

A. I. N° - 022073.0056/09-8
AUTUADO - ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS DJALMA DUTRA LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 19.07.2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0179-01/10

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA. ÁLCOOL. ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações caracterizadas. **b)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES DE SAÍDAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração subsistente. Rejeitada a nulidade argüida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/12/2009, exige do autuado o valor de R\$ 19.192,37, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004, 2006, 2007 e 2008), exigindo ICMS no valor de R\$ 15.040,46, acrescido da multa de 70%;
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita, da entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004, 2006, 2007 e 2008), exigindo ICMS no valor de R\$ 4.101,91, acrescido da multa de 60%;
3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em ~~exercício fechado (2004, 2006, 2007 e 2008)~~, imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de

o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado no ano de 2005, constatou-se que as omissões de saídas foram maiores que as omissões de entradas. O autuado apresentou defesa às fls. 116 a 118, afirmando que o enquadramento a que se refere o Auto de Infração encontra-se eivado de erros e ilegalidades, o que deve resultar na declaração de nulidade completa da autuação.

Sustenta que a maioria dos artigos que justificam o enquadramento, na verdade, não enquadram atitude demonstrada como sendo indevida da autuada, justificando apenas a base de cálculo de ICMS e alíquotas utilizadas; quando e como poderá ser feito o levantamento fiscal; quando será feito o arbitramento da base de cálculo do ICMS e quando se presume a ocorrência do fato gerador do ICMS. Ou seja, eles apenas ratificam as alíquotas utilizadas, o arbitramento feito por parte do autuante e justificam de forma legal o procedimento de auditoria. Com base nisso, não se pode atestar a ocorrência dos atos ditos infringidos pelo autuado.

Diz que outro fato a ser observado é o enquadramento em artigos, que por sua vez, já foram revogados, como o artigo 125, inciso I, revogado pela alteração nº 52 através do Decreto nº 8969 de 12/02/04, com efeitos a partir de 01/03/04.

Alega que o período fiscalizado compreende de 30/12/04 até o dia 27/05/08, sendo inquestionável a ilegalidade do citado artigo, tendo em vista que no período autuado este já se encontrava fora de aplicação, implicando na nulidade do Auto de Infração que lança tributo com base em lei inexistente.

Registra que o artigo 371, inciso I, "a" ganhou uma nova redação dada pela alteração nº 55 (Decreto nº 9068 de 12/04/04), período que também não alcança as datas da fiscalização.

Questiona como pode ser enquadrado em artigos que se encontram revogados? Diz que isso fere o princípio constitucional da legalidade.

Invoca o artigo 37 da Constituição Federal para dizer que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da legalidade. Cita e transcreve lição de Maria Sylvia di Pietro, no seu livro Direito Administrativo, referente ao princípio da legalidade.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 122 a 123, na qual diz que em momento algum o autuado contestou o levantamento de estoques nos exercícios objeto da autuação. Afirma que às fls. 11 a 23 dos autos, constam os demonstrativos de estoque dos produtos com os cálculos nos anos de 2004 a 2008; as perdas computadas; os ganhos e as aferições; as omissões de entradas e as omissões de saídas dos produtos no período fiscalizado. Acrescenta que às fls. 24/25, constam os demonstrativos das bases de cálculo do ICMS normal e antecipado nos exercícios de 2004 a 2008.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado constatadas mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2004 a 2008, em conformidade com os demonstrativos e documentos acostados aos autos.

De início, no que concerne à nulidade argüida pelo impugnante sob o argumento de que o enquadramento a que se refere o Auto de Infração encontra-se eivado de erros e ilegalidades, vejo que não há como prosperar, pois, o lançamento efetivado pelo autuante identifica com clareza a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do imposto devido, identifica o sujeito passivo e propõe a aplicação da penalidade cabível, estando em conformidade com as determinações do Código Tributário Nacional e Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente

Ademais, verifico que a descrição dos fatos infringentes no Auto de Infração se apresenta sem qualquer erro ou omissão que pudesse caracterizar cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte, o que levaria a nulidade da peça acusatória.

Na realidade, os elementos existentes nos autos são suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator, não sendo condição indispensável para a legalidade do Auto de Infração que o dispositivo infringido e a penalidade estejam descritos corretamente, pois mesmo que o enquadramento estivesse equivocado, é plenamente factível o conhecimento das infrações pela clareza da descrição dos fatos infringentes, restando evidente o enquadramento legal.

Nesse sentido, o art. 19 do RPAF/99 estabelece:

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Vale consignar que o levantamento levado a efeito pelo autuante não se trata de arbitramento, conforme alegado pelo impugnante, sendo, na realidade, procedimento conduzido pela Fiscalização em conformidade com as regras estabelecidas na Portaria nº. 445/98.

Diante do exposto, rejeito a argüição de nulidade da autuação, por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses prevista no artigo 18 e seus incisos do RPAF/99.

No mérito, verifico que o impugnante exerce a atividade de comércio varejista de combustíveis e, nessa condição, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Contudo, no presente caso, o Fisco exige corretamente nas infrações 01 e 02 o imposto devido por solidariedade, assim como, o ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (apurado em função do valor acrescido), em razão da constatação da falta de registro, em sua escrituração, de entradas de combustíveis, ocorridas em seu estabelecimento, as quais foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoques.

As mencionadas ocorrências foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques dos produtos álcool, óleo diesel e gasolina, sendo apuradas quantidades de entradas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, em exercício fechado (2004 a 2008).

Importante registrar que o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto ao levantamento realizado pela Fiscalização sob o aspecto quantitativo ou valorativo, limitando-se a suscitar a nulidade do Auto de Infração por erro no enquadramento legal, o que já foi afastado na análise acima.

Conforme dispõe o artigo 140 do RPAF/99, *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Diante disso, considero subsistentes as infrações 01 e 02.

No respeitante à infração 03, apesar de ter sido apurada no mesmo levantamento efetuado pelo autuante, observo que diz respeito à constatação de omissão de saídas de mercadorias não tributáveis, motivo pelo qual descabe a exigência de imposto, porém, a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro na escrita fiscal, conforme a autuação.

Vale para esta infração o mesmo que foi dito com relação às infrações 01 e 02, ou seja, o contribuinte não apresentou qualquer impugnação sobre o mérito, limitando-se a arguir a nulidade, cuja apreciação já foi feita acima.

Assim sendo, esta infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022073.0056/09-8**, lavrado contra **ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS DJALMA DUTRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$19.142,37, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 15.040,46 e de 60% sobre R\$ 4.101,91, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso III e inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR