

PROCESSO - A.I. Nº 180642.0302/02-1
RECORRENTE - JL EMPREENDIMENTOS INTERNACIONAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF nº 0131-02/03
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INETERNET - 08.07.03

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0337-11/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Rejeitada a preliminar de decadência, pois de acordo com a doutrina e jurisprudência reinante nos tribunais, o lançamento se consuma com a lavratura do Auto de Infração, e o mesmo ocorreu dentro do prazo quinquenal previsto na legislação. Mantida a autuação integralmente, uma vez que o sujeito passivo não questionou os números apurados na auditoria de estoques, objeto da exigência fiscal. Razões expedidas no Recurso Voluntário não encontram abrigo na legislação vigente, bem como nas reiteradas decisões deste CONSEF, ainda que não obtidas, com a unanimidade dos votantes. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar ICMS no valor de R\$ 13.177,40, apurada através de auditoria de estoque, em razão da constatação de operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais no montante de R\$ 77.514,12, e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, correspondente ao exercício de 1997.

O Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o relator da 2^a JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS de R\$ 13.177,40, apurado através de auditoria de estoque, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas, sem emissão de documentos fiscais, no exercício de 1997, conforme demonstrativos às fls. 08 a 25.

O autuado em sua defesa fiscal não adentrou no mérito da autuação, limitando-se a argüição de decadência do lançamento tributário, sob o fundamento de que os fatos geradores ocorridos em 1997 foram alcançados pela decadência em 31/12/2002, pois o registro do Auto de Infração ocorreu em 14/01/2003, e a ciência do lançamento no dia 17/01/2003.

Analisando o argumento defensivo de decadência do direito do fisco efetuar o lançamento do ICMS sobre fatos geradores relativos ao período de 01/01 a 31/12/1997, observo que não assiste razão ao autuado, pois o parágrafo único do artigo 173, do CTN deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos contado da data em tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

No caso presente, o lançamento de ofício foi constituído a partir do início da ação fiscal que se deu no dia 04/10/2002 com a Intimação para apresentação de livros e documentos (doc. fl. 06), e com a lavratura do Auto de Infração no dia 20/12/02, merecendo ressaltar que, pelos documentos constantes nos autos constata-se que realmente o Auto de Infração foi lavrado em 20/12/2002, haja vista que a fiscalização foi concluída em 18/12/02, conforme comprovam os papéis de trabalho às fls. 08 a 25, e que a recusa do contribuinte em tomar ciência desse ato objetivou retardar o registro do AI com o fito de deixar operar a decadência. Desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/1997, contando daí o prazo decadencial, incorrendo, assim, a alegada decadência do crédito tributário.

Além disso, vale ressaltar que de acordo com a legislação tributária, quando ocorre o fato gerador da obrigação tributária surge o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento, que pode ser mediante a notificação para o contribuinte efetuar o pagamento ou mediante a lavratura do Auto de Infração. Nesse sentido, a jurisprudência reinante nos tribunais federais é que com a lavratura do Auto de Infração consuma-se o lançamento do crédito tributário, a exemplo do Embargo do Recurso Extraordinário ERE-94462-1/SP. Aliás, também não é outro o posicionamento do CONSEF sobre a questão, tanto que vem decidindo reiteradamente nesse sentido, como foi o caso do Acórdão CJF nº 0015/11-03 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, publicado na internet no dia 21/02/03.

Assim, entendo que deve ser rejeitada a prejudicial de decadência argüida pelo sujeito passivo, porque com a lavratura do Auto de Infração foi consumado o lançamento do crédito tributário, baseada na regra do artigo 150, do CTN, e no mérito, considero subsistente a autuação, pois o sujeito passivo não fez qualquer referência aos números apurados no levantamento quantitativo que originou a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega que o Acórdão recorrido merece ser reformado em vista do entendimento equivocado dos julgadores da 2ª JJF .

Que a afirmação de que o lançamento foi constituído a partir do início da ação fiscal que se deu em 04/10/2002 com a intimação para apresentação de livros e documentos não é válida, a vista do que dispõe o art. 173 do CTN, assim como se encontra incorreta também a afirmação de que o lançamento se torna eficaz com a simples lavratura do Auto de Infração.

Diz que em nenhum momento o sujeito passivo recusou-se a tomar ciência do Auto de Infração, vez que na primeira oportunidade que a autoridade fazendária compareceu ao seu estabelecimento, este se deu por intimado, como assegura a Sra. Vera Lúcia Freitas representante do autuado.

Assevera que o RPAF prevê 3 modalidades de intimação não se encontrando dentre elas a intimação telefônica, como pretendeu a autuante conforme afirmado em sua informação fiscal, o que não é válido por inexistir previsão legal.

Alega o recorrente ser falsa a afirmação de que teria se recusado a tomar ciência do Auto de Infração pois, de acordo com a informação da própria autuante, até o dia 30/12/2002 ela tentou contato telefônico com a Sra. Vera Lúcia Freitas e como no dia 31/12/2002 o estabelecimento não funcionou não poderia ter ocorrido à recusa da ciência.

A intimação somente ocorreu de forma válida no dia 17/01/2003, quando a autuante, pela primeira vez compareceu ao estabelecimento do autuado e procedeu a intimação, como

conseqüência, os fatos geradores anteriores a 31/12/1997 encontram-se fulminados pela decadência.

Declara o recorrente que a notificação para apresentação de livros não tem o condão de constituir o lançamento de ofício uma vez que de acordo com o art.142 do CTN o lançamento é um procedimento específico que somente se torna válido e eficaz com a ciência do contribuinte.

O recorrente alega ainda que a inexistência da notificação para o lançamento fere o princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que somente com a notificação do sujeito passivo é que a relação processual torna-se válida e eficaz tomando-se como fundamento as normas contidas no CTN e no próprio RPAF/99.

Rechaça o entendimento do relator de 1^a Instância quanto ao Acórdão do Recurso Extraordinário ERE-94462-1/SP do STF que data de 1982 por ser anterior à Constituição Federal de 1988 e já se encontrar superado.

Cita o Acórdão nº 1247/00 da 3^a JJJ onde se entendeu que “...a intimação não contém a decadência, ela continua correndo até o lançamento que se aperfeiçoa com a ciência do sujeito passivo da obrigação tributária... Acolhe-se a preliminar de decadência parcial argüida.”

Em Parecer a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que embora não possa afirmar se houve ou não má-fé do contribuinte, vê-se que no Auto de Infração encontra-se a observação de que o contribuinte se recusou a assiná-lo, não podendo a fazenda pública sofrer dano alheio à sua vontade, além do fato de que a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais se deu em 04/10/2002.

VOTO VENCIDO

Neste Recurso Voluntário inicialmente cabe analisar unicamente a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente tendo em vista que não houve pronunciamento acerca do mérito da autuação.

Data venia do entendimento da nobre Parecerista da PGE/PROFIS, o meu entendimento acerca da decadência é diverso.

No Auto de Infração ora “*sub judice*” a Fazenda Pública reclama o pagamento de tributo relativo ao exercício de 1997, enquanto o autuado somente teve ciência da lavratura do presente Auto de Infração em 17/01/2003, ocorrendo assim a decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário.

O artigo 173, parágrafo único do CTN, prevê que:

“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.”

Como se vê claramente no caso em análise, a notificação ao contribuinte somente ocorreu em 17 de janeiro de 2003 e segundo as regras de decadência, artigo 173, Inciso I do CTN, “*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;*” ou seja, o prazo encerraria no dia 01/01/2003, portanto, em 17 de janeiro a decadência já havia ocorrido.

Quanto à dúvida suscitada na recusa do contribuinte em tomar ciência do Auto de Infração, a própria autuante reconhece em sua informação fiscal que até o dia 30/12/2002 somente teria tentado contato telefônico com a representante do autuado, procedimento que não possui respaldo legal enquanto a intimação somente ocorreu de forma válida em 17/01/2003.

Deve ser ressaltado que o presente Auto de Infração somente foi registrado em 14/01/2003, conforme o documento da fl. 46.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, afastando da cobrança os valores relativos ao exercício de 1997, por considerá-los alcançados pelo instituto da decadência.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* para discordar do voto da nobre relatora, que acata a preliminar de decadência argüida pelo sujeito passivo através dos advogados que subscreveram a peça recursal, de fls. 89 a 103 dos autos.

Trata-se de matéria que no âmbito deste CONSEF não tem havido um entendimento pacífico, como se vê dos julgados citados pelo recorrente e do Acórdão nº 0015/11-03 desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, citado pelo relator de 1ª Instância.

Examinando o caso em tela, considero necessário pontuar alguns aspectos deste processo:

O Estado no prazo quinquenal traçado pela legislação para verificar a regularidade dos lançamentos pelo contribuinte, quanto ao imposto estadual decorrente de suas operações mercantis, procedeu através do seu preposto fiscal, a fiscalização relativa ao exercício de 1997, e para tanto lavrou Termo de Início para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais em 14.10.02, conforme fl. 6 dos autos, concluindo com a lavratura do Auto de Infração em 20/12/02.

Consta dos autos à fl. 3 que o contribuinte recusou-se a assinar. E a ciência do Auto de Infração conforme AR fls. 47 e 48 e recebido por preposto da empresa (funcionária) em 17/01/03.

O recorrente se insurge contra a exigência fiscal atacando tão-somente a preliminar de decadência, por entender que o exercício de 1997 já estaria alcançado pelo decurso do prazo para o sujeito passivo promover o lançamento com a constituição do crédito.

Entendo que o contribuinte tenha certa razão em afirmar que sem a notificação do sujeito passivo, de que trata o Parágrafo único do art. 173 do CTN, o lançamento não desencadeará qualquer efeito jurídico, ao citar na peça defensiva, comentários em torno da eficácia do lançamento, do livro *Curso de Direito Tributário* de autoria do insigne tributarista Paulo de Barros Carvalho, uma vez que sem dar conhecimento ao contribuinte do ato de lançamento, a exigibilidade do crédito não será efetivada. Contudo, a constituição do crédito tributário, antecede a fase da exigência ou exigibilidade. Portanto não há o que se falar em decadência, no caso *sub examine* se o crédito fiscal foi constituído na forma prevista no art. 965 I do RICMS/97, que repete fielmente o contido no art. 173 inciso I do CTN.

Entendo, que a possibilidade da cobrança quer administrativamente quer judicialmente só se dará com a notificação, por que ninguém poderá ser convocado ao pagamento de uma dívida, sem a prévia notificação. Daí, por que o lançamento no dizer de Alberto Xavier no seu livro clássico "*DO LANÇAMENTO TEORIA GERAL DO ATO DO PROCEDIMENTO E DO PROCESSO TRIBUTÁRIO*, 2ª edição rio de janeiro, 1998, págs. 193 a 195, coloca com muita propriedade que a notificação é

realizada pela autoridade que praticou o ato de lançamento, e ainda, que a notificação desempenha a função de dar conhecimento ao contribuinte quanto ao lançamento que lhe afeta. Sustenta a tese de que a mesma se constitui em ato receptício, destinado a comunicar ao sujeito passivo o fundamento da exigência, o prazo para o recolhimento da obrigação tributária e para a sua eventual impugnação. Atribui a Paulo da Barros Carvalho, a autoria da distinção entre lançamento e a notificação do lançamento. E para configurar essa distinção comparou com a sentença judicial, da intimação da sentença. E acrescentou que o lançamento pode ser válido, porém ineficaz, em virtude da notificação inexistente, nula ou anulada. Conclui que uma coisa é atacarmos os vícios do lançamento, outra é cogitar os defeitos da notificação”.

Assim, tais conclusões aplicam-se ao caso em comento, e me convencem, do acerto da Decisão recorrida, porém adotando outros fundamentos, como acima referidos.

Neste diapasão, entendo que não pode o contribuinte buscar abrigo na argüição de decadência, uma vez que o sujeito ativo, titular do crédito promoveu o lançamento, na dicção do artigo 142 do CTN, posto que feito antes de expirado o prazo que seria em 31/12/2002.

A jurisprudência também tem caminhado nesse sentido. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a decadência somente é possível em período anterior ao lançamento ou a lavratura do Auto de Infração, porque já consumado o lançamento (REx. nºs 91019, 91.812 e 90.926 rel. Ministro Moreira Alves. Rev. Trimestral de Jurisprudência, nº 94). Obra- Comentários ao Código Tributário Nacional – Carlos Valder Nascimento e outros- 3ª Edição. Editora Forense. RJ.1998. pg.384.

Ademais, invocando parte do voto proferido no Acórdão nº 0015/12/03, da lavra do Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, em que assevera que o STF vem decidindo conforme o acórdão “*Com a lavratura do auto de infração, consuma-se Http://www.aldemario.adv.br/ - h2, o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura, depois, entre a ocorrência dela e até que fluia o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição de recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco*”.

Vale ressaltar, que este entendimento traz a lume o contido na Súmula nº 153 do extinto Tribunal Federal de Recursos que continha o seguinte enunciado: *Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que todavia, fica suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos*.

Verifico que o contribuinte alega na peça recursal que o argumento do autuante de que houve recusa do contribuinte assinar o auto de infração, bem como ataca a forma de intimação que foi feita pela autuante, por telefone, que de fato não se encontra elencada no art. 108 do RPAF/99.

Também entendo que a informação constante no Auto de Infração (fl. 3) de que o contribuinte “recusou-se a assinar”, é imprecisa, por que deveria tomar o testemunho de no mínimo duas pessoas, para dar legitimidade. Contudo, isto não se constituiu o cerne da lide, e o recorrente não invoca a condição de preliminar de nulidade, logo, de onde se infere que não lhe causou prejuízo, e por isso, argui apenas a preliminar de decadência, que é de mérito, na inteligência do artigo 269, inciso IV do CPC, aplicado subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal.

Deste modo, considerando ainda, que não houve violação ao princípio da segurança jurídica, uma vez que não foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração, não acolho a decadência, e acompanho o Parecer da PGE/PROFIS exarado às fls. 106 e 107 dos autos, que considera que não deve ser Provido este Recurso Voluntário.

Por todo o acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 180642.0302/02-1, lavrado contra JL EMPREENDIMENTOS INTERNACIONAIS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.177,40, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42. III da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz, Verbena Matos Araújo e Nelson Teixeira Brandão.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert e Ivone de Oliveira Martins.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS DE ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR.DA PROFAZ