

PROCESSO - A.I. Nº 298963.0050/03-1
RECORRENTE - TEIXEIRA & COELHO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 1ª JJF nº 0091/01-04
ORIGEM - INFRAZ VALENÇA
INTERNET - 08.07.04

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0133-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infrações caracterizadas. **c)** SAÍDAS DE MERCADORIAS. FALTA DE EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA. A falta de emissão de documentos fiscais, nas saídas de mercadorias com fase de tributação já encerrada, enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração confirmada. Rejeitado o pedido de revisão do lançamento. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 50.836,57, além de multa no valor de R\$ 50,00, em face de apuração de omissão de saídas apuradas através de levantamento no LMC.

O autuado, em sua defesa, alega que a autuação se pautou apenas nos dados constantes do LMC, que não são suficientes para caracterizar a omissão de saídas de mercadorias, devendo, portanto, o levantamento estender-se a análise da escrita fiscal/contábil da empresa, que melhor retrata a situação do estoque, pois no LMC ocorrem movimentações de mercadorias que não significam circulação, gerando diferenças que não estão sujeitas à tributação; requer diligência no sentido de que seja feita uma apuração na escrita fiscal-contábil. Afirma ainda que no caso da responsabilidade solidária a substituição tributária implica em bitributação, pois o imposto já fora devidamente recolhido pelo fornecedor das mercadorias. Contesta a forma de apuração do preço médio, no qual já está incluído o ICMS por substituição tributária.

O autuante informou que o contribuinte está obrigado, mediante legislação federal, a preencher o LMC nos campos próprios o quantitativo das entradas e saídas, na leitura dos encerrantes dos bicos, encerrantes freqüentemente aferidos. Que o LMC é o melhor indicador para se afirmar com

exatidão o estoque inicial, as compras e as vendas em dado período, além do que os consumidores e os proprietários acreditam no valor registrado nos encerrantes.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

"O sujeito passivo alegou erro na indicação do valor da base de cálculo do imposto, em relação às infrações 2 a 5, entendendo ter sido considerado para o cálculo do imposto, nos itens 2 e 4, valores já inclusos a MVA e, para o cálculo do imposto, nos itens 3 e 5, teria sido agregada a MVA em duplicidade, no entanto, não trouxe a prova de suas alegações.

Neste sentido, observo que o autuante anexou ao processo Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio das Entradas de Mercadorias, indicando como foram apurados os preços médios unitários, para fins de apuração do imposto devido, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias sem documentação fiscal, bem como, constam as indicações das MVA aplicadas para fins de apuração do imposto devido por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária.

Rejeitada a solicitação de diligência, haja vista que o autuado não apresentou nenhum elemento motivador que justificasse a realização de diligencia por fiscal estranho ao feito, além do que todos os levantamentos e demonstrativos anexados aos autos, às fls. 6 a 58, foram recebidos pelo impugnante, conforme se constata mediante recibo, à fl. 6 dos autos.

Da análise das peças que constituem o presente processo, verifico que foi realizada Auditoria dos Estoques, nos exercícios de 2001 e 2002 (exercícios fechado), além do período de 01/01/03 a 07/10/03 (exercício aberto), tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entrada e de saída de mercadorias, sem documentação fiscal. Foi exigido imposto, do sujeito passivo, na condição de responsável solidário e, por antecipação tributária, em relação aos produtos que apresentaram diferença de quantidade por omissão de entrada.

Na realização dos trabalhos de Auditoria dos Estoques para os contribuintes com atividade de Postos de Combustíveis o Livro de Movimento de Combustíveis - LMC é o livro idôneo para identificação no tocante ao controle dos estoques, ou seja, retrata as quantidades existentes na abertura e fechamento, dia a dia. As quantidades dos estoques iniciais e finais é uma consequência de tais lançamentos, devendo, nestes casos, serem consignadas como quantidades inventariadas, aquelas lançadas no LMC que, a priori, deve estar com consonância com as escrituradas no livro Registro de Inventário.

As mercadorias em questão encontram-se elencadas na substituição tributária e, estando desacompanhadas de documentação fiscal, como ficou confirmado nos autos, é o detentor das mesmas quem responde solidariamente pelo pagamento do imposto e pelo pagamento do imposto devido pela antecipação tributária, já que as mercadorias se encontram enquadradas no regime de substituição tributária, tudo em relação às infrações 02, 03, 04 e 05 dos autos.

Como não houve, por parte do sujeito passivo, apresentação de nenhum elemento de prova que venha a modificar o levantamento realizado pelo autuante, concluo correto o procedimento fiscal, uma vez que o imposto foi exigido atendendo o que determinam as disposições regulamentares.

Em relação às diferenças constatadas por saída sem nota fiscal, infração 01, por se tratar de produto com fase de tributação encerrada, correta a exigência da multa, no valor de R\$ 50,00, pelo descumprimento de obrigação acessória, ou seja, pela falta de emissão do documento fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

O recorrente, em seu Recurso Voluntário, ratifica os argumentos expendidos na defesa, reiterando que os dados constantes do LMC não são suficientes para caracterizar a omissão de saídas de mercadorias, devendo, portanto, o levantamento estender-se a análise da escrita fiscal/contábil da empresa, que melhor retrata a situação do estoque, pois no LMC ocorrem movimentações de mercadorias que não significam circulação, gerando diferenças que não estão sujeitas à tributação; requer diligência no sentido de que seja feita uma apuração na escrita fiscal-contábil. Afirma ainda que no caso da responsabilidade solidária a substituição tributária implica em bitributação, pois o imposto já fora devidamente recolhido pelo fornecedor das mercadorias. Contesta a forma de apuração do preço médio, no qual já está incluído o ICMS por substituição tributária.

Requer a insubsistência da autuação, bem como a realização de diligência para que sejam elaborados demonstrativos de cálculo, tomando-se por base as informações existentes nos livros contábeis e em especial, o livro Registro de Saídas.

A Douta Procuradoria opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, argumentando inicialmente que o pedido de diligência não veio acompanhado de indícios de provas que o justificassem; quanto à infração 1, constatada a diferença no levantamento quantitativo, resta caracterizada a falta de emissão de nota fiscal, daí a exigência da multa, por se tratar de mercadoria com tributação encerrada; com referência aos demais itens, diz que caberia ao Recorrente demonstrar os erros no levantamento quantitativo, o que não ocorreu; quanto à exigência do imposto por solidariedade, a cobrança é do detentor da mercadoria desacompanhada de nota fiscal. A inclusão do MVA decorre da mercadoria estar incluída na substituição tributária, portanto, exige-se o imposto próprio (detentor) e por substituição; para este último aplica-se a MVA.

VOTO

Inicialmente, indefiro a diligência requerida porque o mérito da autuação reside na qualificação do LMC como prova, vez que o fisco entende que sendo o mesmo escrutinado pelo próprio contribuinte, constitui-se em prova incontestável, sobrepondo-se a qualquer outra, até mesmo a escrita fiscal/contábil, sendo desnecessária a sua confrontação. No mérito, a fiscalização tomou como base o LMC para apurar a diferença de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, bem como a falta de emissão de documentos fiscais nas saídas, ensejando o pagamento do imposto, com a consequente aplicação da multa por descumprimento da obrigação acessória. O contribuinte não apresentou contraprova, contestando apenas a forma de apuração do tributo. Por todas essas razões, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

VOTO EM SEPARADO

Peço *venia* para discordar do ilustre relator com referência à fundamentação de seu voto. A escrituração contida no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) não constitui prova incontestável para o fisco conforme afirmou o Conselheiro/relator em seu voto. Todas as provas no processo devem ser consideradas em conjunto, não estabelecendo a lei um peso absoluto de uma prova em relação à outra. Esse sistema da prova absoluta ou incontestável foi abolido a muito tempo do processo e a processualística moderna adota o princípio do livre convencimento do julgador, estampado no art. 131 do Código de Processo Civil, “*in verbis*”: “*O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento*”. Esse dispositivo é aplicável também ao julgador administrativo, pois é norma estrutural do processo contencioso praticado no Brasil, e o CPC é norma subsidiária do processo fiscal. A escrita produzida pelo comerciante/contribuinte prova contra seu autor, todavia, é lícito

ao comerciante, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos (art. 378 do CPC). Nessa situação, o ônus da prova, é do autuado, que deve demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do fisco (art 333, inc. II). A prova que demonstre o vício ou incorreção do lançamento de ofício não foi produzida pelo contribuinte neste específico processo, de forma que o ato administrativo de exigência do crédito tributário deve ser mantido, pois lastreado na escrita fornecida pelo próprio sujeito passivo. Em razão disso, acompanho o relator, na parte conclusiva do seu voto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE a exigência fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 298963.0050/03-1, lavrado contra TEIXEIRA & COELHO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$50.836,57, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$9.377,04 e 70% sobre R\$41.459,53, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII, do mesmo diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – VOTO EM SEPARADO

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS