



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
2ª CÂMARA

RESOLUÇÃO Nº 124 /2011

44ª SESSÃO ORDINÁRIA

SESSÃO DE 11.03.2011

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3880/2007

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2007.06673-4

AUTUANTE: MA. DE FÁTIMA DAMASCENO LEITÃO

RECORRENTE: CEJUL

RECORRIDO: ORGANIZAÇÃO COMERCIAL MUNDO DAS LINHAS LTDA

RELATOR: CONSELHEIRO FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE RECEITAS. REPETIÇÃO DE FISCALIZAÇÃO. EXTINÇÃO. DECADÊNCIA. Inaplicabilidade da regra contida no art. 173, II do CTN, tendo em vista que a extinção do Auto de Infração nº 200206283 deveu-se à constatação da existência de vício material, em face da ausência de provas, e não formal, como prescreve a norma. Lançamento efetuado após operada a decadência, nos termos do art. 173, I do CTN. Recurso oficial conhecido e não provido. Confirmada por unanimidade de votos a decisão declaratória de extinção do lançamento em face da decadência.

RELATÓRIO

Notícia a exordial que o contribuinte omitiu receitas no montante de R\$ 337.888,78, em razão da existência de passivo fictício, no exercício de 2000, uma vez que não houve comprovação com documentos hábeis e idôneos dos saldos registrados na conta fornecedores.

Dispositivos infringidos: Art. 127, 169, 174, 177 e 827, § 9º do Decreto nº 24.569/97. Penalidade: Art. 123, II, "b", da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Nas informações complementares de fls. 03 a 10 dos autos, a agente fiscal detalhou os procedimentos utilizados na apuração do movimento real tributável.

Instruem os autos: Termo de Início de Fiscalização nº 2007.06093 (fls. 11); Anexo ao TIF (fls. 12);

Portaria nº 270/2007 (fls. 13); Termo de Início de Fiscalização nº 2006.30504 (fls. 14; Anexo ao TIF (fls. 15); Portaria nº 1425/2006 (fls. 16); Termo de Intimação nº 2006.32539 (fls. 17); Anexo ao TI (fls. 18); Termo de Intimação nº 2007.02144 (fls. 19); Anexo ao TI (fls. 20); Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2007.14658 (fls. 21).

Os documentos que embasaram o lançamento estão apensados às fls. 22 a 1309 dos autos.

O contribuinte apresentou, tempestivamente, impugnação ao lançamento, conforme fls. 1323 a 1330 dos autos.

O processo foi julgado extinto em 1ª Instância, conforme decisão de fls. 1332 a 1336 dos autos.

Por meio do Parecer nº. 287/2009, a Consultoria Tributária opinou no sentido de rejeitar a extinção do feito fiscal declarada em 1ª Instância, sob o entendimento o *dies a quo* deve ser contado de forma cumulativa, perfazendo 10 anos, a teor de decisão do Superior Tribunal de Justiça.

O Procurador do Estado modificou o entendimento, sob o argumento de que a contagem do prazo para a Fazenda Pública lançar o tributo é de cinco anos, na forma do art. 173 do CTN.

O Advogado regularmente constituído nos autos requereu que fosse intimado para proceder à sustentação oral de suas razões de defesa, conforme fls. 1344.

É o relatório.



VOTO DO RELATOR

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte, acima nominado, omitiu receitas no exercício de 2000, no montante de R\$ 337.888,78 (trezentos e trinta e sete mil,oitocentos e oitenta e oito reais e setenta e oito centavos).

O contribuinte, em sua impugnação e no recurso voluntário alegou que já havia operado a decadência do crédito tributário, razão pela qual o presente processo deve ser extinto, no termos do art. 54, I, c, da Lei nº 12.732/97, segundo o qual se extingue o processo, sem julgamento de mérito, pela decadência.

Inicialmente convém trazer à baila o conceito de decadência. De acordo com Maria Helena Diniz:

"O objeto da decadência é o direito que, por determinação legal ou por vontade humana unilateral ou bilateral, está subordinado à condição de exercício em certo espaço de tempo, sob pena de caducidade. Se o titular do direito deixar de exercê-lo dentro do lapso de tempo estabelecido, tem-se a decadência, e, por conseguinte, o perecimento do direito, de modo que não mais será lícito ao titular pô-lo em atividade"(Curso de direito civil brasileiro, teoria geral do direito civil, vol. I, 11ª. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1995, p.213).

Com relação ao lançamento, vejamos o disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

"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."

Ocorre que a autoridade administrativa tem prazo para constituir o crédito tributário. O lançamento deve ser efetuado após um determinado lapso temporal. Não se trata de um direito que se prolongue para a eternidade. Há limites temporais para o seu exercício.

De acordo com o Art. 173 do CTN, tem-se que:

"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." (original sem destaque).

Não se pode esquecer que nos lançamentos por homologação, a regra matriz está contida no art. 150 do CTN, *verbis*:

"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.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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." (Original sem destaque).

Preliminarmente, convém esclarecer que a tese dos cinco mais cinco (5+5) não mais é aplicada pelo STJ. A alteração do entendimento sedimentado naquele tribunal de que haveria a aplicação cumulativa do art 173, I, e do art 150, § 4º, ambos do CTN para tributos lançáveis de ofício, por homologação e por declaração, desde que não fosse realizado o pagamento, já não encontra amparo jurisprudencial, conforme se depreende do excerto abaixo reproduzido.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. Omissis
2. Omissis



3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, **revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal** (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). **(Resp. 973.733/SC. Ministro Luiz Fux).**

Na realidade, se trata de uma ação de repetição de fiscalização motivada pela declaração extinção do processo em face da ausência de provas, a teor da Resolução nº 662/04, da 1ª Câmara de Julgamento, de lavra do eminente relator Conselheiro Alexandre Mendes de Sousa, *in verbis*:

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE VENDAS – Manutenção no passivo de obrigações já pagas sem comprovação, caracterizando omissão de receitas – Processo julgado extinto por ausência de provas, conforme art. 54, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 25.468/99. Recurso voluntário conhecido e provido. Decisão por maioria de votos.

Considerando que a Procuradoria Geral do Estado interpôs Recurso Especial, a decisão recorrida somente transitou julgado administrativamente em 2006.

Dessa forma, o *dies a quo* há que ser definido mediante aplicação de prazo simples, ou seja, cinco anos.

a) Pela aplicação da regra contida no art. 173, I, do CTN, o *dies a quo* começaria a ser contado da seguinte forma:

FATO GERADOR	DECADÊNCIA
JANEIRO A DEZEMBRO DE 2000	1º/01/2006

b) Segundo a regra contida no Art. 150, § 4º do CTN, teríamos o seguinte resultado:

FATO GERADOR	DECADÊNCIA
JANEIRO A DEZEMBRO DE 2000	JANEIRO DE 2005 A JANEIRO DE 2006

O certo é que, qualquer que seja o critério adotado, na presente hipótese, o crédito tributário já estava extinto quando foi lançado, tendo em vista que o Auto de Infração nº 2007.06673-4 está datado de 01/06/2007, portanto, depois de expirado o lustro contido tanto no Art. 150, § 4º como no Art. 173, I, ambos do CTN.



Com relação a aplicabilidade da regra contida no art. 173, II do CTN, a contagem do prazo só se iniciaria após decisão definitiva que anulou o lançamento, pela existência de vício formal.

Dessa forma, como a extinção deveu-se ao fato de que estavam ausentes as provas que embasaram o lançamento, conclui-se que se trata de vício de natureza material, e não formal, como bem asseverou o ilustre julgador singular.

Portanto, não merece nenhuma censura a decisão singular que declarou a extinção do feito em razão de ter operado a decadência, uma vez que o lançamento só poderia ter sido efetuado até 1º de janeiro de 2006, pela regra do art. 173, I, do CTN. No entanto, o lançamento ocorreu em 1º de junho de 2007, com a lavratura do Auto de Infração.

Isto posto, **VOTO** pelo conhecimento do recurso oficial, negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão proferida em 1ª Instância, que declarou a extinção do lançamento em face da decadência, conforme o voto do Conselheiro Relator e de acordo com o representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

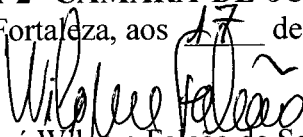


DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **ORGANIZAÇÃO COMERCIAL MUNDO DAS LINHAS LTDA**


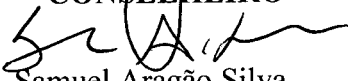
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de **extinção** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado em sessão, nos seguintes termos: *“Conforme mudança de entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não mais subsiste a tese dos cinco mais cinco que perdurou até recentemente naquela Corte. Assim, conforme posicionamento já reiterado por esta P.G.E., afastamos o entendimento firmado no parecer constante dos autos. Em face do acima exposto, faz-se imprescindível analisar se o vício que deu ensejo à nulidade do lançamento, refeito por intermédio de revisão fiscal, foi de ordem material ou formal. Isto porque o CTN em seu artigo 173, II, permite que a Fazenda Pública possa constituir o crédito tributário até cinco anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. No caso vertente, comungo com a decisão de 1ª Instância, da lavra do julgador José Rômulo da Silva, que em relação ao vício que deu ensejo ao trabalho de revisão fiscal e que resultou na lavratura do novo auto de infração ora analisado, assim se manifestou: ‘A nulidade proferida no auto de infração anterior tem claramente natureza material já que é no que diz respeito à impossibilidade da perfeita demonstração dos pressupostos de fato (ou dos aspectos materiais) do auto de infração’. Ou seja, a extinção do referido auto de infração teve como fulcro a não demonstração pelo fiscal autuante dos elementos de fato que fundamentaram o lançamento. Isto posto, somos pelo conhecimento do recurso oficial, negar-lhe provimento, para o fim de se reconhecer a decadência do lançamento realizado.”* Esteve presente para fazer sustentação oral das razões de defesa, o representante legal da recorrida, Dr. Carlos César Sousa Cintra.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 17 de março de 2011.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Francisco José de Oliveira Silva
RELATOR


João Carlos Medeiros Moreira
CONSELHEIRO

Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO





Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA

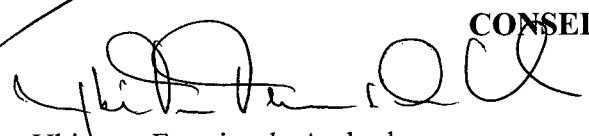


Manoel Marcelo Augusto Marquês Neto
CONSELHEIRO

Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO



Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO



Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO