e recolhidos. Assim, alega que não houve falta de pagamento de ICMS.

Não reconhece a infração 2, devido à extinção do prazo decadencial para o seu lançamento, pelo que cita o art. 173 do CTN.

Quanto à infração 5, destaca que o recolhimento do imposto somente é devido após o ingresso das mercadorias no estoque, ou seja, quando estiverem em condições de comercialização, razão pela qual, entende que a Autuante incorreu em erro ao exigir o pagamento de multas pelo recolhimento antecipado do ICMS, já realizado antes do início da ação fiscal. Entende que essa exigência viola o art. 138 do CTN, que copia.

Alega que a “pseuda” ausência de recolhimento da antecipação do ICMS, se deve à divergência entre a data da emissão da nota fiscal que acobertou o trânsito das mercadorias e sua entrada no estabelecimento autuado, conforme o exemplo da Nota Fiscal nº 980 emitida em 10/04, mas com entrada registrada em 04/05/08.

Alega, ainda, que também erra a Autuante ao não considerar o pagamento do imposto relativo aos fatos geradores do período outubro 2008, recolhido por parcelamento objeto do Processo nº 200393/2006-9.

Por fim, para a infração 6, novamente diz que o lançamento não considerou o prazo decadencial para sua apuração. Bem como, entende que a exigência afronta o próprio RICMS/BA, ao realizar a ocorrência do fato gerador em período inferior ao estabelecido na legislação, ou seja, mensal, como antecipação no final do exercício, conforme preconiza a Lei nº 7.014/96, nos artigos 24 e 25, que transcreve.

Sustenta que a fiscalização, com base em livros e documentos constatou que em determinadas datas, no exercício de 2004, a contabilidade apresentou saldos credores na conta Caixa, segundo a teoria personalística da ciência contábil. Explica que a técnica contábil prescreve que determinadas operações podem ser lançadas de maneira resumida e de forma mensal, e que escritura com lançamentos mensais seus recebimentos em forma de empréstimos mútuos de empresas interligadas, pessoas jurídicas em que os sócios e as pessoas físicas são os mesmos.

Afirma que em nenhum dos períodos apontados no Auto de Infração a fiscalização constatou a ocorrência de saldos credores na conta Caixa, conforme depreende do demonstrativo/papel de trabalho da Autuante.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria José Ramos Coelho, em Parecer de fls. 1.020/1.023, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interpuesto, por considerar ausentes os argumentos jurídicos capazes de modificar a Decisão recorrida.

Menciona que o art. 107 do COTEB, em conformidade com o §4º do art. 150 do CTN, prevê o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Assim, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2004 teve início em primeiro de janeiro de 2005.

Para o caso em tela, esclarece que a autuação iniciou-se em 15/10/2009, tendo sido lavrado o Auto de Infração em 30/12/2009, dentro do prazo legal, devendo ser afastada a alegação de ocorrência de decadência.

No mérito, diz que as imputações estão claras, tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual e nos demonstrativos fiscais constantes nos autos, atendendo todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99.

Registra que o recorrente não logra êxito em colacionar aos autos provas documentais capazes de comprovar o retorno real ou simbólico das mercadorias enviadas para conserto, devendo ser mantida a exigência fiscal em consonância com o §3º e 5º do art. 627 do RICMS/BA, cuja suspensão da incidência do ICMS está atrelada ao retorno das mercadorias no prazo de 180 dias.

Observa que o único argumento relativo à infração 5 pugnando pela aplicação do art. 138 do CTN não encontra respaldo jurídico, porquanto a exclusão da responsabilidade pela Denúncia Espontânea não se materializou na hipótese do lançamento tributário sob apreço. Assevera que

restou comprovado a ausência do pagamento do imposto por antecipação e o recolhimento do tributo nas operações de saída posteriores, razão pela qual fora aplicada a penalidade de 60% prevista na Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28.11.2007.

Com relação à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, chama atenção que o §4º da Lei nº 7.014/96 determina que o fato da escrituração indicar saldo credor de Caixa autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Verifica que o trabalho realizado pela autuante consistiu em auditoria de caixa, na qual foi elaborado levantamento fiscal, considerando as vendas realizadas em confronto com as compras e pagamentos efetivados pelo estabelecimento. Acrescenta que não há dúvida quanto à existência de fato imponível, haja vista o levantamento fiscal constante nos autos e a falta de prova capaz de elidir a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Conclui que o Recorrente suscitou a existência de contratos de empréstimos sem acostar documentos capazes de comprovar ou justificar as diferenças apontadas pela Autuante, pelo que, a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias tributáveis não foi efetivamente descaracterizada, porquanto o sujeito passivo não logrou comprovar a materialização de qualquer operação financeira.

Os autos foram convertidos em diligência à PGE/PROFIS, às fls. 1.026/1.031, para que, na pessoa do seu Procurador Chefe, profira Parecer especificamente sobre o momento da constituição definitiva do crédito tributário objeto deste Auto de Infração, levando em consideração as datas de lavratura do Auto de Infração (30/12/2009), de saneamento por parte do Supervisor e do Inspetor (05/01/2010) e da notificação do sujeito passivo (06/01/2010).

Em resposta a diligência, a Procuradora Assistente, Dra. Adriana Lopes Vianna Dias de Andrade, às fls. 1.036/1.037, se pronunciou remetendo o processo para o CONSEF para julgamento, haja vista que a competência da PGE nos PAFs está prevista no art. 118 e 169 do Decreto nº 7.629/99, não havendo previsão para a emissão de Parecer do Procurador Chefe da Procuradoria Fiscal na presente fase procedural deste processo.

Excepcionalmente, o Procurador Chefe da PGE/PROFIS, Dr. Elder do Santos Verçosa, às fls. 1.038/1.044, emitiu Parecer sobre o tema, tecendo as seguintes observações:

Diz que o lançamento existe e tem validade, mas somente é oponível, isto é, terá eficácia, quando o contribuinte tiver ciência. Assim, para fins de cessação do prazo decadencial, basta que o lançamento seja formalizado. Para ele, a comunicação ao contribuinte é requisito para que dele seja cobrado o valor considerado devido pela administração, momento a partir do qual também começa a fluir o prazo de defesa administrativa.

Assevera que o lançamento tempestivamente feito, não pode ser considerado inexistente, porquanto contrariaria a realidade, ao contrário, ele existe e é válido, salvo se houver alguma nulidade que venha a ser proclamada. Diz que o lançamento basta para cessar a decadência, sua exigibilidade é que depende da comunicação do Autuado.

Cita as palavras dos doutrinadores Souto Maior Borges e Manoel Omena Farias Júnior.

Conclui que tendo o lançamento sido realizado no prazo quinquenal, determinado no art. 173 do CTN, não há que se falar em decadência do lançamento tributário.

Ao final, sugere que, para evitar controvérsias, ainda que seja a convicção quanto ao entendimento exposto, quando possível que a intimação da autuação seja feita antes de findo o prazo previsto no dispositivo citado.

#### **VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0047-02/11, prolatado pela 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, em razão de seis irregularidades, das quais o Recorrente se insurge contra as infrações 1, 2, 5 e 6.

Compulsando os autos vejo que o recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, como muito bem destacou a PGE/PROFIS, repete os mesmos argumentos trazidos na impugnação inicial, os quais foram corretamente enfrentados e afastados pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

O Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2009, para reclamar créditos tributários de 2004 a 2009, todavia o contribuinte só foi regularmente intimado em 06/01/2010.

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 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. *Conseqüentemente, 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)

#### **AGRADO 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. Consecutariamente, 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 nº 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 receptório, 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 ineeficácia 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."*

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 do exercício de 2004, foram fulminados pela decadência, restando extinto, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

Vencida quanto a prejudicial de decadência, ainda em sede de preliminar, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram observados. Compulsando os autos, verifico que as imputações foram claras, a base de cálculo das mesmas foram demonstradas através de demonstrativos que compõe as infrações e foram respeitados os princípios do contraditório, ampla defesa, e o devido processo legal administrativo.

Assim, não há que se falar em qualquer vício que inquine de nulidade o presente lançamento tributário.

Passo a análise do mérito.

Quanto à infração 1, o Recorrente está sendo acusado de falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa para conserto, sem o devido retorno, em violação ao §3º e 5º do art. 627 do RICMS/BA, cuja suspensão da incidência do ICMS está atrelada ao retorno das mercadorias no prazo de 180 dias.

A forma para o Recorrente elidir a infração, seria colacionando aos autos as provas documentais capazes de comprovar o retorno real ou simbólico das mercadorias enviadas para conserto, o que não ocorreu.

Ademais, a alegação de que anexou demonstrativo em conta gráfica das operações realizadas, que restaria comprovado a regularidade das operações, não pode ser acolhida, haja vista que nada foi anexado, nem em sede de defesa, nem de Recurso Voluntário.

Quanto à infração 2, o Recorrente apenas alega a decadência, que conforme exposto acima, foi afastada, por Decisão de maioria.

Concernente a infração 5, o Recorrente se defende como se estivesse sendo cobrado pela falta de recolhimento do imposto que diz ter realizado denúncia espontânea, descaracterizando a infração.

Na verdade, em nenhum momento foi ventilada a cobrança pelo imposto e sim da multa porque restou comprovado a ausência do pagamento do imposto por antecipação e o recolhimento do tributo nas operações de saída posteriores, razão pela qual fora aplicada somente a penalidade de 60% prevista na Lei nº 10.847/07.

Todavia, a previsão da multa pela falta de pagamento do imposto por antecipação só teve efeitos a partir de 28.11.2007. Nesse sentido, julgo correta a Decisão da JJF que afastou a multa sobre o débito dos períodos anteriores a 28.11.2007.

Deixo de acolher o argumento de que o período de outubro 2008, foi recolhido por parcelamento objeto do Processo nº 200393/2006-9, por não constar nos autos nenhuma prova de que o referido parcelamento tenha sido feito e recolhido.

Por fim, no que tange a infração 6, a autuação está pautada no §4º da Lei nº 7.014/96 determina que o fato da escrituração indicar saldo credor de Caixa autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Tal presunção persiste enquanto o contribuinte não elidi-la, mediante a produção de provas que lhe cabe, sendo que no caso dos autos, essas provas não foram trazidas pelo Recorrente.

Novamente, o Recorrente alega, mas não prova, na medida que menciona a existência recebimentos em forma de empréstimos mútuos, mas não junta cópia dos contratos.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, comprehendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99.

Ante o exposto, vencida quanto à decadência, voto, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

#### VOTO VENCEDOR (Quanto à Decadência).

Em que pese, a boa fundamentação contida no voto proferido pela i.Conselheira relatora no que alude à decadência, relativa aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, pertinente às infrações 1 e 6, divirjo do seu posicionamento. Observo que as decisões de Tribunais Superiores citadas no seu voto se referem (a) "A notificação ao sujeito passivo é condição para que o lançamento tenha eficácia"; (b) "... sem qualquer notificação de indeferimento da compensação"; (c) "lançamento nulo e a falta da notificação acarretam a inexistência formal do crédito tributário"; (d) "A notificação constitui-se ato administrativo de intercâmbio procedural que imprime eficácia.... Consecutariamente, a sua falta implica em ausência de pressuposto válido".

Portanto, tratam de situações em que não ocorreu a notificação do sujeito passivo e não se aplicam a situação presente em que o contribuinte foi legalmente notificado do lançamento.

Ressalto que o instituto da decadência tem como objetivo proporcionar segurança jurídica ao sujeito passivo, em virtude da inércia do sujeito ativo, por não exercer o seu direito subjetivo de reclamar o crédito tributário dentro do prazo legalmente previsto.

Na situação presente, quanto ao questionamento se a inércia do Estado de materializa com o momento do lançamento de ofício ou o da notificação ao sujeito passivo, convém ressaltar os fundamentos contidos no voto proferido pelo Conselheiro Angelo Pitombo Araujo no Acórdão CJF Nº 0024-13/12:

*O art. 173 do CTN fixa prazo para a Fazenda Pública exercer o seu direito subjetivo de reclamar o crédito tributário, o art. 142, do mesmo código, determina que o crédito tributário é constituído pelo lançamento e o art. 145, do mesmo dispositivo legal, alinha as situações em que o lançamento regularmente notificado pode ser alterado.*

Conforme apreciado, o art. 142 do CTN define que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento (verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o tributo devido, identificar o sujeito passivo e propor a aplicação da penalidade cabível).

Apreciou ainda que, é possível se extrair claramente, do mencionado art. 145, que existe lançamento de ofício antes da notificação do sujeito passivo, momento em que se pode, ainda, modificar tal lançamento sem atender as condições alinhadas no acenado artigo. Nessa mesma linha segue o art. 147, §1º do CTN, para evidenciar que notificação do lançamento não é a mesma coisa que lançamento.

E que esse entendimento foi externado pelo professor José Souto Maior Borges, discorrendo sobre Notificação do Lançamento (in “Lançamento Tributário”, Malheiros, 2ª. ed, pg. 186):

*A notificação ou aviso do lançamento não é lançamento. Ao contrário, pressupõe sua existência e validade prévias, tanto que por meio dela se dá ciência de algo já existente, preexiste à notificação mesma, o ato administrativo de lançamento, praticado pela autoridade administrativa. A notificação não é, pois, requisito de*

*existência do ato de lançamento ou validade da norma individual e concreta por ele posta, mas tão-só um requisito de eficácia do próprio ato de lançamento.*

Também, o professor Alberto Xavier (DO LANÇAMENTO TEORIA GERAL DO ATO DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO, 2<sup>a</sup> Ed. RJ, 1998, pg. 194/195), distingue que lançamento e ciência são procedimentos distintos: “*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*”.

Assim, notificação e lançamento são atos distintos e não deve se confundir que a data da ciência do Auto de Infração constitui o lançamento. Esse entendimento já foi manifestado em diversos Acórdãos do CONSEF, a exemplo do CJF 232-11/03; CJF 320-11/03; CJF 352-11/03.

Pelo exposto, com relação aos fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2004, relativos às infrações 1 e 6, o prazo de decadência é de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 107-A, I, do COTEB (Lei nº 3.956/81), que em sua essência transcreve o art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial só se completaria a partir de 01/01/10. Como o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/09, não há o que se falar na perda do direito da fazenda pública em reclamar o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no curso do exercício de 2004, cuja notificação se deu em 06/01/10.

Assim sendo, entendo que deve ser rejeitada a preliminar de mérito de decadência, e passar a apreciar as questões centrais que envolvem o mérito no que tange as infrações 1 e 6.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria quanto a 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **298578.0040/09-8**, lavrado contra **SPYA EXPRESS LOJA DE SEGURANÇA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.278,47**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.343,36 e 70% sobre R\$21.935,11, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pecuniária no valor de **R\$3.378,80**, prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Decadência) – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Maurício Souza Passos e Rubens Bezerra Soares

VOTO VENCIDO (Quanto à Decadência) – Conselheiros(as): Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA/VOTO VENCIDO  
(Quanto à Decadência)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR  
(Quanto à Decadência)

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