



SECRETARIA ÚNICA DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
APELAÇÃO CÍVEL N. 0052254-07.2010.8.14.0301 (II VOLUMES)
COMARCA DE ORIGEM: BELÉM
APELANTE: BUNGE ALIMENTOS
ADVOGADO: ARNO SCHMIDT JUNIOR OAB 6878
APELADO: ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR: ELISIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS OAB 6803
RELATORA: DESA. ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA. ANÚNCIO DE JULGAMENTO ANTECIPADO PELO JUÍZO DE ORIGEM SEM INSURGÊNCIA DO APELANTE NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. PRELIMINAR REJEITADA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E ERRO MATERIAL NO AUTO DE INFRAÇÃO. AUTUAÇÃO QUE CONTÉM A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E OS MOTIVOS QUE LEVARAM À APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE MULTA POR AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. PRELIMINAR REJEITADA. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA. TRIBUTO NÃO RECOLHIDO. TERMO INICIAL DEVE SER O PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O TRIBUTO PODERIA TER SIDO LANÇADO, EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 173, I DO CTN E SÚMULA 555 DO STJ. PRAZO DE 05 ANOS NÃO TRANSCORRIDO. PREJUDICIAL REJEITADA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE A DIFERENÇA ENCONTRADA PELA FISCALIZAÇÃO DIZ RESPEITO A COMPLEMENTO DE VALOR DECORRENTE DA VARIAÇÃO DO PREÇO COTADO EM BOLSA DE VALORES. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE DIANTE DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUE GOZA O ATO ADMINISTRATIVO. CIRCUNSTÂNCIA NÃO COMPROVADA. MULTA NO PERCENTUAL DE 80% DO TRIBUTO NÃO RECOLHIDO QUE NÃO POSSUI CARÁTER CONFISCATÓRIO. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS LEGAIS. POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR. CARÁTER INSTRUMENTAL E ACESSÓRIO DA AÇÃO PRINCIPAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO À UNANIMIDADE.

1. Preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa. O Apelante afirma que houve cerceamento de defesa, uma vez que o feito foi julgado antecipadamente sem que tenha sido oportunizada a produção de prova pericial para comprovar as suas alegações. Contudo, o Juízo a quo saneou o processo anunciando expressamente o julgamento da lide sem que o Recorrente tenha apresentado qualquer insurgência em relação a esta decisão. Preliminar rejeitada.

2. Preliminar de nulidade por ausência de motivação e erro



material no auto de infração. O auto de infração (fls. 57/60) contém a fundamentação e os motivos que o embasaram, ao descrever que a autuação decorre do fato de a Apelante ter deixado de recolher ICMS no período de 01/2004 a 12/2004, bem como, consta os dispositivos legais em que se fundamenta a aplicação da penalidade (art. 63, I, 65 e 78, I, G da Lei 5.530/89 c/c art. 108, V, A e 168, I do RICMS aprovado pelo Decreto 4.676/01. Preliminar rejeitada.

3. Prejudicial de decadência. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, se apesar da existência da obrigação de recolher o imposto, o contribuinte deixa de realizá-lo, o prazo decadencial de cinco anos terá início apenas no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado, em conformidade com o artigo 173, I do CTN. Incidência da Súmula 555 do STJ. No caso em análise, não houve o decurso do prazo decadencial entre o termo inicial do prazo em 01.01.2006 e a constituição do crédito tributário em julho de 2009. Prejudicial rejeitada.

4. Mérito. É ônus do Apelante demonstrar que as diferenças apuradas pela fiscalização não dizem respeito ao fato gerador do tributo, sobretudo diante da presunção de veracidade de que goza o ato administrativo. O Recorrente não produziu provas suficientes para comprovar que os valores apurados dizem respeito a alegada diferença de valores contratuais decorrente da variação da bolsa de valores.

5. A multa no percentual de 80% (oitenta por cento) do tributo aplicada pela comercialização de produtos sem nota fiscal e o devido recolhimento de ICMS, não possui caráter confiscatório, pois não ultrapassa 100% do valor do tributo. A penalidade aplicada seguiu estritamente o que dispõe o art. 78, I, G da Lei Estadual 5.530/89, devendo ser mantida.

6. Sendo extinta a ação principal com a improcedência dos pedidos formulados, não há que se falar em prosseguimento da ação cautelar, tendo em vista que esta possui caráter instrumental e acessório da ação em que se discute a medida satisfativa. Ademais, referida circunstância é reforçada com o julgamento do presente recurso mantendo a improcedência da ação.

7. Recurso conhecido e não provido à unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os



Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO à Apelação Cível, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

Julgamento ocorrido na 2ª Sessão Ordinária do Plenário Virtual da 1ª Turma de Direito Público, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, no período de 03 (três) à 10 (dez) de fevereiro de 2020.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível (processo nº 0052254-07.2010.8.14.0301 LIBRA) interposta por BUNGE ALIMENTOS contra ESTADO DO PARÁ em razão de sentença proferida pelo M.M. Juízo de Direito da 6ª Vara de Fazenda da Comarca de Belém, nos autos da Ação Anulatória de Ato Declaratório de Dívida, ajuizada pelo apelado.

Na origem, às fls. 02/47 o Apelante propôs a ação aduzindo que foi autuado em 03.07.2009 por suposta irregularidade na venda de mercadorias, sem a devida emissão das notas fiscais correspondentes, conforme consta no Auto de Infração nº 08200951.0000175-5.

Aduziu que ajuizou ação cautelar ofertando garantia através da Carta de Fiança, tendo obtido liminar para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Argumentou que houve a decadência e irregularidades no procedimento de autuação e que a multa que lhe foi aplicada possui natureza de confisco.

Após apresentação de contestação, o Juízo de origem proferiu sentença julgando conjuntamente a ação anulatória e o procedimento cautelar com a seguinte parte dispositiva:

(...) Diante de todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de anulação de ato declaratório de dívida, consubstanciado no AI de nº 08200951.000175-5.

Condeno a requerente, a pagar custas processuais e os honorários em 10% do valor atribuído à causa, à Associação dos Procuradores Estaduais. (...)

Assim, sendo a ação principal improcedente, não merece subsistir a ação cautelar preparatória.

Desse modo, de acordo com as razões ao norte esposadas, julgo extinta a AÇÃO



CAUTELAR, sem resolução do mérito, na forma do art. 267, inciso IV, c/c art. 808, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, revogando a liminar deferida nos autos de nº 0052070-51.2010.814.0301.

Condeno a requerente, a pagar as custas processuais e os honorários em 10% do valor atribuído à causa, à Associação dos Procuradores Estaduais (...)

Em razões recursais (fls. 277/235), o Apelante aduz preliminarmente, nulidade processual por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o feito não comportaria julgamento antecipado da lide, pois entende que seria necessária a realização de perícia para comprovar as suas alegações.

Assevera que houve a decadência para lançamento do crédito tributário, uma vez que a administração não observou o prazo de 05 (cinco) anos previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Defende a nulidade do crédito tributário por ausência de motivação em seu lançamento. Argumenta que não há informações sobre como a fiscalização apurou a quantidade do peso de soja não constante nas notas fiscais e que deu ensejo à autuação.

Argumenta que há nulidade por erro material no lançamento do crédito pelo fato de os dados constantes no auto de infração divergir daqueles existentes nas notas fiscais.

No mérito, afirma que jamais recebeu de volta os documentos utilizados pela fiscalização para embasar o auto de infração. Afirma que a suposta diferença de estoque apurada pela fiscalização foi erroneamente calculada com base no complemento de valores decorrente da variação do preço cotado em bolsa de valores, que em decorrência da variação de índices, é comum que as partes complementem o valor dos negócios realizados, prática que afirma ser permitida de acordo com o art. 172, II do Decreto nº 4.676/2001.

Aponta divergências existentes na planilha de fiscalização referente à entrada e saída de produtos.

Argumenta que a multa no percentual de 80% do imposto não recolhido é exorbitante e possui efeito confiscatório, o que viola o art. 150, IV do CTN, além de contrariar a jurisprudência dominante sobre a matéria.

Contrarrazões apresentadas pelo Apelado às fls. 405/406 requerendo a manutenção da sentença.

O recurso foi distribuído inicialmente ao Exmo. Des. José Maria Teixeira do Rosário (fl. 415).



Em manifestação de fls. 419/422 a Procuradoria de Justiça do Ministério Público informa que deixa de emitir parecer por não se tratar de causa que demande a sua intervenção.

Coube-me a relatoria do feito por redistribuição (fl. 424).
É o relato do essencial.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da Apelação, passando a apreciá-la.

A questão em análise reside em verificar se deve ser mantida a sentença que julgou improcedente a ação em que o Apelante pretende a anulação do débito fiscal decorrente da aplicação de multa por descumprimento de obrigação tributária consistente na venda de mercadorias sem a emissão de notas fiscais.

Havendo preliminares, passo a analisá-las.

PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA.

O Apelante afirma que houve cerceamento de defesa, uma vez que o feito foi julgado antecipadamente sem que tenha sido oportunizada a produção de prova pericial para comprovar as suas alegações.

Não assiste razão ao Apelante.

O juízo de origem por entender que a causa já estava madura para julgamento, e, sem a necessidade de produção de provas, proferiu sentença, julgando antecipadamente a lide, nos termos do art. 330 do Código de Processo Civil de 73, vigente à época da prolação da sentença, que dispõe:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Ademais, o Juízo a quo saneou o processo anunciando expressamente o julgamento da lide (fl. 83) sem que o requerente tenha apresentado qualquer insurgência em relação a esta decisão.

Em função de tais fatos, sobretudo, da ausência de insurgência do Recorrente no momento processual oportuno, rejeito a preliminar de



nulidade processual.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E POR ERRO MATERIAL NO REFERIDO LANÇAMENTO.

No tocante à alegada ausência de motivação no lançamento do crédito tributário, constata-se que o auto de infração (fls. 57/60) contém a fundamentação e os motivos que o embasaram, ao descrever que a autuação decorre do fato de a Apelante ter deixado de recolher ICMS no período de 01/2004 a 12/2004, bem como, consta os dispositivos legais em que se fundamenta a aplicação da penalidade (art. 63, I, 65 e 78, I, G da Lei 5.530/89 c/c art. 108, V, A e 168, I do RICMS aprovado pelo Decreto 4.676/01.

A mesma circunstância pode ser constatada em relação ao alegado erro material, pois a planilha que acompanha o auto de infração, demonstra mês a mês a quantidade de quilogramas de soja acumulada e sem o registro de emissão da respectiva nota fiscal, inexistindo, portanto, a alegada nulidade sobre este aspecto. Registre-se neste ponto que eventual excesso, se existente, deve ser objeto de análise meritória, contudo, não possui o condão de acarretar na nulidade do auto de infração como pretende o Recorrente.

Com efeito, estando o auto de infração devidamente motivado e com os dados necessários à compreensão por parte do contribuinte, que inclusive, teve a oportunidade de exercer o contraditório e ampla defesa de forma administrativa e na presente demanda judicial, descabe a alegação de nulidade processual.

Nesse sentido, é o entendimento da jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. GRADAÇÃO DA MULTA. HIGIDEZ DO ATO ADMINISTRATIVO. 1. Não é necessário que a decisão nos autos administrativos examine cada ponto suscitado, exaurindo os argumentos espostos na via administrativa. Destaco, inclusive, que foi oportunizado ao autuado o conhecimento das razões do ato, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório. 2. Não convém ao Poder Judiciário imiscuir-se nas atividades precípua da Administração Pública, razão pela qual inexistindo vício ao ato impugnado descabe a esta Corte questionar o valor da multa. 3. Sentença mantida. (TRF-4 - AC: 50019221820154047210 SC 5001922-18.2015.404.7210, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 12/07/2017, QUARTA TURMA) (grifos nossos).

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. SUSPENSÃO DO CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL. 1. Consta dos autos que o autor, ora apelado, comandante fluvial, sofreu a



penalidade de suspensão de 30 dias de seu certificado de habilitação, conforme auto de infração 405P200703412 (fl. 14). 2. A questão controversa e que serviu de fundamento para a procedência do pedido na sentença é de que o autor não foi notificado pessoalmente da lavratura do auto, além de não ter havido motivação suficiente na decisão que aplicou a pena de suspensão. 3. Quanto à fundamentação referente à motivação da decisão, observo que não houve qualquer manifestação do autor a esse respeito na petição inicial e, embora possa se entender que a ausência de motivação das decisões administrativas é matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício, entendo que não está caracterizada nos autos a falta de motivação capaz de ensejar a nulidade do auto. 4. Com efeito, verifica-se do AI a descrição da conduta e o seu enquadramento legal, bem como a menção à circunstância agravante, o que ensejou a aplicação da suspensão do certificado de habilitação por 30 dias. 5. Tanto a motivação foi suficiente que possibilitou ao autor a elaboração da peça inicial desta ação contestando, inclusive, o seu mérito. [...]. 8. Apelação desprovida. Agravo retido prejudicado. (TRF-3 - AC: 00088586320074036108 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, Data de Julgamento: 15/12/2016, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017) (grifos nossos).

Registre-se ainda que o artigo 12 da Lei Estadual 6182/98 que trata dos procedimentos administrativos referentes a tributo no Estado do Pará, dispõe que não haverá nulidade se o auto de infração contiver informações suficientes acerca da natureza da infração e a identificação do infrator, estando tais condições atendidas no caso em análise. Vejamos o teor do citado dispositivo legal:

Art.12 - A exigência do crédito tributário será formalizada em Auto de Infração e Notificação Fiscal, distinto para cada tributo, por servidor a quem compete a fiscalização do tributo, exceto quanto ao montante do tributo declarado periodicamente pelo sujeito passivo, nos termos da legislação específica, hipótese em que o respectivo crédito tributário, inclusive os acréscimos decorrentes da mora, será inscrito na Dívida Ativa, nos termos previstos nos arts. 52 e 53.

(...)

§ 2º - As incorreções ou omissões do auto de infração não acarretarão a sua nulidade, quando dele constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator. (grifo nosso).

Assim, descabe a alegação de nulidade por ausência de motivação e erro material no auto de infração.

PREJUDICIAL DE MÉRITO – DECADÊNCIA.

O Apelante argumenta que houve o decurso do prazo de 05 (cinco) anos entre a data do fato gerador da obrigação e a homologação do crédito tributário, o qual afirma, deve ser extinto em razão da decadência.

Não assiste razão ao Recorrente.

Acerca do prazo decadencial, a controvérsia no presente feito diz



respeito ao termo inicial, uma vez que o Apelante defende o início do referido prazo a partir do fato gerador, já o Apelado sustenta que o prazo decadencial deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A discussão é relevante, pois a depender do entendimento a ser adotado para o caso em análise, o prazo decadencial pode ter se consumado.

Sobre o tema, é importante ressaltar que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, tal como o que se apresenta em discussão, existe três posicionamentos a serem adotados e estes dependem da existência de pagamento por parte do contribuinte.

Para melhor compreensão acerca dos possíveis entendimentos a serem adotados, cumpre transcrever os ensinamentos de Ricardo Alexandre que, concordando com o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, esclarece:

- (...) a) se o tributo não foi declarado nem pago, o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte (aplicação do art. 173, Ido CTN); (...)
- b) se foi realizado um pagamento, a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos, contados da data do fato gerador, para homologar tal pagamento expressamente ou realizar eventual lançamento suplementar (de ofício), caso contrário, ocorrerá homologação tácita e o crédito estará definitivamente extinto (aplicação pura e simples do art. 150, § 4º do CTN) (...)
- c) se o tributo foi declarado e não pago, não há que se falar em decadência, pois o crédito tributário estará constituído pela própria declaração de débito do contribuinte, sendo possível a imediata inscrição em dívida ativa e posterior ajuizamento da ação de execução fiscal (a preocupação passa, portanto, a ser com o prazo prescricional, contado a partir do vencimento do prazo para pagamento) (...) (ALEZANDRE, Ricardo. Direito Tributário. Juspodivm. 11ª Edição. 2017. P. 545-546)

Assim, seguindo o entendimento doutrinário, se houve pagamento considerado pelo fisco como insuficiente, aplicar-se-á ao caso o prazo decadencial de cinco anos contado a partir do fato gerador. Neste caso, incide, portanto, a regra prevista no artigo 150, § 4º do CTN, que dispõe:

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 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. (grifos nossos).

Por outro lado, se apesar da existência de obrigação de recolher o imposto, o contribuinte deixa de realizá-lo, o prazo decadencial de cinco anos terá início apenas no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado, em conformidade com o artigo 173, I do CTN:

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;

Este a propósito é o caso dos autos, em que o auto de infração (fls. 58/60) foi lavrado pelo fato de o Apelante ter deixado de emitir notas fiscais e recolher o ICMS, omitindo a saída de mercadoria, ou seja, sobre determinados produtos comercializados, não houve recolhimento do imposto devido, devendo, portanto, incidir a regra prevista no art. 173, I do CTN.

Corroborando com o entendimento legal e doutrinário aplicável ao caso em análise, a Súmula 555 do STJ, dispõe:

Súmula 555 - Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

No mesmo sentido, recentes julgados do STJ:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. DECADÊNCIA. ART. 173, I, DO CTN. PRAZO. DIES A QUO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO PODERIA TER SIDO REALIZADO. RECURSO REPETITIVO RESP N. 973.733/SC. 1. No caso dos autos, a controvérsia gravita em torno da decadência ou não para a constituição de créditos relativos a débitos fiscais decorrentes da ausência de recolhimento da CSLL, de fato gerador ocorrido em 31/12/1997 e em 31/12/1998. 2. O STJ consolidou sua jurisprudência, em sede de recurso repetitivo, no sentido de que, na hipótese de ausência de pagamento antecipado/declaração prévia de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN, com início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Confirmam-se: REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18/9/2009, art. 543-C do CPC/1973; AgInt no REsp 1.649.019/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa Primeira Turma, DJe 20/2/2018.



3. No caso, firmada a ausência de recolhimento de tributo sujeito à homologação de fato gerador ocorrido no ano de 1997, o cômputo do prazo decadencial quinquenal se inicia no dia 1º de janeiro de 1999 - primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado. Quanto ao fato gerador ocorrido no ano de 1998, é no dia 1º de janeiro de 2000. Nesse passo, a constituição dos referidos créditos em 4/4/2003 pela autoridade fazendária não se encontra fulminada pela decadência.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 986.880/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2019, DJe 30/05/2019) (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. TERMO A QUO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE. ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTE NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC/1973. AFERIÇÃO DA OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. SÚMULA Nº 7 DO STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, nos autos do REsp nº 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, em sede de recurso especial repetitivo, fixou tese no sentido de que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo ocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

(...)

4. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 1227575/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018)

Dessa forma, tendo o fato gerador ocorrido no ano de 2004, o termo início do prazo decadencial de 05 (cinco) anos teve início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 01 de janeiro de 2006 e, tendo o lançamento ocorrido em julho de 2009, não houve o decurso do prazo.

Por tais razões, rejeito a prejudicial.

MÉRITO

Quanto ao mérito, o Apelante argumenta que teve seu direito de defesa prejudicado pela ausência de devolução dos documentos que embasaram a autuação por parte do Apelado, contudo, é notório que ainda que se considere que o Recorrente não obteve a devolução dos documentos, poderia exercer sua defesa com os registros contábeis de que dispõe.

Nesse sentido, o auto de infração contém planilha detalhando mês a mês a quantidade de soja comercializada e não registrada pelo



Apelado, sendo possível ao Recorrente contrapor as informações ali existentes se com elas não concordou.

Ademais, conforme exposto na preliminar analisada anteriormente, o Juízo a quo anunciou o julgamento da lide sem que o Recorrente se insurgisse com a finalidade de produzir prova de suas alegações, não o podendo fazê-lo somente em grau recursal.

No tocante ao argumento de que a diferença encontrada pela fiscalização diz respeito a complemento de valor decorrente da variação do preço cotado em bolsa de valores, não há qualquer prova acerca desta alegação, sendo ônus da Apelante demonstrar que as diferenças apuradas pela fiscalização não dizem respeito ao fato gerador do tributo, não tendo produzido qualquer prova a este respeito, deve ser mantida a autuação realizada, sobretudo diante da presunção de veracidade de que goza o ato.

Nesse sentido, é o entendimento da jurisprudência pátria:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. CDA. ICMS DECLARADO E NÃO RECOLHIDO. STJ. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA LEGITIMADA PELA DECLARAÇÃO. FATO GERADOR DO ISSQN. DECLARAÇÃO EQUIVOCADA. NECESSIDADE DE PROVA. DOCUMENTOS ESSENCIAIS NÃO APRESENTADOS. ÔNUS DO CONTRIBUINTE. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. Se a prova técnica é dispensável, sendo possível a comprovação das alegações através de documentos, não há cerceamento de defesa no indeferimento da perícia. No caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, havendo declaração e não recolhimento, admite-se a imediata inscrição do crédito tributário, dispensando-se a instauração do procedimento formal, nos termos da jurisprudência do STJ. A verificação de equívoco nas declarações do contribuinte que informa fato gerador de ICMS quando o correto seria a incidência do ISS, depende da análise das notas fiscais e dos respectivos contratos pelo Juízo, mormente se o objeto social da empresa inclui a comercialização de produtos e a prestação de serviços. Incumbe ao contribuinte devedor o ônus de desconstituir a presunção juris tantum de certeza, liquidez e exigibilidade de que goza a CDA, sob pena de improcedência das alegações de nulidade. Recurso conhecido e não provido. (TJ-MG - AC: 10459170005134001 MG, Relator: Fábio Torres de Sousa (JD Convocado), Data de Julgamento: 09/05/2019, Data de Publicação: 20/05/2019)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ICMS - NÃO RECOLHIMENTO - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - ART. 173, I, DO CTN - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - CDA - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA NÃO ELIDIDA POR PROVA EM CONTRÁRIO - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Tratando-se de crédito tributário decorrente de não recolhimento de ICMS cujo lançamento se deu de ofício não há que se falar em homologação, aplicando-se, no que se refere a decadência, a regra do art. 173 I e parágrafo único do CTN. É apta a amparar o processo executivo a CDA que se encontra revestida dos requisitos esculpidos pelo artigo 202 do CTN e artigo 2º da LEF, deixando a embargante de elidir sua presunção de liquidez e certeza Não instruídos os autos com a prova suficiente à



demonstração da ocorrência de situação fática diversa da técnica de apuração adotada pelo Fisco Mineiro, deve ser prestigiada a presunção não só da ocorrência dos fatos geradores, mas também da própria legitimidade do ato administrativo praticado. (TJ-MG - AI: 10210120065391001 MG, Relator: Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 25/03/0018, Data de Publicação: 11/04/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. AÇÃO DECLARATÓRIA. EMPRESA ATUANTE NO SETOR CALÇADISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Da análise do contrato social não é possível inferir que, preponderantemente, a autora exerça atividades ligadas à prestação de serviços. Ao contrário, pode-se concluir que a recorrida exerce como atividade principal a fabricação de produtos finais (calçados, bolsas, artigos de vestuário, entre outros), destinados, portanto, ao consumo, o que, em tese, é fato gerador de ICMS. ÔNUS DA PROVA. Ao afirmar que não mais estaria exercendo atividades de fabricação como principal objetivo social, a autora atraiu para si o ônus da prova, do qual, todavia, não se incumbiu a contento. Nenhuma nota fiscal ou contrato pactuando eventual terceirização do processo produtivo foram acostados aos autos. Presunção de certeza e liquidez do crédito tributário não elidida por prova em contrário. Sentença reformada. DERAM PROVIMENTO AO APELO, UNÂNIME. (TJ-RS - AC: 70077645992 RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Data de Julgamento: 26/07/2018, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/08/2018)

Destarte, não tendo o Apelante se desincumbido do ônus de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização são referentes à complementação de valores decorrente da variação da bolsa de valores tal como alega, deve ser mantida a improcedência da ação anulatória.

No que tange à alegada diferença na imputação de peso e incorreções de dados na planilha de fiscalização que acompanha o auto de infração, o que se constata é que referidos dados apontados pelo Recorrente se referem à diferença apurada pela fiscalização e não contabilizada para fins de recolhimento do ICMS, sendo, portanto, descabida a pretensão de redução das quantias com base nas supostas incorreções apontadas pelo Apelante.

O Apelante sustenta ainda, que a multa no percentual de 80% (oitenta por cento) do tributo não recolhido, aplicada pela comercialização de produtos sem nota fiscal, é abusiva e possui caráter confiscatório, contudo, constata-se que a penalidade seguiu estritamente o que dispõe o art. 78, I, G da Lei 5.530/89:

Art. 78. Na hipótese de descumprimento da obrigação principal e/ou acessória prevista na legislação tributária, apurado mediante procedimento fiscal cabível, serão aplicadas as seguintes multas, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando devido:

I - com relação ao recolhimento do imposto:

(...)

g) omitir saídas de mercadorias, apuradas através de levantamento específico – multa equivalente a 80% (oitenta por cento) do valor do imposto; (grifo nosso)



Com efeito, havendo previsão legal com o estabelecimento de multa que não ultrapassa 100% do valor do tributo, não há que se falar em caráter confiscatório ou abusividade da penalidade. Nesse sentido, é o entendimento da jurisprudência pátria:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Multa aplicada em autuação fiscal, por infração relativa ao recolhimento de ICMS. Questão não conhecida no v. acórdão embargado, prolatado no julgamento de apelação, por ausência de alegação na inicial. Questão suscitada, contudo, na petição de emenda à inicial. Omissão e contradição verificadas. Acolhimento dos embargos para o conhecimento e julgamento da questão. Ausência de decisão na r. sentença. Possibilidade de julgamento por esta E. Corte, nos termos dos artigos 515, § 3º, e 516 do CPC/73 e do 1.013 do CPC/2015 – Multa punitiva. Penalidade. Percentual aplicado de 80% que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Descumprimento de normas do ICMS. Cabimento da multa. Inocorrência de confisco. Redução da multa aplicada pela adesão ao PEP do ICMS. Pleito improcedente. EMBARGOS ACOLHIDOS, apenas para a complementação do acórdão embargado, sem modificação do dispositivo. (TJ-SP - ED: 10052432120158260053 SP 1005243-21.2015.8.26.0053, Relator: Isabel Cogan, Data de Julgamento: 18/05/2016, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 23/05/2016) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0908479-53.2009.8.08.0030 APELANTE: INDUSTRIA DE MOVEIS MOVELAR LTDA. APELADO: O ESTADO DO ESPÍRITO SANTO RELATOR: DES. SUBSTITUTO DÉLIO JOSÉ ROCHA SOBRINHO ACÓRDÃO TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA CONFISCATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. CDA QUE OBSERVOU OS REQUISITOS DOS ARTS. 202 DO CTN E 2º, § 5º, DA LEI 6.83080. ICMS. TRIBUTU SUJEITO À HOMOLOGAÇÃO. DISPENSA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA LANÇAMENTO. INCLUSÃO DE ICMS NA APURAÇÃO DE SUA BASE DE CÁLCULO. CÁLCULO POR DENTRO. POSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO AO CREDITAMENTO DE AQUISIÇÃO DE BENS DE CONSUMO IMPOSTA PELA LC 8796 E PELA LC 1022002. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 155, § 2º, I, DA CF. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A multa in casu não possui caráter confiscatório e seguiu estritamente o disposto nos dispositivos legais expressos na CDA (arts. 75, § 1º, I, a, e 96, da Lei 7.00001). 2. De acordo com precedentes desta Corte, havendo previsão legal acerca da multa, que não ultrapassa 100% do valor do tributo, a multa cobrada na execução fiscal no patamar de 40% (quarenta por cento) do valor do ICMS devido não se mostra confiscatória. (TJES, AC 30099084789, Relator: Jorge do Nascimento Viana, 4ª C. Cível, Julgamento: 23012017, Publicação: 02022017). (...) (TJ-ES - APL: 09084795320098080030, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, Data de Julgamento: 18/07/2017, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/07/2017) (grifo nosso).

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. RETIRADA DO APELADO DO CONVÊNIO CONFAZ 107/97. VINCULAÇÃO AO CONVÊNIO ICMS Nº 73/2004. INEXISTÊNCIA DE ISENÇÃO. MULTA MORATÓRIA APLICADA EM 150%. CONFISCATÓRIA. REDUÇÃO A 80%. HONORÁRIOS SUCUMBÊNCIAIS DE FORMA RECÍPROCA NO VALOR DE R\$ 10.000,00. APELO PROVIDO EM PARTE. (...) 7. A Lei Estadual 11.514/1997 (Lei nº 15.600/2015) reduziu a penalidade de 150% para 80% do valor do tributo. 8. O novo patamar legal, de 80%, afigura-se, razoável, em vista do ato praticado, não violando, assim, a vedação constitucional ao confisco (art. 150, IV, CF/88). 9. Tendo em conta o acolhimento parcial da pretensão recursal em embargos à



execução, devida à condenação em honorários advocatícios de forma recíproca, no valor de R\$ 10.000,00. 10. Apelação cível provida parcialmente, para reduzir a multa moratória de 150% para 80% sobre o valor do crédito tributário, e condenar as partes em sucumbência recíproca no importe de R\$ 10.000,00. 11. Decisão unânime. (TJ-PE - APL: 3343342 PE, Relator: Itamar Pereira Da Silva Junior, Data de Julgamento: 27/09/2016, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/01/2017) (grifo nosso).

Dessa forma, deve ser mantida a multa fixada no parâmetro legal de 80% sobre o valor do imposto não recolhido.

Por fim, quanto à insurgência do Apelante acerca da extinção sem resolução de mérito da ação cautelar, também não há o que modificar no julgado, tendo em vista que, com o esgotamento da matéria na ação principal, cessou a eficácia da medida cautelar em conformidade com o art. 800 do CPC/73, vigente à época da prolação da sentença.

Destarte, sendo extinta a ação principal com a improcedência dos pedidos formulados, não há que se falar em prosseguimento da ação cautelar, tendo em vista que esta possui caráter instrumental e acessório da ação em que se discute a medida satisfativa. Ademais, referida circunstância é reforçada com o julgamento do presente recurso mantendo a improcedência da ação.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao presente apelo, para manter todos os termos da sentença.

É o voto.

P.R.I.

Belém, 03 de fevereiro de 2020.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora