

A. I. N° - 180595.0007/03-4
AUTUADO - ATHENE COMÉRCIO ASSISTÊNCIA A POSTOS DE SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CELIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 26/12/2006

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0414-03/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Embora conste na descrição dos fatos que a exigência fiscal se refere a entradas de mercadorias não registradas, foi efetuado arbitramento da base de cálculo, mas não foi comprovada nos autos a efetiva impossibilidade de apuração do imposto por outros meios, o que enseja a nulidade do lançamento, consoante a Súmula nº 5 do CONSEF. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2003, refere-se à exigência de R\$3.750,30 de ICMS, acrescido da multa de 70%, por falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Mercadorias constantes nas notas fiscais de entradas e não registradas no inventário. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de contribuinte inscrito no cadastro normal até junho de 2000, sem recolhimentos e com movimentação registrada em seu livro Registro de Entradas e no CFAMT.

Foi lavrado Termo de Revelia em 28/01/2004, à fl. 22, por falta de recolhimento do imposto exigido ou de apresentação de defesa no prazo regulamentar, de trinta dias. Por isso, o PAF foi encaminhado à GECOB para inscrição do débito em dívida ativa.

O PAF foi devolvido à Infaz Simões Filho, em 28/02/2004, para intimar o autuado acerca da lavratura do presente Auto de Infração, por não constar no processo o comprovante de que o contribuinte foi intimado (fl. 24).

Foi expedida a intimação em 16/04/2004, fl. 25, e posteriormente, foi publicado edital de intimação à fl. 27 (DOE de 19/10/2004), concedendo o prazo de 30 dias para o sujeito passivo quitar o débito ou apresentar defesa.

Em 28/03/2005 o PAF foi encaminhado ao GECRED/DARC para ser lavrado novo Termo de Revelia, e envio ao GECOB/DÍVIDA ATIVA.

Em 12/04/2005 o PAF foi novamente encaminhado à Infaz Simões Filho para anexar o Aviso de Recebimento – AR, referente à intimação de fl. 25, e intimar os responsáveis pela empresa em seus endereços particulares, sendo recomendado que, somente esgotada esta instância é que o contribuinte deve ser intimado por edital.

Consta à fl. 30 verso que não foi localizado o AR, e à fl. 31 foi expedida nova intimação com endereço do estabelecimento, e à fl. 34 intimação ao sócio Sebastião Robson Freitas dos Santos, datada de 02/10/2006, AR à fl. 35.

O autuado, por seu sócio, Sebastião Robson Freitas dos Santos, apresentou impugnação (fls. 38/39), alegando que, de acordo com o art. 174 do CTN e ensinamentos de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, houve a extinção do crédito tributário com a prescrição, e por isso entende que não se aplica os arts. 166 do Código Civil e 219, § 5º do CPC. Assegura que esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça; a prescrição tributária é tema de direito material e

constitucionalmente reservado à Lei Complementar. Finaliza, argumentando que “é viável o reconhecimento da prescrição intercorrente, ante a inércia processual do autor da execução”. Pede a nulidade do presente Auto de Infração.

A autuante, em sua informação fiscal à fl. 43 dos autos, apresenta o entendimento de que foi cumprida a obrigação de dar ciência ao contribuinte no momento da publicação do Edital, em outubro de 2004, e por isso, não foi concluído o prazo prescricional dos exercícios fiscalizados. Mantém a autuação.

VOTO

Inicialmente, constato que não ocorreu a decadência, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente aos exercícios de 1999 e 2000, e a legislação prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2003, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo.

A prescrição, suscitada pelo defendente, é a perda da pretensão do titular do direito, por seu não exercício durante certo lapso de tempo, sendo um dos requisitos para a ocorrência da prescrição a inércia do titular e o prolongamento dessa inércia durante certo lapso de tempo.

O Código Tributário Nacional estabelece no art. 174, que “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva”. No caso em exame, constato que não ocorreu a prescrição.

De acordo com a acusação fiscal, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Mercadorias existentes nas notas fiscais de entradas e não registradas no inventário.

Na descrição dos fatos, consta a informação de que se trata de contribuinte inscrito no cadastro normal até junho de 2000, sem recolhimentos e com movimentação registrada em seu livro Registro de Entradas e no CFAMT, foi efetuado levantamento fiscal das entradas de mercadorias tributáveis do período, acrescentando a TVA de 20% para encontrar o valor das saídas, sendo aplicada a alíquota de 17% sobre as saídas apuradas e considerado o crédito fiscal constante nas notas fiscais, conforme demonstrativos às fls. 17 a 21 dos autos.

Na impugnação apresentada pelo sócio Sebastião Robson Freitas dos Santos, os cálculos não foram contestados, tendo em vista que foi suscitada apenas a prescrição, por entender o defendente que houve a extinção do crédito tributário com a prescrição, alegação que já foi apreciada neste voto.

De acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, e neste caso, a autuante não deveria aplicar a TVA (vigente à época), nem ter considerado o valor do crédito fiscal constante nas Notas Fiscais de entrada objeto da autuação. Nos moldes como foi efetuado o levantamento fiscal, foi realizado o arbitramento da base de cálculo do imposto exigido, o que foi indicado no demonstrativo à fl. 21.

O arbitramento da base de cálculo é considerado um recurso extremo que deve ser aplicado quando o Fisco não dispuser de condições de apurar o imposto devido, sendo uma das causas, a falta de apresentação de livros e documentos fiscais comprobatórios das operações realizadas pelo contribuinte. Portanto, o arbitramento é um método utilizado somente quando não houver nenhuma possibilidade de se apurar o montante do débito por outros roteiros de fiscalização.

Constato que não ficou caracterizada no presente processo a condição estabelecida no art. 937, do RICMS/97, tendo em vista que, sendo o arbitramento indicado somente quando não for possível

apurar o montante real da base de cálculo, no caso em exame, não há qualquer indicação de que o autuado deixou de apresentar as notas fiscais de saídas correspondentes às mercadorias comercializadas no período fiscalizado.

A fiscalização pode apurar se os valores das compras estão compatíveis com a condição do contribuinte; se o volume das entradas ultrapassou o limite para a condição da empresa; se os valores declarados nas informações econômico fiscais estão de acordo com o constatado por meio do CFAMT; se o contribuinte prestou declaração falsa ou inexata; apurar em relação às operações realizadas, se houve transferências devoluções, saídas e retornos para conserto, saídas e retorno para industrialização, mercadorias sinistradas, etc, podendo realizar diversos levantamentos, a exemplo de Auditoria da Substituição Tributária, conta caixa e quantitativo de estoque.

Saliento que a Súmula nº 5 do CONSEF trata da matéria em questão:

SÚMULA Nº 5 “ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento”.

Vale ressaltar, que a falta de escrituração do Registro de Inventário não causou impedimento para apuração do imposto por outros meios, e por isso, não se aplica o arbitramento da base de cálculo, neste caso. Além disso, não foram acostadas aos autos as cópias das notas fiscais capturadas no CFAMT, e as demais notas fiscais objeto da autuação, o que constitui cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que a ausência dos documentos fiscais impossibilita conferir se as mercadorias efetivamente foram endereçadas ao defendente e se os valores considerados estão corretos, sendo esta mais uma causa de nulidade da autuação fiscal.

Portanto, embora conste na descrição dos fatos que a exigência fiscal se refere a entradas de mercadorias não registradas, foi efetuado arbitramento da base de cálculo, mas não foi comprovada nos autos a efetiva impossibilidade de apuração do imposto por outros meios, o que enseja a nulidade do lançamento

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **108595.0007/03-4**, lavrado contra **ATHENE COMÉRCIO ASSISTÊNCIA A POSTOS DE SERVIÇOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR