

PROCESSO - A. I. N° 300198.0011/98-6
RECORRENTE - AUTO PEÇAS FIGUEIREDO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0032-04/09
ORIGEM - INFRAZ ITAMARAJU
INTERNET - 09/07/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0186-12/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTE FISICAMENTE EM ESTOQUE. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. Preliminares não acolhidas. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou o presente Auto de Infração Parcialmente Procedente. O lançamento fiscal foi lavrado para imputar ao sujeito passivo a prática das seguintes infrações à legislação do ICMS deste Estado:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício aberto. Foi exigido imposto no valor histórico de R\$1.828,36, e aplicada uma multa no percentual de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96;
2. Mercadorias em estoque desacompanhadas de documentação fiscal com valores apurados em levantamento físico de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto. Foi exigido imposto no valor histórico de R\$34,11, e aplicada uma multa no percentual de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96.

A JJF ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, afastou a preliminar de prescrição suscitada pelo sujeito passivo, sob o argumento de que o art. 174 do CTN prevê que a ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da sua constituição definitiva. Segundo o Ilustre Relator, apenas ocorreria a prescrição do crédito tributário, caso o Auto de Infração tivesse sido julgado em caráter definitivo em todas as instâncias administrativas, bem como a Fazenda Pública deixasse de executar o crédito no prazo prescricional.

Quanto à alegação de violação ao art. 49 da Lei nº 9.784/99, o qual prevê que concluída a instrução, o processo deverá ser julgado no prazo de 30 dias, os julgadores *a quo* não acolheram tais argumentos aduzindo que o presente artigo não se aplica ao presente caso, isto porque o extravio do processo se deu antes de concluída a instrução do feito.

Quanto ao mérito da autuação proferiu o seguinte Acórdão:

“Da análise dos documentos constantes do processo, verifico que conforme demonstrativos juntados pelos revisores às fls. 105 a 109, foram relacionadas as quantidades de mercadorias constantes das notas fiscais apresentadas pelo autuado, conforme comentários de ajustes consignados nos demonstrativos às fls. 106 e 108/109, tendo sido acatados todos os documentos apresentados, bem como ajustado o cálculo dos preços”

médios, conforme demonstrativo à fl. 107.

Verifico também, que foi fornecido ao autuado, cópia dos demonstrativos refeitos e da informação fiscal, conforme recibo de entrega consignado em todos os documentos juntados com a informação fiscal.

Quanto ao argumento de que o processo deva ser encaminhado ao autuante para esclarecer possíveis equívocos cometidos pelos revisores, não pode ser atendido, haja vista que conforme despacho à fl. 19, neste lapso de tempo ocorreu o falecimento do auditor Gilmar Souza Costa.

Da mesma forma, não acato o argumento de que a revisão foi feita com base no levantamento feito pelo autuante, tendo em vista que no levantamento quantitativo original foram relacionadas por nota fiscal as quantidades dos produtos comercializados, de acordo com cópias juntadas pelo recorrente às fls. 35 a 45. Por sua vez, os revisores tomaram como base o demonstrativo original e ajustaram levando em consideração os documentos apresentados pelo impugnante, conforme demonstrativos juntados às fls. 105 a 110. Após a revisão fiscal foram entregues cópias ao estabelecimento autuado e reaberto o prazo de defesa, o que possibilitou o exercício do direito de defesa.

Considerando que o autuado não apontou qualquer equívoco nos novos demonstrativos refeitos junto com a informação fiscal prestada pelos fiscais estranhos ao feito, acato o demonstrativo de débito juntado à fl. 104 e considero devidos os valores de R\$1.158,58 na infração 1 e R\$16,59 na infração 2, totalizando débito de R\$1.175,17."

O sujeito passivo inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, ingressou com o presente Recurso Voluntário, argumentando em sede de preliminar a ocorrência de prescrição sob o fundamento de que o art. 174 do CTN fixa o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para cobrança dos créditos tributários e se a Fazenda Pública não promover a inscrição definitiva do crédito no referido prazo este deve ser extinto em decorrência da prescrição.

Argui, ainda, em sede de preliminar a prescrição intercorrente sob o fundamento de que se o Estado não promove o julgamento administrativo do feito em prazo superior ao prescricional ocorre a prescrição intercorrente. Cita o art. 49 do RPAF, o qual dispõe o prazo de 30 para o julgamento do feito após encerrada a instrução do feito para fundamentar as suas alegações. Diz, ainda, que a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar esclarecimentos que forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos, respectivamente estabelecidos para a extinção do seu direito à ação ou à reclamação.

Quanto ao mérito do Recurso Voluntário, diz que a imputação fiscal é improcedente, vez que a empresa autuado trabalha exclusivamente com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e, se for condenado ao pagamento do imposto aqui exigido, será obrigado a pagar o imposto em duplicidade.

Assevera que a penalidade a ele aplicada não deve subsistir, isto porque está lhe exigindo uma penalidade diversa da não emissão de documento fiscal. Diz que no processo de reconstituição os auditores revisores reconhecem a improcedência de parte da autuação e excluem algumas notas fiscais da autuação. Assevera que os fiscais autuantes deixaram de observar diversas notas fiscais, vez que a revisão fiscal foi realizada apenas com a documentação acostada pelo Autuado. Diz que não tem a obrigação de guardar as notas fiscais de saídas por período superior a 5 (cinco) anos. Ao final, sustenta que a Decisão deve ser baseada numa interpretação mais favorável ao contribuinte.

Ao final, pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário para julgar Improcedente o Auto de Infração.

Instada para se manifestar sobre o Recurso Voluntário a Douta PGE/PROFIS, emitiu Parecer conclusivo opinando pelo seu Improvimento, argumentando inicialmente que a tese de prescrição não deve ser acolhida, isto porque o extravio do processo administrativo fiscal se deu em fase de defesa, ou seja, não havia sido constituído definitivamente o crédito fiscal.

Quanto ao mérito da autuação assevera que as alegações do contribuinte não merecem ser acolhidas, isto porque conforme se observa no demonstrativo de débito de fls. 104, apenas foram consideradas as mercadorias em estoque sujeitas à tributação normal, motivo pelo qual não se aplica o entendimento firmado no Acórdão nº 0208/98.

Ao final, diz que os argumentos trazidos pelo sujeito passivo não são suficientes para modificar a Decisão recorrida, pelo que opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O presente Recurso Voluntário se insurge contra a Decisão proferida em Primeira Instância administrativa, que julgou o presente Auto de Infração Procedente em Parte. Inicialmente, cumpre ser esclarecido que o presente PAF trata-se de processo reconstituído.

Em que pese o sujeito passivo tenha denominado o presente instrumento processual como RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO, conheço o mesmo como Recurso Voluntário fosse, à luz dos princípios da informalidade e instrumentabilidade das formas que regem o processo administrativo fiscal.

O sujeito passivo em sua súplica recursal, sustenta a ocorrência da prescrição do crédito tributário, argumentando, em síntese, que o Estado apenas possuía o prazo de 5 anos para a constituição do crédito fiscal.

Analizando a legislação aplicada ao presente caso, percebe-se facilmente que as alegações ali contidas não merecem ser acolhidas. Como é de sabença notória a Fazenda Pública tem o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para efetuar o lançamento de ofício, seja quando o sujeito passivo não recolhe o imposto na sua integralidade, seja quando o faz de forma incompleta. E, após constituído definitivamente o crédito fiscal, que ocorre com o euxarimento da instância administrativa, o Estado possui o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para ingressar com a execução fiscal.

No presente caso, observa-se que o lançamento de ofício foi lavrado antes de que decorresse o prazo decadencial de 5 (cinco) anos e quando o mesmo foi extraviado, ainda, se encontrava em fase de defesa. O fato de ter o processo sido paralisado por prazo superior a 5 anos na esfera administrativa, entre o seu extravio e o processo de reconstituição, não pode ensejar o reconhecimento da ocorrência da prescrição intercorrente, por não haver previsão expressa na Lei.

Diante de todos esses argumentos, entendo que a alegação de prescrição trazida no corpo do Recurso Voluntário, não merece ser acolhida, por lhe faltar respaldo jurídico.

Quanto ao mérito da autuação, constato que a Decisão recorrida encontra-se correta. Conforme pode se observar, a autuação acusa o sujeito passivo de ter omitido saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício aberto e mercadorias no estoque desacompanhadas de documentação fiscal com valores apurados em levantamento físico de estoque por espécie de mercadorias, em exercício aberto.

O sujeito passivo, argumenta que a autuação deve ser julgada improcedente, vez que se trata de uma auto peças e que suas mercadorias estão enquadradas no regime da substituição tributária. Analisando os autos, pode-se constatar que, embora o autuado de fato comercialize, em sua maioria, com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as mercadorias levadas a efeito na autuação se encontram enquadradas no regime normal de tributação, conforme se depreende dos demonstrativos de débitos constantes na revisão fiscal, de fls. 104/110.

Quanto à alegação de equívocos no procedimento fiscal, este também não merece ser acolhido, isto porque o fiscal autuante analisou os documentos contidos nos autos e que a prova para elidir a infração fiscal caberia ao autuado e se não o fez da forma correta, a infração deve ser mantida. No que concerne a não obrigação de guardar os seus livros e documentos fiscais por período superior a 5 anos, não merece qualquer respaldo, isto porque o art. 144 do RICMS é muito claro em afirmar que:

“Art. 144. Os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados, deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial (art. 965), e, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua Decisão definitiva, ainda que esta venha a ser proferida após aquele prazo.”

Desta forma, não acolho tais argumentos.

Diante do exposto, tendo em vista que a Decisão proferida em primeiro grau analisou todos os pontos da autuação, bem como realizou as exclusões devidas, voto no sentido de NÃO PROVER o Recurso Voluntário ora analisado, homologando os valores já recolhidos.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Prescrição Intercorrente)

Permito-me discordar, *rogata venia*, do respeitável *decisum* proferido e sacramentado na assentada de julgamento, quando por maioria restou vencedor o voto produzido de procedência, oriundo do órgão *a quo*.

Ao contrário do quanto sustentado pelo nobre conselheiro relator, entendo que devo avançar no mérito para decretar a improcedência do presente Auto de Infração, diante da manifesta prescrição intercorrente que abraça a instrução destacada, tendo em vista que o feito ficou absolutamente paralisado por quase 07 (sete) anos, contados da data da protocolização da peça defensiva – 28/11/1998 (último ato processual praticado antes do extravio) -, até a iniciativa da reconstituição dos autos – 21/09/2005 -, não tendo, portanto, cumprido com a sua função específica, qual seja, dar os devidos contornos, emoldurando definitivamente o crédito tributário com todos os seus elementos precípios.

Não levantar a possibilidade de se decretar a prescrição intercorrente neste caso seria um prêmio à desidiosa e ineficaz estrutura de análise da legalidade do lançamento tributário, eternizando a Espada de Dâmocles pendurada sobre a sua cabeça, verdadeiro atentado à segurança jurídica tão cara ao nosso ordenamento jurídico, notadamente quando se fala em um Estatuto do Contribuinte erigido pela nova Carta Política de 1988.

De mais a mais, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, meta-princípio do Direito aliado à mais pura noção de justiça e equidade. Aliomar Baleeiro afirmava a propósito do pagamento indevido de tributos “*velho e universal princípio de Direito, atribuído a Pompônio, não tolera locupletamento indevido com alheia jactura*”.

Então que se entremostrem os fundamentos da prescrição intercorrente evocada, sendo de curial importância exordiar esta divergência a partir das orações talhadas no inciso LXXVIII do art. 5º da *Lex Legum*:

“CF/88

Art. 5º (Omissis)

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Sublinhei)

Por aberta e escancarada para a aclamação da **prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal**, sem embargo do seu intrépido respaldo constitucional e legal, mesmo porque erigida em matéria de ordem pública, ao existir permissivo normativo para ser provocada de ofício como soa esclarecer o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil *litteris*:

“*Art. 219. (Omissis)*

(...)

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”

Os institutos da decadência e da prescrição, luzes e baluartes sustentadores da ribalta denominada segurança jurídica, têm a sua formatação engendrada pelo Direito Privado, pelo que a legislação tributária não poderia desconstituir-lhos à luz do quanto esposado pelo art. 110 do Códex Fiscal, malgrado seus efeitos fiscais possam ser adaptados à matéria específica, como também significa o art. 109 do mesmo Diploma de aceitação como se equivalente fosse a uma Lei Complementar.

E mais, na própria Lei n.º 6.830 tal incidência é prevista, como se depreende do contexto exarado pelo § 4º do seu art. 40 *litteris*:

"Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não ocorrerá o prazo de prescrição.

[...]

§ 4º Se da Decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, **poderá de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.** (Sublinhei)

Mas não é só. Os sodalícios nacionais também vêm se manifestando nessa diretiva, trazendo-se à colação, apenas a título exemplificativo, *decisum* prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*:

Imposto – Lançamento – Recurso – Exigibilidade Suspensa – Prazo Prescricional Intercorrente – Preliminar Acolhida.

O lançamento do crédito tributário importa a sua constituição definitiva. O Recurso administrativo suspende a sua exigibilidade, interrompendo, por isto, a prescrição. Se porém, o aparelho fiscal não decide o Recurso a tempo, deixando transcorrer espaço de tempo superior ao do prazo prescricional, ocorre a prescrição intercorrente. (Embargos Infringentes na Apelação Cível 16.246 – Duque de Caxias – 2º Grupo de Câmaras – Rel. Des. Orlindo Elias, in: Revista de Direito Público, nº 65, jan./mar. De 1983) (Sublinhei)

Se isto é possível no âmbito mais rígido e formalista do Poder Judiciário, por que não se pugnar pela sua aplicação nos Tribunais Administrativos?

Admitir tese em sentido contrário seria, repita-se, premiar a eternização do processo administrativo fiscal em manifesto vilipêndio aos princípios constitucionais da razoabilidade e segurança jurídica tão caros ao ordenamento jurídico pátrio.

Dest'arte, em face de tudo quanto acima exposto, divergindo do entendimento manifestado pelo ilustre Relator, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto para, sob outro fundamento, acolher a preliminar de mérito da prescrição intercorrente suscitada pelo recorrente e julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 300198.0011/98-6, lavrado contra AUTO PEÇAS FIGUEIREDO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$1.175,17, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.158,58 e 100% sobre R\$16,59, previstas no art. 42, incisos III e IV, "b", da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Márcio Medeiros Bastos, Mônica Maria Roters, Fauze Midlej, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Prescrição Intercorrente) – Conselheiro: Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à Prescrição Intercorrente)

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS