

PROCESSO - A.I. Nº 269140.2018/03-9
RECORRENTE - PEDRO BATISTA DE SOUZA & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão 1ª JF nº 0101/01-04
ORIGEM - SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 08.07.04

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0135-12/04

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. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **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 PROVIDO**. 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\$ 118.333,46, acrescido das multas 70% e 60%, mais multa de R\$510,00, em face da falta de escrituração do LMC, omissão de saídas de mercadorias, e falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário e por antecipação tributária.

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 rejeita inicialmente a diligência solicitada, tendo em vista seu convencimento sobre a Decisão da lide. No mérito, mantém a multa por falta de escrituração do LMC em face do reconhecimento do autuado. Quanto aos demais itens, afirma, resumidamente, que não pode aceitar as alegações do autuado, pois as quantidades das vendas efetuadas e escrituradas no LMC são as corretas e espelham as quantidades que devem estar registradas nas notas fiscais de saída; igualmente, as quantidades dos produtos em estoque neste livro informadas são as mesmas constantes do livro Registro de Inventário. Havendo divergência, prevalece o LMC. Quanto ao regime de tributação das mercadorias autuadas, o que se apurou foram entradas do produto desacompanhadas de notas fiscais, o que torna indeterminada a sua origem, conseqüentemente não existe comprovação do pagamento do ICMS pelo fornecedor, sendo de responsabilidade do autuado. No exercício de 2002 foi constatada a omissão de saídas em maior quantidade que as entradas; estando encerrada a fase de tributação, deve ser cobrada a multa por descumprimento da obrigação acessória. No exercício de 2003 através de levantamento quantitativo, foi detectada a falta de recolhimento de imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de nota fiscal, atribuindo-se ao seu detentor, o pagamento do imposto por responsabilidade solidária.

Vota pela Procedência da autuação.

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 que o Recurso Voluntário interposto traz os mesmos fundamentos já expendidos em sua defesa inicial, já analisados pela primeira instância, os quais não têm o poder de modificar a Decisão guerreada, a qual está correta e proferida com embasamento legal; efetivamente o contribuinte não registrou entradas de mercadorias e por essa razão foram detectadas saídas sem tributação; também é devida a multa por falta de emissão de notas fiscais em vendas de mercadorias isentas e não tributáveis, como também é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória e os argumentos do recorrente não são capazes de elidir a acusação.

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 escriturado 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 não-pagamento do imposto, com a conseqüente 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, NEGOU 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 **269140.2018/03-9**, lavrado contra **PEDRO BATISTA DE SOUZA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$118.333,46**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$26.237,15 e 70% sobre R\$92.096,31, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, mais a multa de **R\$510,00**, prevista no art. 42, XV, “d” e XXII, da citada lei.

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