

PROCESSO - A. I. Nº 022073.0056/09-8
RECORRENTE - ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS DJALMA DUTRA LTDA. (POSTO DE SERVIÇOS DJAMA DUTRA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0179-01/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0232-11/11

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 03/12/2009 para exigir ICMS no valor de R\$ 19.192,37, por imputá-lo as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, 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 ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado(2005), sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 50,00. Consta que efetuado 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.

Em primeira instância a presente lide foi dirimida sob os fundamentos seguintes relativos à nulidade processual, por ser esta a única matéria objeto da súplica recursal na qual se restringiu a resistência do contribuinte:

“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, o seu art. 39.

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.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

Inconformado, o recorrente, como acima mencionado, arguiu a nulidade do lançamento por considerá-lo ilegítimo por inadequação da capitulação legal que lhe serviu de base, que não enquadra o fato gerador, mas apenas indica a base de cálculo e as alíquotas. E prosseguiu: “Com base nisso, não se pode atestar a ocorrência dos ditos atos infringidos pelo autuado, gerando uma nulidade evidente”.

Alegou que, na Decisão recorrida, não foram mencionados os artigos corretos correspondentes aos enquadramentos e que os indicados estão revogados. Ou seja: o artigo 125, inciso I, foi revogado pela alteração nº 52 através do Decreto nº 8969 de 12/02/04, com efeitos a partir de 01/03/04. E que o período fiscalizado compreende de 30/12/04 até o dia 27/05/08, sendo inquestionável a ilegalidade do citado artigo, pois já não vigorava.

Idem quanto ao artigo 371, inciso I, “a”, do RICMS, cuja redação disse ter sido ter sofrido a alteração nº 55 pelo 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.

Nessa senda, destacou o artigo 37 da Constituição Federal para salientar que a administração pública se sujeita ao princípio da legalidade, citando a administrativista Maria Sylvia di Pietro.

Pugnou, ao final, pela declaração de nulidade do lançamento.

A PGE/PROFIS às fls. 152/153, proferiu Parecer pelo Improvimento do Recurso Voluntário, aclarando que no auto infracional inexistem os erros apontados pelo recorrente quanto ao enquadramento legal, e que a descrição fática está correta, possibilitando a sua compreensão e o exercício do direito de defesa.

Ressaltou que as infrações estão comprovadas documentalmente, em levantamentos fiscais, com planilhas, e que tudo foi apresentado ao sujeito passivo que, entretanto, não produziu prova de suas alegações, nem em sede de impugnação e nem na recursal, fase em que foi por ele reiterados os mesmos argumentos, sem adentrar no mérito do lançamento.

VOTO

Cuidam os autos de reexame, por esta CJF, quanto à regularidade processual do lançamento fiscal por ter sido invocada, como matéria recursal, exclusivamente, a sua nulidade.

De início, verifico que o autuante se desincumbiu de juntar aos autos vasta documentação de fls. 09/113, como comprovação da acusação fiscal e que presente processo encontra-se sobejamente instruído.

Observe, por outro lado, que o recorrente ao defender às fls. 116/118, restringiu-se a alegar estar o lançamento fulminado por vício de nulidade, sustentando, evasivamente, estarem os dispositivos legais que servem de esteio à autuação, revogados. Nada mais acrescentou, consistentemente, não tendo nem mesmo abordado o mérito da autuação, e nem apresentado qualquer documento, em sua defesa para afastar a imputação de falta de recolhimento de ICMS e omissão de saídas de mercadorias.

Constato, também, estar à descrição dos fatos constantes do Auto de Infração clara e precisa, sem apresentar erro ou omissão que pudesse obstar ou minorar a inferência, pelo contribuinte, das irregularidades que estão lhe sendo imputadas.

Devo asseverar que não é verídica a alegação de que teve seu direito de defesa cerceado, eis que na autuação consta clara e identificadas a pessoa do infrator e a natureza da infração.

De concluir-se, portanto, que o recorrente não produziu defesa de mérito apenas porque não o quis, nem mesmo em homenagem ao princípio da eventualidade a teor do art. 123, § 1º do RPAF. Simplesmente, na impugnação inicial e em seu apelo, não se reportou ao aspecto substancial sobre o qual centram-se as infrações contra si imputadas, que se encontram corretamente descritas na autuação. Fixou-se no aspecto formal.

Sendo assim, mesmo sendo a hipótese de inobservância de aspecto formal quanto ao enquadramento legal, não se posso acolher, no caso presente, a arguição de nulidade, pois não considero que tenha havido qualquer preterição ao direito de defesa, não se configurando qualquer das hipóteses do art. 18 do RPAF ante o que, expressamente, dispõe o art. 19 desse mesmo diploma processual.

Rejeito, por estes fundamentos, a nulidade na qual restringiu-se toda a insurgência recursal, e concluo pela anuência do contribuinte com o teor do “*decisum*”, importando arrematar que, como salientado pelo relator de primeiro grau, não houve, pelo sujeito passivo, qualquer impugnação sobre o levantamento fiscal sob o aspecto quantitativo ou valorativo a implicar em anuência tácita.

Pelo que, julgo subsistentes as três infrações, todas elas oriundas do levantamento de estoque levado a efeito pela fiscalização, apurada a omissão de saídas de mercadorias não tributáveis e

descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro na escrita fiscal, a ensejar a imposição da penalidade correspondente.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022073.0056/09-8**, lavrado contra **ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS DJALMA DUTRA LTDA. (POSTO DE SERVIÇOS DJAMA DUTRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$19.142,37**, acrescido das multas de 70% sobre R\$15.040,46 e 60% sobre R\$4.101,91, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III e II, “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, 28 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA – REPR. DA PGE/PROFIS