

A. I. N° - 206973.0003/04-1
AUTUADO - ÁGUA MINERAL DIAS D'ÁVILA S/A
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 09.12.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0457-02/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante auditoria de estoques em exercício aberto, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração caracterizada face a constatação de diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, sendo correta a exigência do imposto com base no valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **c)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações caracterizadas, pois não foi questionada a auditoria de estoques que fundamenta as diferenças apuradas. Rejeitadas as preliminares de nulidade por não se enquadra em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/09/2004, e reclama o valor de R\$171.616,11, em decorrência dos seguintes fatos:

- 1) Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 46.278,00, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2002, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls. 300 a 416.
- 2) Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 106.190,60, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis não declaradas no montante de R\$ 624.650,59, com base na presunção

legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício de 2001, conforme demonstrativos às fls. 80 a 298.

- 3) Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 12.250,78, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício de 2003, conforme demonstrativos às fls. 418 a 446.
- 4) Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS no valor de R\$ 6.896,73, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento no escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao exercício de 2002, conforme demonstrativos às fls. 300 a 416.

O sujeito passivo, no prazo legal, por intermédio de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 463 a 471, preliminarmente tece algumas considerações sobre princípios de direito, destacando que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, deverão ser observados os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo, e da garantia de ampla defesa.

Em seguida, argüi a nulidade da autuação a pretexto de cerceamento de defesa, sob alegação de que a ação fiscal que resultou no Auto de Infração foi desenvolvida sem observância do devido processo legal, pois os autuantes não cumpriram ao disposto no artigo 40, do RPAF/99, visto que numa mesma ação fiscal foram lavrados os Autos de Infração nº 206973.0003/04-1; 206918.0003/04-4 e 206918.0004/04-0, sem motivo que justificasse tal procedimento, e sem autorização do Inspetor Fazendário.

Aduz ainda que não tendo obtido a autorização do Inspetor Fazendário para o procedimento fiscal, juntamente com os autos de infração anteriores, implicou na inobservância do devido processo legal, e em cerceamento do direito de defesa, ressaltando que o CONSEF vem decidindo nestes casos pela nulidade da autuação, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 2204-04/01 e JJF nº 0351019/02.

Foram acostadas à defesa cópias dos Autos de Infração nº 206973.0003/04-1; 206918.0003/04-4 e 206918.0004/04-0 (docs. fls. 487 a 490).

Por fim, argüi como prejudicial de validade e eficácia a peça básica do procedimento administrativo fiscal, e requer a decretação da nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 494 a 491, os autuantes rebatem a alegação defensiva de que numa mesma ação fiscal foram lavrados três autos de infração sem que tenha sido apresentada a justificativa e a autorização da adoção de tal procedimento fiscal, dizendo que à fl. 09 do processo encontra-se a prova material de que foi devidamente obedecido o disposto no artigo 40, do RPAF/99,

inclusive que as cópias dos outros dois Autos de Infração foram anexadas aos autos às fls. 453 a 459 e 460 e 461.

Ressaltam que o citado dispositivo regulamentar não impõe a justificativa ao contribuinte para a lavratura de mais de um auto de infração numa mesma ação fiscal, mas sim, ao Inspetor Fazendário, entendendo que se trata de procedimento interno da Secretaria da Fazenda.

Quanto a garantia da ampla defesa, foi esclarecido que os autos contêm todos os documentos necessários ao perfeito entendimento das infrações imputadas, e as cópias dos demonstrativos que originaram o lançamento tributário foram entregues ao autuado, conforme recibo datado de 22/09/04 (doc. fl. 22).

Além disso, informou ainda que no Termo de Encerramento de Fiscalização que foi entregue ao autuado mediante recibo comprova que o fato relativo a lavratura de mais de um Auto de Infração encontra-se devidamente registrado.

Quanto ao mérito, foi salientado que o autuado não questionou em momento algum as quantidades nem os valores indicados nos demonstrativos, tornando desnecessária qualquer revisão dos mesmos.

Concluem pela procedência de sua ação fiscal.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, observo que em momento algum o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas, todos especificados no índice do processo à fl. 06, os quais lhe permitiram a verificação das quantidades e dos valores apurados.

Quanto a alegação de que a ação fiscal que resultou no Auto de Infração foi desenvolvida sem observância do devido processo legal, por não ter sido cumprido o disposto no artigo 40, do RPAF/99, observo que não assiste razão ao patrono do autuado, pois conforme consta à fl. 09, os prepostos fiscais em 17/08/2004, diante da solicitação do autuado para atender intimações relativas a itens pendentes, obtiveram autorização do Inspetor Fazendário para a lavratura, na mesma ação fiscal, de mais de um Auto de Infração, quais sejam, os Autos de Infração nºs 206973.0003/04-1; 206918.0003/04-4 e 206918.0004/04-0 (doc. fl. 09), cujas cópias dos mesmos foram acostados aos autos às fls. 451 a 461.

Ressalto que os Acórdãos do CONSEF citados na defesa não se aplicam ao presente caso, pois enquanto naqueles inexistiu a autorização do Inspetor Fazendário para a lavratura de mais um Auto de Infração na mesma ação fiscal, neste processo inexistem qualquer vício formal e material, pois está comprovado nos documentos às fls. 09, 451 a 461 que os prepostos deram estrito cumprimento ao previsto no artigo 40, do RPAF/99, sendo apresentada a prova material à fl. 09.

Além do mais, não há porque considerar que falta certeza e liquidez ao lançamento, pois o lançamento foi constituído com base em elementos extraídos da escrita fiscal do autuado, e o mesmo recebeu cópia de todos os Autos de Infração, conforme atesta o documento à fl. 09, e as cópias anexadas à impugnação às fls. 487 a 490, nas quais se verifica que os fatos autuados são completamente distintos entre si.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade argüida por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, verifico que o débito das infrações descritas no Auto de Infração foi apurado com base em auditoria de estoques, sendo constatado no exercício de 2002 omissão de saídas de mercadorias tributadas, enquanto que nos exercícios de 2001 e 2003, foi apurada falta de contabilização de entradas de mercadorias tributadas e exigido o imposto com base na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, e a falta de retenção sobre a omissão de saídas no exercício de 2002.

Os papéis de trabalho, os levantamentos das entradas e das saídas, e os demonstrativos de apuração do débito relativos à auditoria de estoques encontram-se às fls. 13 a 446, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme comprova o recibo à fl. 22.

O artigo 123 do RPAF/99 assegura ao contribuinte o direito de fazer a impugnação do lançamento aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

No caso, o sujeito passivo limitou-se apenas a argüição de nulidade, que foi rejeitada conforme comentado acima, deixando de adentrar no mérito das questões.

“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto de provas.” (art. 140 do RPAF/99).

Desta forma, não tendo o autuado apontado qualquer equívoco na auditoria de estoques que embasa as infrações, concluo pela subsistência de todas as infrações.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206973.0003/04-1, lavrado contra **ÁGUA MINERAL DIAS D'ÁVILA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$171.616,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 6.896,73, e de 70% sobre R\$ 164.719,38, previstas no artigo 42, II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA