

PROCESSO - A. I. Nº 279196.0003/03-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.
RECORRIDOS - INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0103-02/04
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 31.01.05

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0377-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Exigência subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Infração subsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diligência saneadora atesta que a suposta diferença das quantidades de entradas indica que o sujeito passivo, apenas descumpriu obrigação acessória. Exigência parcialmente subsistente após análise das provas documentais e devidas correções. Aplicação da multa por descumprimento da obrigação acessória. b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. ÁGUA MINERAL. OPERAÇÃO DE SAÍDAS SEM NOTAS FISCAIS. Exigência insubsistente, porque vinculada à infração que se revelou insubsistente após as devidas correções. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em face ao Acórdão JF nº 0103-02/04 em que foi declarado Procedente em Parte o Auto de Infração nº 279196.0003/03-6.

O Auto de Infração, lavrado em 12/12/03, exige o ICMS de R\$281.760,72, pelas seguintes razões:

1. utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$6.515,43, referente à aquisição de material de consumo do estabelecimento, exercícios de 1998 e 1999, consoante fls. 8 a 45 do PAF;
2. falta de recolhimento no valor de R\$587,14, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 1998 e 1999, consoante fls. 8 a 45 do PAF;
3. falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$248.426,66, decorrente das operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício de 1999, consoante fls. 47 a 1.134 dos autos.

4. falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$26.231,49, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas na Substituição Tributária (Água Mineral), efetuadas sem emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, exercício de 1999, conforme fls. 47 a 1.134 do PAF.

O autuado apresentara impugnação, às fls. 1.141 a 1.159 dos autos, onde alegara:

1. Em relação às infrações 1 e 2 do Auto de Infração, por se encontrarem vinculadas entre si, defende que os produtos “rolamentos, óleo diesel, gasolina/álcool, ACID PR 32, K37, pneus, lubrificantes industriais, dentre outros, não seriam materiais de uso e consumo mas, sim, produtos intermediários para emprego em processo de industrialização ou comercialização de produtos tributados, sendo também consumidos nesses processos. Cita legislação e o Acórdão JJF n.º 0043-01/03 da 1ª JJF sobre o direito ao crédito do ICMS, ressaltando que embora não integrados diretamente ao produto final, muito dos materiais desgastam-se facilmente e de forma bastante acentuada, o que justificaria a legitimidade dos créditos fiscais.
2. No tocante às infrações 3 e 4, aduzira que a presunção da omissão de saídas não corresponde à verdade dos fatos, pois o levantamento está eivado das irregularidades que descreve.

Por fim, pedira a improcedência da autuação e a realização de prova pericial sobre todos os documentos fiscais, livros e demonstrativos, para refutação dos números constantes do levantamento fiscal e como prova de suas alegações anexa aos autos documentos, às fls. 1.170 a 7.973 do PAF.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 7.975 a 7.987 dos autos, tecera diversas considerações e acolhera parte das alegações defensivas. Mas requerera que o Auto de Infração fosse julgado parcialmente procedente, sendo R\$235.407,08 para a auditoria de estoque e R\$4.826,30, relativo ao ICMS Substituição Tributária, mantendo-se na íntegra as demais exigências.

Cientificado da informação fiscal, o autuado apresentara nova manifestação, onde aduzira que embora o fiscal tivesse acatado as provas de defesa relativas a todos os outros pontos do Auto de Infração, mantivera-se firme em relação ao suposto aproveitamento indevido de créditos e a suposta falta de recolhimento de ICMS devido nas saídas de botijões de água mineral de 20 litros. Assim, reiterara os argumentos defensivos, apresentando tabelas de entradas de garrações por transferências, devoluções e comparando com as saídas por vendas, transferências e cortesias, onde conclui que todo o volume de entradas tributadas não chega a um terço das supostas omissões de entradas encontradas pelo fiscal, do que entende recomendável a realização de prova pericial para demonstrar a real natureza da movimentação de botijões no ano de 1999, ressaltando, no máximo, a existência de descumprimento de uma obrigação acessória, nos termos do inciso XI do art. 42 da Lei n.º 7.014/96, ou seja 1% do valor comercial da mercadoria não tributável, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

A relatora do processo em primeiro grau indeferiu o pedido de diligência e/ou perícia formulado nas razões de defesa do autuado, considerando que a prova pretendida seria desnecessária em vista dos documentos acostados aos autos, pois o PAF encontrar-se-ia devidamente instruído, sendo os elementos contidos nos autos suficientes para a formação de sua convicção.

Disse a D. relatora que da análise das peças e comprovações que compõem o processo, constatavam-se subsistentes os dois primeiros itens do Auto de Infração, tendo em vista o entendimento de que as mercadorias não são empregadas no processo produtivo e a diferença de alíquotas correspondente a tais materiais, e por isso, foram consideradas como materiais de uso ou consumo do estabelecimento, sendo devido o imposto reclamado pela utilização indevida de crédito fiscal, sendo também exigível o imposto relativo à diferença de alíquotas correspondente a tais materiais.

Quanto à infração 3 referente à falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$248.426,66, decorrente da presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuara os respectivos pagamentos com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, consoante fls. 47 a 1.134 dos autos, a relatora manteve a autuação, com redução do valor face o acolhimento de alegações defensivas, entendendo desnecessária a realização de prova pericial ou de diligência, no sentido de se comprovar a real natureza da movimentação dos garrafões de 20 litros, uma vez que o próprio contribuinte deixara bem claro nos autos que tais documentos fiscais de entradas dos garrafões de 20 litros não existem, sugerindo inclusive a aplicação da multa pelas entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo, pois, tal verificação impraticável.

Aludindo ao artigo 142, inciso VIII, do RICMS, que define como obrigação do contribuinte “*exigir do estabelecimento vendedor ou remetente das mercadorias, ou do prestador do serviço, conforme o caso, os documentos fiscais próprios, sempre que adquirir, receber ou transportar mercadorias, ou utilizar serviços sujeitos ao imposto*”, disse a relatora que caberia ao autuado quando das entradas dos botijões vazios no seu estabelecimento a exigência da documentação fiscal acobertando tal operação, sob pena de não poder posteriormente comprovar a veracidade da mesma.

Assim, como não foram apresentadas provas documentais da alegação de defesa de que a natureza das saídas dos “Garrafões 20 LT” tratar-se-ia de simples remessas aos proprietários dos mesmos, uma vez que não existem as correspondentes notas fiscais de remessas ao autuado, e como teria restado comprovado no levantamento quantitativo por espécie a omissão de entrada de 368.563 unidades (fl. 7.985), entendeu a relatora que o sujeito passivo não conseguira comprovar a improcedência da presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Neste sentido, entendeu subsistir parcialmente a infração no valor de R\$ 235.407,08.

Infração 4 – inerente à falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 26.231,49, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas na Substituição Tributária (Água Mineral), efetuadas sem emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, conforme fls. 47 a 1.134 do PAF. Como o autuante, ante as alegações de defesa, reduzira o valor exigido para R\$4.826,30, deixava a mesma de ser objeto da lide, subsistindo parcialmente a exigência no valor de R\$4.826,30.

Em suas razões recursais o autuado pediu a modificação da decisão de primeiro grau, a empresa insiste no direito a crédito sobre aquisições de óleo diesel para sua falta de entrega de mercadorias, entendendo que o débito exigido cairia de R\$ 6.515,43 para R\$ 2.502,76.

Quanto às infrações 3 e 4 o autuado insistiu de que se trata de presunção, pois emitira ORDEM DE CARREGAMENTO, entendendo caber apenas a multa de 1% no valor total de R\$ 2.349,58.

Convertido o processo em diligência, constatou-se que o autuado deixara de emitir as notas fiscais de entrada, fazendo-as substituir por documentos internos, mas que se evidenciara que as saídas nos documentos internos correspondiam às saídas das mercadorias com notas fiscais.

Ante a manifestação da ASTEC o autuado reconheceu o débito nos valores que demonstra, inclusive propondo a aplicação de multa por falta de cumprimento de obrigação acessória.

Ouvida a PGE/PROFIS, esta acolhe o resultado da diligência e opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Acolho o Parecer da PGE/PROFIS, posto que o recorrente trouxe argumentos capazes de modificar a Decisão recorrida. Efetivamente, da análise das peças que compõem o processo, constata-se que o primeiro item do Auto de Infração - utilização indevida de crédito fiscal, subsiste tendo em vista de que as mercadorias não são empregadas no processo produtivo, de forma a caracterizar-se que as mercadorias adquiridas foram consumidas no processo industrial, ou integraram o produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção como matéria-prima ou produto intermediário que se agregue indelevelmente ao produto final, sendo, por isso, consideradas como materiais de uso ou consumo do estabelecimento, como muito bem demonstrado pelo relator de 1º Grau. Por isso deve ser mantida a Decisão correspondente aos itens 1 – decorrente da utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$6.515,43, bem como o imposto relativo à diferença de alíquotas correspondente a tais materiais, objeto do item 2 da autuação correspondente à falta de recolhimento da diferença entre a alíquota interna e as alíquotas interestaduais, no valor de R\$587,14, face às aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento, exigência subsistente em consequência da primeira infração, a qual está intimamente vinculada.

Quanto ao item 3 – correspondente à falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$248.426,66, decorrente da 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, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, consoante fls. 47 a 1.134 dos autos.

Entendo, necessária a diligência realizada, no sentido de comprovar a real natureza da movimentação dos garrafões, uma vez que o próprio contribuinte deixara bem claro nos autos que tais documentos fiscais de entradas dos garrafões de 20 litros não existiam, sugerindo inclusive a aplicação da multa pelas entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. A verificação revelou-se praticável. Porém, como bem o disse o ilustre relator do processo na primeira instância, o artigo 142, inciso VIII, do RICMS/97, estabelece como obrigação do contribuinte *“exigir do estabelecimento vendedor ou remetente das mercadorias, ou do prestador do serviço, conforme o caso, os documentos fiscais próprios, sempre que adquirir, receber ou transportar mercadorias, ou utilizar serviços sujeitos ao imposto”*. Portanto, caberia ao autuado quando das entradas dos botijões vazios no seu estabelecimento a exigência da documentação fiscal acobertando tal operação, sob pena de não poder posteriormente comprovar a veracidade da mesma. Ora, a diligência procedida revelou a comprovação de veracidade da operação, embora revelasse o cometimento do descumprimento da obrigação acessória.

Assim, entendo que o sujeito passivo conseguiu comprovar a improcedência da presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto e, por isso, não subsiste esta

acusação fiscal, assim, pelo mesmo motivo, desconstituída está a infração apontada no item 04 – falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE, nos valores de R\$6.515,43, correspondente à primeira infração e de R\$587,14, correspondente à segunda infração, com o expurgo dos valores exigidos na terceira e quarta infrações, mas aplicando-se a multa pelo descumprimento da obrigação acessória por falta de emissão dos documentos fiscais correspondente à circulação dos garrações, nos termos do inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$2.354,07, ou seja 1% do valor comercial da mercadoria não tributável, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279196.0003/03-6, lavrado contra **INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.102,57**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”; VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais a multa no valor de **R\$2.354,07**, atualizada monetariamente, prevista no art. 42, XI, da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS