

PROCESSO - A.I. Nº 233081.0050/01-5
RECORRENTE - MINERAÇÃO DE CAULIM MONTE PASCOAL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0043-03/02
ORIGEM - INFAZ ITAMARAJU
INTERNET - 13.06.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0211-12/02

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Foi retificado o levantamento fiscal, reduzindo-se o débito originalmente exigido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, no qual o recorrente pretende reformar o Acórdão 3ª JF nº 0043-03/02, emanado da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou o Procedente em Parte a ação fiscal.

O Auto de Infração em reexame, foi lavrado em 24/09/01, para exigir o ICMS no valor de R\$57.042,00, acrescido da multa de 50%, por falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios e declaradas através dos DMAs - maio a agosto de 2001.

O recorrente, repetindo os mesmos argumentos de sua peça de defesa, preliminarmente argüi a nulidade do Auto de Infração e de todo o processo dele decorrente, com base no art. 26, Inciso II, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99 c/c o art. 29, Inciso I, do mesmo regulamento.

Ressalta que o ilustre Auditor Fiscal, ao lavrar o presente Auto de Infração, preteriu os requisitos essenciais à ação fiscalizadora, e, por isso fulminou de nulidade todo o procedimento fiscal.

Isto porque, Sr. Representante da Fazenda Pública não lavrou o Termo de Início de Fiscalização no livro próprio nem intimou o autuado, ora recorrente, por escrito, marcando prazo e individuando os livros e documentos fiscais que serviriam de base à ação fiscal.

“E’ nesse sentido que impera o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal em seu art. 26, Inciso II, ”. (sic):

“Art. 26 – Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da”:

.....
“II – Lavratura do termo de Início de Início de Fiscalização.”

Ressalta que outra não é a imposição do art. 196 do Código Tributário Nacional – CTN, que diz:”

“Art. 196 – A autoridade Administrativa que proceder ou presidir a qualquer diligência de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documento o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará o prazo máximo par a conclusão daqueles.”

“Parágrafo único. – Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.”

Afirma que: Não sendo lavrados os termos próprios, o procedimento ficou alijado, não formando o contraditório necessário à segurança jurídica do procedimento fiscal, culminando por ofender frontalmente o preceito constitucional estampado no art. 5º, Inciso II, e 37, da Constituição Federal.

Ad *argumentandum tantum*, no mérito, contesta o lançamento fiscal, alegando equívoco do autuante uma vez que todas as operações comerciais do recorrente durante todo o período fiscalizado foram com destino ao comércio ou indústria, para fora do estado, cuja alíquota é de 12% e não 17%, como constou equivocadamente no Auto de Infração, esta utilizada para venda a consumidor final.

Da análise dos autos, a PROFAZ, em Parecer, diz que o autuado tem razão, pois o Auto de Infração foi lavrado em Processo Administrativo Fiscal que não teve o seu início regular. Não há nos autos qualquer termo capaz de dar início à ação fiscal, como o Termo de Início ou Termo para Apresentação de Livros e documentos, ou intimação para pagamento.

Afirma que o Termo de Início de Fiscalização de fl. 29 não se presta para tal fim, pois foi emitido após a lavratura do Auto de Infração, devendo provavelmente se referir a outra fiscalização e não a essa.

Discordando do entendimento da D. JJF, que entende que o Auto de Infração é instrumento hábil a iniciar o Processo Administrativo Fiscal, diz que o presente Auto de Infração não se enquadra em nenhuma das exceções que dispensam o regular início da fiscalização. E, em assim sendo, o recorrente foi prejudicado em seu direito de defesa e segurança jurídica.

Ante as razões de fato e de direito apontadas, opina pelo Provimento do Recurso, para a decretação da nulidade, determinando o refazimento da autuação.

VOTO VENCIDO

Bem oportuno, o recorrente, ao trazer aos autos, doutrina do Mestre Samuel Celestino, ao comentar o tema FALTA DE NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO FISCAL EX-OFFÍCIO, no seu livro Tributos e Contribuições, tomo III, fls. 191/192, posto que guarda perfeita identidade com o processo em discussão:

“O lançamento ou a constituição de quaisquer créditos públicos não se aperfeiçoa, não se consuma, fica no “meio do caminho”, e assim, inacabado, sendo, por consequência, ineficaz, se não for expedida a notificação ao sujeito passivo da obrigação tributaria objeto do lançamento, pelo modo e forma prevista na legislação, (lei e regulamento) federal, estadual, municipal, Distrito Federal e autarquias.”

Portanto, no presente caso, o que se verifica é verdadeira inconsistência da acusação. Conforme entendimento da PROFAZ, discordando do entendimento da D. JJF, o Auto de Infração é

instrumento hábil a iniciar o Processo Administrativo Fiscal, e que o presente Auto de Infração não se enquadra em nenhuma das exceções que dispensam o regular início da fiscalização. Em assim sendo, o recorrente foi prejudicado em seu direito de defesa e segurança jurídica.

Em concordância com o Parecer da Ilustre PROFAZ, impõe-se a inconsistência da acusação, e que em decorrência, seja o Recurso interposto PROVIDO para decretar a NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Discordo do voto do Relator do PAF que acatou o argumento defensivo para decretar a nulidade do Auto de Infração.

O presente Auto de Infração exige imposto que deixou de ser recolhido nos prazos regulamentares, lançado pelo próprio contribuinte nos livros fiscais próprios.

Alegou o recorrente que o representante da Fazenda Pública não lavrou o Termo de Início de Fiscalização no livro próprio nem intimou o autuado, ora recorrente, por escrito, marcando prazo e individuando (sic) os livros e documentos fiscais que serviriam de base à ação fiscal, faltando ao procedimento administrativo os pressupostos válidos a dar nascimento à obrigação tributária, em total dissonância do contraditório pleno, o que teria lhe cerceado a ampla defesa.

Vejamos o que diz o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal vigente sobre os mencionados Termos de Início de Fiscalização e de Intimação para apresentação de Livros e Documentos Fiscais, e o próprio início do procedimento de fiscalização.

O art. 26, IV, do RPAF/99, reza que considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal. Portanto, não há o que se falar na falta de pressupostos válidos a dar nascimento à obrigação tributária.

O art. 28, I e II, do mesmo Regulamento, define o Termo de Início de Fiscalização com sendo destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, e o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, como aquele dirigido ao sujeito passivo, seu representante legal ou preposto, para que preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste Termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Vê-se, então, que ambos têm a finalidade de (além de solicitar livros e documentos, no caso da Intimação) dar conhecimento ao sujeito passivo de que se iniciou uma ação fiscal contra o seu estabelecimento.

A consequência do início da ação fiscal – quando devidamente cientificada ao contribuinte – é a exclusão da espontaneidade de possíveis recolhimentos de imposto porventura devidos, conforme prevê o *caput* do art. 95, do mesmo RPAF.

No presente caso, no período compreendido entre a lavratura do Auto de Infração, 24/09/2001, até a ciência desta ao contribuinte, que se deu por AR em 03/10/2001 (fl. 15), este poderia ter promovido o recolhimento do imposto apurado neste PAF sem imposição de multa, o que não foi feito.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa, não pode prosperar, pois todos os valores exigidos foram fornecidos pelo próprio contribuinte através de DMA, de sua emissão.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para homologar a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração não é nulo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233081.0050/01-5, lavrado contra **MINERAÇÃO DE CAULIM MONTE PASCOAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.558,00**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Maio de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFZ