

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0024/05-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CIMENTO SERGIPE S/A-CIMESA (CIMENTO POTY)
RECORRIDOS - CIMENTO SERGIPE S/A-CIMESA (CIMENTO POTY) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0380-03/06
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10/08/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0254-11/07

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **a.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL. **a.2)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS SUBSTITUTO. Infrações parcialmente comprovadas. Redução dos valores exigidos, após revisão fiscal. Exclusão do produto “argamassa”, por não estar sujeito ao regime de substituição tributária. Razões recursais insuficientes para modificar o julgamento da Primeira Instância. Mantida a Decisão recorrida. **b)** ENTRADA DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO FISCAL E CONTÁBIL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. Em tal situação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido, de terceiro, mercadoria desacompanhada de documentação fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitados os pedidos de nulidade da Decisão e de perícia fiscal. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida no Acórdão nº 0380-03/06 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo que, inconformado com a referida Decisão, apresentou, tempestivamente, a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do mesmo Diploma Legal.

O Auto de Infração exige o ICMS no valor de R\$1.253.496,57, em razão das seguintes infrações:

1. Falta de retenção e conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$259.929,78, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadoria (cimento), enquadrada no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem os respectivos lançamentos em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2001 a 2003;
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$742.656,52, relativo às operações de saídas de mercadoria (cimento) efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem os respectivos lançamentos em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2001 a 2003;

3. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$94.140,81, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria (cimento) de terceiro, sujeita ao regime de substituição tributária, desacompanhada de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2001 e 2003;
4. Falta de retenção e conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$15.983,46, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadoria (argamassa), enquadrada no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem os respectivos lançamentos em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2001 a 2003;
5. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$45.667,01, relativo às operações de saídas de mercadoria (argamassa) efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem os respectivos lançamentos em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2001 a 2003;
6. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$92.673,43, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria (argamassa) de terceiro, sujeita ao regime de substituição tributária, desacompanhada de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2001 a 2003;
7. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$2.445,56, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadoria (cal hidratada) sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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, nos mesmos exercícios de 2001 a 2003.

A Decisão recorrida foi pela procedência parcial, no montante de R\$360.967,27, pelas seguintes razões:

1. *“Em atendimento às diversas diligências determinadas por esta JJF, o autuante acatou a maior parte das alegações defensivas em relação às inconsistências do levantamento fiscal, contestando, no entanto que a argamassa é produto enquadrado no regime de substituição tributária”.*
2. *“...O autuante e o autuado foram instados a se manifestarem sobre o resultado da diligência, porém, ambos silenciaram-se, implicando que concordaram com o resultado da mesma. Concluo que em relação à alegação das inconsistências contidas no levantamento fiscal, foram saneadas pela diligência realizada pela ASTEC e considero corretos os valores apurados nos demonstrativos juntados pela diligente às fls. 1013 a 1017.”*
3. Em relação ao argumento defensivo de que o produto argamassa não é enquadrado no regime de substituição tributária, foi ressaltado que: *“O Parecer opinativo da Gerência de Consulta e Orientação Tributária desta Secretaria da Fazenda (GECOT) de nº 2.172/98 e 1283/99 (Processo 069003/2004-3) é de que a argamassa não é impermeabilizante, e não está enquadrada no regime de substituição tributária...”*, o que é corroborado com diversas Decisões proferidas nos julgamentos em Primeira Instância, as quais foram confirmadas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, consoante Acórdãos CJF nºs 0325/01 e 0347-12/05. Assim, os membros da JJF concluem pela improcedência da quarta infração, a qual exige a substituição tributária do ICMS relativa à argamassa.
4. Quanto às infrações 1, 2, 3, 5, 6 e 7, foi ressaltado que o resultado da última diligência realizada pela ASTEC não foi contestada pelo sujeito passivo, sendo, por isso, acatado os

demonstrativos juntados pela diligente às fls. 1013 a 1016, inclusive os apresentados pela autuante na sua última diligência às fls. 967 a 977, que foram confirmados pela diligência da ASTEC. Assim, foi considerado devido o montante de R\$360.967,27, conforme demonstrativo insito no próprio Acórdão.

Por fim, recorre de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, preliminarmente o recorrente requer a nulidade da Decisão por entender que ocorreu cerceamento de defesa ao se indeferir o seu pedido para realização de perícia, pois entende que só com a análise acurada das GNRES seria possível fazer a apuração do imposto de todos os produtos vendidos, em virtude da substituição tributária, recolhido no Estado de Origem, sendo inviável o levantamento efetuado por demonstrativo sem o cruzamento das guias. Requer a nulidade da Decisão com a feitura da perícia requisitada, haja vista o cerceamento de defesa e a necessidade de prova.

No mérito, limita-se a repetir, literalmente, todas as suas alegações apresentadas quando da sua impugnação ao Auto de Infração, inclusive com os mesmos números e demonstrativos apontados em sua defesa inicial, conforme relatado na Decisão recorrida às fls. 1.030 a 1.034 dos autos, onde argumenta, em síntese, que inexistem as diferenças de entradas e de saídas identificadas pelo autuante no levantamento quantitativo de estoque.

A PGE/PROFIS, às fls. 1.074 a 1.077 dos autos, preliminarmente, salienta que o lançamento de ofício se encontra revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinado o autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, não tendo sido constatado qualquer vício formal ou material apto a comprometer a autuação fiscal. Sustenta que a alegação de cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento de pleito de perícia fiscal, não procede, pois foram promovidas duas diligências no procedimento em apreço, sendo uma delas implementada por fiscal estranho ao feito, inclusive oportunizando ao sujeito passivo a indicação de assistente técnico para participar das apurações, o que foi por ele dispensado, para se apurar os equívocos suscitados pelo autuado, cujos resultados das diligências foram comunicados ao contribuinte.

No mérito, salienta que todos os erros do lançamento apontados pelo contribuinte, desde que devidamente comprovados, após a análise dos livros e documentos fiscais do recorrente, foram corrigidos pelas diligências, cujos resultados foram acolhidos na Decisão recorrida. Ressalta que apenas erros não confirmados pelos revisores não foram eliminados do lançamento.

Conclui que o Recurso Voluntário apresenta-se meramente protelatório, uma vez que repete as alegações já apresentadas em sua defesa, bem como nas suas manifestações sobre os resultados das diligências, sem trazer aos autos quaisquer novos fatos ou provas capazes de elidir as infrações remanescentes. Aduz que, descuidadamente reproduz até mesmo os argumentos de impugnação da infração 4, já afastada pela Junta de Julgamento Fiscal, do que transcreve o art. 143 do RPAF, o qual consigna que “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo integralmente do débito relativo à quarta infração e parcialmente quanto às infrações 1, 2 e 6, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, no que tange às infrações: 1, 2, 3, 5 e 7 do Auto de Infração.

Preliminarmente, da análise do Recurso Voluntário, rejeito o pedido de nulidade da Decisão, argüido pelo recorrente, uma vez que no Processo Administrativo Fiscal foram cumpridas todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, visto que foram realizadas diversas diligências saneadoras, inclusive com a intimação ao sujeito passivo para a indicação de assistente técnico, conforme por

ele sugerido, para participar das apurações, cujos resultados das diligências o contribuinte foi cientificado.

Ademais, desnecessária seria a perícia para a análise das “GNRES”, como pretendido pelo recorrente, uma vez que a prova do fato não depende de conhecimento especial técnico, conforme preceitua o art. 147, II, “a”, do RPAF (Decreto nº. 7.629/99), como também por se tratar de documentos que estão na posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos (art. 147, I, “b”, do RPAF).

Diante do exposto, indefiro o pedido de perícia, pois os autos encontram-se devidamente instruídos, cujos elementos considero suficientes para a formação de minha convicção.

Quanto ao mérito, observo que as razões recursais, já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração, sendo todas analisadas pela JJF, em Decisão fundamentada. Tal entendimento também foi preconizado no Parecer da PGE/PROFIS, onde conclui que *“O Recurso Voluntário do contribuinte apresenta-se meramente protelatório, uma vez que repete as alegações já apresentadas em sua defesa, bem como nas suas manifestações sobre os resultados das diligências, sem trazer aos autos quaisquer novos fatos ou provas capazes elidir as infrações remanescentes.”*

Ressalto não haver razão para repetição dos argumentos apresentados pelo sujeito passivo em sua impugnação, uma vez que já foram analisados por várias diligências, as quais o próprio contribuinte se manifestou sobre os resultados e tacitamente concordou com a última diligência efetuada pela ASTEC, consoante Parecer ASTEC nº 0155/2006, às fls. 1.010 a 1.012 dos autos, ao ser intimado (fl. 1.026) e não apresentar qualquer impugnação aos números apurados, cujo demonstrativo de débito, à fl. 1.017, foi acatado pela Decisão recorrida, com exceção da quarta infração, por entender que o produto “argamassa” não faz parte das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Portanto, tal procedimento por parte do recorrente, como bem ressaltou o opinativo da PGE/PROFIS, caracteriza o Recurso Voluntário como meramente “protelatório”, pois todos os erros do lançamento apontados pelo contribuinte, em suas diversas manifestações, foram corrigidos quando devidamente comprovados, sendo impertinente tê-los reiterados quando da apresentação do Recurso Voluntário, visto que já foram eliminados.

Assim, da análise das razões do Recurso Voluntário, concluo não haver qualquer fato novo trazido aos autos capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa. Neste sentido, ratifico em todos os termos a Decisão de Primeira Instância, assim como o Parecer da PGE/PROFIS.

No tocante ao Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, relativo às infrações 1, 2 e 6 do Auto de Infração, por ter exonerado o sujeito passivo parcialmente do montante do débito originalmente lhe imputado, a Decisão recorrida foi fundamentada na depuração do valor real devido, na busca insaciável da verdade material, decorrente de diversas diligências realizadas pelo próprio autuante e por preposto da Assessoria Técnica do CONSEF, impulsionadas pelas próprias alegações do contribuinte, em suas várias manifestações no decorrer do Processo Administrativo Fiscal, cujo último resultado apurado foi submetido ao autuante e autuado, os quais não se insurgiram. Quanto à infração 4, o Recurso de Ofício decorreu da improcedência da exigência do ICMS substituição tributária do produto argamassa, o qual não está enquadrado no regime de substituição tributária, do que cita Parecer da GECOT de nºs 2172/98 e 1283/99, assim como jurisprudência do CONSEF (Acórdãos CJF nºs 0325/01 e 0347-12/05).

Assim, diante de tais circunstâncias, concordo com a Decisão recorrida, pois é pacífico o entendimento de que o produto argamassa não está enquadrado no regime de substituição tributária, consoante já demonstrado e didaticamente esclarecido através do Parecer nº. 1007/2002, a seguir transcrito em parte:

Nº Parecer : 1007 / 2002

Data Parecer : 09/04/2002 03:24:00 PM

Ementa : ICMS. Consulta. Substituição tributária. Convênio ICMS 74/94. Art. 353, II, 16.11.5 e 16.15.5. Argamassa, rejuntas e similares não estão na substituição tributária.

A empresa formula Consulta desejando informações referentes à ARGAMASSA para saber se esse produto encontra-se na substituição tributária. Apresenta os seguintes códigos dos produtos NCM 1073001, 106001000 e 32149000.

Enviado o processo a GERSU, houve esclarecimento de que os números 1073001 e 106001000 não constam da tabela NCM. Explica que para o produto argamassa os códigos NCM são:

- 1) 3824.50.00 - argamassas e concretos (betões), não refratários;*
- 2) 3816.00.10 - cimentos e argamassas refratários;*
- 3) 3214.90.00 - outros produtos da posição 3214 (mastique de vidraceiro, cimentos de resina e outros mastiques; indutos utilizados em pintura; indutos não refratários do tipo dos utilizados em alvenaria).*

A GERSU esclarece que os produtos elencados nas posições 3824.50.00 - argamassas e concretos (betões), não refratários e 3816.00.10 - cimentos e argamassas refratários não estão na substituição tributária. Quanto ao item 3214.90.00, se for impermeabilizante e massa plástica está na substituição tributária por força do art. 353, inciso II, itens 16.11.5 e 16.15.5. Quanto aos demais produtos não estão na substituição tributária porque o Convênio ICMS 74/97 não elencou os produtos da posição 3214.90.100 da NBM/SH. Com o surgimento da NCM e a utilização dos seus códigos pela NBM/SH, a posição 3214.90.00 absorveu o código 3214.90.0100, que não estava no Convênio ICMS 74/94. Conclui afirmando categoricamente que argamassa, rejuntas e produtos similares não estão elencados no regime de substituição tributária, mesmo enquadrados na posição 3214.90.00 da NCM.

Dos produtos constantes da posição NCM 3214.90.00, o Regulamento do ICMS no art. 353, inciso II só inclui na substituição tributária "outros impermeabilizantes (exceto tinta em pó)" e "massa plástica". Portanto, argamassas e concretos (betões) não refratários, cimentos e argamassas refratários, rejuntas e produtos similares não estão na substituição tributária, por força do Convênio ICMS 74/94.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207140.0024/05-5, lavrado contra **CIMENTO SERGIPE S/A-CIMESA (CIMENTO POTY)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$360.967,27**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.559,86 e 70% sobre R\$339.407,41, previstas no art. 42, II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTECOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS