

A.I. N.º - 157064.0006/06-8
AUTUADO - IMPACTO DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 13.05.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0094-02/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. CIMENTO. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. **a).** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. EXIGÊNCIA DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Constatando-se omissão de saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal e sendo a mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, a fase de tributação já se encontra encerrada, sendo correta a exigência de multa pelo descumprimento de obrigação acessória à legislação tributária. Mantida a multa. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO NORMAL. Provada documentalmente a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente adquire a condição de responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Ante a constatação no item anterior de aquisição de cimento sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Comprovada a falta de inclusão de notas fiscais de entradas, e de saídas consignadas a maior, resultando na diminuição do débito desses itens. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 31/03/2006, para exigência de ICMS e de MULTA no valor de R\$215.979,66, em decorrência de:

1. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2002 e 2003), sendo aplicada a multa fixa de R\$100,00. (docs. fls. 31 a 62).
2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição

tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados (2004 e 2005), sendo exigido o imposto no valor de R\$179.899,72 e aplicada a multa de 70%. (docs. fls. 07 a 30, e 63 a 69).

3. 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 terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2004 e 2005), sendo exigido o imposto no valor de R\$ 35.979,94 e aplicada a multa de 60%. (docs. fls. 07 a 30, e 63 a 69).

O autuado, tempestivamente, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação ao lançamento (docs. fls. 446 a 454), na qual, depois de descrever todas as infrações apuradas no presente Auto de Infração, argüiu preliminarmente que toda intimação relativa ao feito fiscal seja encaminhada ao seu endereço constante no rodapé de sua peça defensiva.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade da autuação relativa aos itens 02 e 03, a pretexto de ilegitimidade do autuado para figurar no pólo passivo da presente relação processual, sob o argumento de que em relação ao produto objeto da autuação, a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto, relativo às operações internas subsequentes, é atribuída por lei, na condição de sujeito passivo por substituição, ao remetente (fabricante).

Esclarece que os revendedores de cimento são credenciados pelo fabricante e vinculados a uma marca específica, não existindo aquisição de mercadoria de “terceiro”, muito menos sem a correspondente nota fiscal.

Salienta que dentro desta sistemática operacional, toda e qualquer venda de cimento, do fabricante para as revendas, encontra-se sujeita à substituição tributária, sendo o único responsável pelo recolhimento do imposto o contribuinte substituto. Diz que quando o produto ingressa no estabelecimento autuado já está com a fase de tributação encerrada. Por conta disso, sustenta que não é devido atribuir responsabilidade pelo pagamento do ICMS ao revendedor.

Citou a jurisprudência do CONSEF através dos Acórdãos JJF nº 1.287/00, 5ª JJF, e CJF nº 0265/00, 2ª CJF, em que foram julgados nulos processos que versam sobre ilegitimidade passiva em operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Argui como última preliminar, a nulidade da autuação por infringência ao disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, sob alegação de que a conclusão fiscal está baseada em presunção, sem ofertar a mínima possibilidade de segurança na caracterização da infração, e com obstáculos à ampla defesa e ao contraditório.

Alega que o trabalho fiscal está baseado em “recibos” de vendas, sem considerar qualquer elemento de prova ou de vinculação como “outras vendas” que não aquelas constantes nas notas fiscais emitidas pela empresa. Entende que não deve ser alegado que a diferença não apareceu em razão da inclusão dos recibos como se os mesmos se reportassem a outras vendas. Diz que se a premissa foi esse fato, que a motivação real seja declarada, hipótese em que deverá ser reaberto o prazo de defesa.

Prosseguindo, afirma que os recibos considerados na autuação como vendas apartadas, são correspondentes às vendas declaradas e são emitidos para quitação total ou parcial das mesmas. Salienta que adicionar os recibos às vendas, como se fossem vendas sem emissão de nota fiscal, macula toda a autuação, impondo insegurança na determinação e apuração da infração e cerceamento do direito de defesa. Sobre falta de certeza e liquidez do lançamento, transcreveu os Acórdãos JJF nº 0251-02/02 – 2ª JJF; CJF nº 0391-11/02, 1ª CJF e CJF nº 0031-12/03, 2ª CJF.

No mérito, o defendant, em relação ao item 02, alega que não existe base legal para a aplicação da presunção de omissão de receitas. Transcreveu o § 4º, do art.4º da Lei nº 7.014/96, para concluir que a autuação em lide tem como base a constatação de suposta “omissão de saídas”, anteriores, cuja receita foi utilizada para compra das mercadorias vendidas sem nota fiscal. e, assim sendo, não é cabível a autuação, porque todas as saídas promovidas pelo autuado, inclusive aquelas que teriam sido omitidas para gerar receita não declarada e utilizada no pagamento das compras tidas como não registradas, não se sujeita ao pagamento do ICMS, por se tratar de cimento que é adquirido com a fase de tributação encerrada pela substituição tributária.

Argumenta que a fiscalização não prova a efetiva entrada sem nota fiscal, a exemplo de flagrante de apreensão de mercadorias no estabelecimento sem nota fiscal. Diz que a autuação provaria apenas vendas sem a emissão de nota fiscal, porém, neste caso, tais saídas não são tributadas, pois se reportam a produto com fase de tributação encerrada nas entradas.

Salienta que a conclusão fiscal com base no enquadramento legal é de que foi constatada omissão de saídas anteriores, cuja receita foi utilizada para compra das mercadorias vendidas sem nota fiscal, o que no seu entendimento não é cabível tal conclusão, tendo em vista que o produto que comercializa (cimento) não se encontra sujeito ao pagamento do ICMS, pois é adquirido com a fase de tributação já encerrada.

Assevera que a autuação não prova a entrada de mercadoria sem documento fiscal, mas, no máximo seria de vendas sem a emissão de nota fiscal, cujas saídas não são tributadas.

Com esses argumentos, impugnou os demonstrativos que embasam a autuação, a pretexto de que não existe nexo de causalidade entre o fato apontado como infração (omissão de entradas) com a autorização legal para a cobrança por presunção (omissão de receitas).

Além disso, diz que está convicto de que muitas notas fiscais de entradas não foram consideradas no levantamento, dizendo que deixa de apontá-las em sua impugnação, sob alegação de falta de tempo. Mesmo assim, diz que no mês de fevereiro de 2004, não foram computadas nas entradas a aquisição de 6.800 sacos de cimento, fazendo com que seja reduzida a diferença apurada de 62.160 sacos para 55.360 sacos (docs. fls. 459 a 484). Informa que continuará na busca de outras notas fiscais, requerendo a juntada posterior, em qualquer fase do processo.

Quanto ao item 01, alega que a multa não pode ser aplicada por exercício, em razão de unicidade e continuidade da ação fiscal, cabendo apenas uma sanção.

Sobre o item 03, aduz que a improcedência desta infração é consequência direta da ineficácia do item 02, decorrente da impossibilidade legal da aplicação da MVA para auferir preços médios unitários, por entender que provocaria “bis in idem”, na medida em que o RICMS fixa método próprio para a apuração da base de cálculo na hipótese de omissão de entradas (omissão de receita), presume-se legalmente que a margem de lucro já está embutida no preço.

Por outro lado, argumenta que, se devida a infração, a parcela do item 02 estaria ali englobada, pois a autuação se deu por presunção de omissão de saídas, não havendo amparo legal. Citou a jurisprudência do CONSEF sobre a exigência de valor agregado na forma de antecipação tributária, através do Acórdão JJF nº 0054-03/03.

Ao final, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, com base nos documentos carreados ao processo, pede revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, ou caso contrário, a nulidade da autuação ou a sua improcedência.

Na informação fiscal às fls. 487 a 489, o autuante citou resumidamente, cada item e folha, dos argumentos defensivos, e as contestou na forma que segue.

1. Sobre a alegada ilegitimidade passiva, o autuante entende que o autuado é legitimado para figurar como sujeito passivo nas demandas tributárias, esclarecendo que a autuação tem como fundamento omissões de saída e de entrada de mercadorias tributáveis em seu estabelecimento.

2. Rebate o argumento defensivo de não compra mercadorias sem documento fiscal, dizendo que o autuado faz afirmações sem apresentar qualquer elemento de prova.
3. Que não resta provado nos autos que as mercadorias objeto da autuação entraram no estabelecimento acompanhadas de documentação fiscal e com os impostos já pagos.
4. Refutou a alegação de que não pode ser responsabilizado pois as suas compras estão sujeitas à substituição tributária, dizendo que não foi apresentado qualquer elemento de prova nesse sentido.
5. Ressalta que as decisões citadas na defesa não se aplicam ao presente processo.
6. Destaca que o processo está instruído com farta documentação, e, portanto, descabe a alegação de que os autos não contém elementos suficientes para se determinar as infrações.
7. Diz que não foram indicados, nem provados, os documentos que alegou faltar no levantamento fiscal.
8. Que cabe ao CONSEF julgar a oportunidade de apresentação de documentos a posteriori, ressalvando que o autuado teve o prazo legal de 30 (trinta) dias para se manifestar em relação ao processo.
9. Por fim, que a defesa não entra no mérito da autuação, e não prova suas alegações.

Conclui pela procedência do Auto de Infração.

Na sessão de julgamento do dia 06/11/2007, foi verificado que: a) não existia no processo prova de que o sujeito passivo tivesse recebido os documentos constantes às fls.71 a 187, referentes a processo de denúncia fiscal; b) foi alegado pelo autuado que muitas notas fiscais de entradas não foram consideradas na auditoria de estoques, as quais, não foram apresentadas todas, mas que continuaria na busca das demais notas.

Por conta disso, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ de origem, para que, mediante intimação, fosse reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias para o exercício da ampla defesa e do contraditório, com a entrega, sob recibo, dos documentos às fls. 71 a 187, referentes ao processo de denúncia fiscal; demonstrativos às fls. 63 a 69; das cópias dos recibos às fls. 323 a 435; e cópia do despacho de diligência às fls.492 a 493, intimando o autuado a apresentar:

1. levantamento correlacionando os recibos de pagamentos de vendas que emitiu, constantes às fls. 118/187 e 323 a 435, com as respectivas notas fiscais de saídas;
2. relação e cópia das notas fiscais de entrada do período fiscalizado que alegou não terem sido incluídas na auditoria de estoques.

O sujeito passivo foi intimado pela Infaz de origem com a reabertura do prazo de defesa e a entrega dos documentos determinados pelo órgão julgador (fl. 497), tendo se manifestado às fls.499 a 506, reiterando suas razões defensivas anteriores pela nulidade da autuação, inclusive com base na jurisprudência citada, e no mérito, que localizou além das já apresentadas notas de entradas do mês de fevereiro de 2004, algumas notas do mês de maio e junho de 2005 (docs. fls. 508 a 516), que contemplam aquisições de cimento no total de 6.800 sacos em 2004 e 3.440 sacos em 2005, que não foram computados na auditoria de estoques, o reduz a diferença das entradas de 62.160 para 55.360 sacos e 14.434 para 10.994 em 2005. Disse que continuará na busca de outras notas fiscais, o que pede a juntada posterior em qualquer fase do processo em obediência aos princípios da legalidade, informalidade e verdade material.

No tocante ao pedido para correlacionar os recibos com notas fiscais emitidas, salienta que não se pode chegar a um resultado real das operações, pois, os recibos emitidos para acobertar pagamentos das mesmas saídas declaradas e com notas emitidas não possuem, na maioria dos casos, coincidência de quantidades e valores, pois tais recibos refletem pagamentos totais ou parciais, sempre de notas anteriores.

Além disso, argui que a multa de que cuida a infração 01 não pode ser aplicada por exercício, e que em razão da unicidade e continuidade da ação fiscal, cabe a aplicação de apenas uma multa.

Protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, requer uma revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito para a exclusão das aquisições ora comprovadas, e nulidade ou a improcedência da autuação.

O autuante, à fl. 519, em 15/02/2008, observa que as notas fiscais (fls. 459 a 484) apresentadas na primeira defesa não estão escrituradas no Registro de Entradas às fls. 224 a 235, e por isso, entende que impossibilita de levá-las em consideração no levantamento quantitativo de entradas de 2004. Quanto as notas fiscais apresentadas na segunda impugnação (fls. 508 a 516), também entendeu que não devem ser consideradas no levantamento das entradas de 2005, por não se encontrarem escrituradas no livro de entrada de mercadorias. Manteve integralmente a autuação.

Em 15/02/2008, através de Processo nº 006405/2008-2 (fls. 520 a 523), o patrono do autuado faz a juntada ao processo de cópias de recibos casados com as notas fiscais, tendo aduzido que não comprovam vendas, mas, sim pagamentos recebidos, e observa que todos os recibos correspondem a notas fiscais de emissão anterior, porém, que não é possível conciliar todos, em razão de pagamentos parcelados, por terceiros, em datas posteriores, etc., tudo conforme documentos às fls. 524 a 1.076.

O autuante tomando conhecimento dos documentos apresentados pelo autuado, observou o seguinte:

- a) os valores dos recibos foram convertidos em sacos de cimentos e consignados no levantamento: 2004 = 20.715 sacos, fls. 1 a 27, mês dezembro; 2005 = 16.096 sacos de cimento, fls. 02 a 13, mês de julho.
- b) que analisou a documentação acostada ao processo e constatou que as notas fiscais referidas foram devidamente registradas nos livros fiscais, conforme fls. 210 a 222, e 238 a 253, e que também foram computadas nos levantamento de estoques dos anos de 2004 e 2005;
- c) considerou as alegações do autuado verdadeiras e optou por excluir dos citados levantamentos as mercadorias relativas às notas fiscais apresentadas, conforme levantamento de 2004 e 2005 que anexou às fls. 1.084 a 1.086 e 1.089 a 1.091.

Por conta disso, diz que as infrações ficaram reduzidas para os seguintes valores: 2004 – infração 02-04.05.08 = R\$ 133.233,10, fls. 1.081 a 1.083; 2005 - infração 3 – 04.05.09 = R\$ 26.646,62, fls. 1.082 e 1.083. 2005 – infração 02-04.05.08 = R\$ 15.012,07, fls. 1.088 a 1.092; infração 3 – 04.05.09 = R\$ 3.002,41, fls. 1.087 e 1.092.

Conclui que tais reduções são decorrentes da exclusão de 7.148 sacos de cimento que foram abatidos do doc.2, fl. 13, que passou de 16.096 para 8.948 sacos de cimento (fls. 1.089 a 1.091).

O sujeito passivo foi cientificado dos novos elementos anexados aos autos na informação fiscal anterior, conforme intimação fls. 1.093, e se manifestou às fls. 1.096 a 1.097, renovando todos os termos de suas defesas anteriores, e aproveitou a oportunidade para apresentar todas as notas fiscais que possui relativas ao exercício de 2005, e disse que continua na busca dos documentos pertinentes ao ano de 2004.

Salienta que as notas fiscais apresentadas (fls. 1.098 a 1.130) dão conta de entradas de 13.900 sacos de cimento, nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2005, que elidem a autuação desse período.

Protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, requer uma revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito para a exclusão das aquisições ora comprovadas, e nulidade ou a improcedência da autuação.

VOTO

Pelo que constam nos autos as infrações 01, 02 e 03 foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoques, com base em dados extraídos da escrita do contribuinte, conforme documentos às fls. 07 a 69, todos entregues cópias ao autuado, e foram assim descritas:

Infração 01 – “Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.”

Infração 02 – “Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado.”

Infração 03 – “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 terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Portanto, o fulcro da acusação fiscal de que cuida a infração 01 foi de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas (exercícios 2002 e 2003). A infração 02, a acusação reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (cimento), desacompanhadas da documentação fiscal competente, enquanto item 03 trata de antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA (estas últimas relativas aos exercícios de 2004 e 2005).

Analizando os termos da defesa apresentado pelo autuado, observo que as preliminares de nulidade suscitadas se confundem com o mérito das infrações, razão porque as analisarei conjuntamente para proferir o meu voto.

Em relação às infrações 02 e 03, o autuado argüiu sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente relação processual relativamente às diferenças apuradas no trabalho fiscal, sob o argumento de que no tocante ao produto objeto da autuação, a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do imposto, relativo às operações internas subsequentes, é atribuída por lei na condição de sujeito passivo por substituição, ao remetente (fabricante).

Quanto à alegação de que não seria mais devido o imposto, já que as mercadorias objeto do levantamento fiscal são tributadas pelo regime de substituição tributária, observo que a prova de que o imposto já teria sido antecipado e, portanto, de que estaria encerrada a fase de tributação, depende da regularidade da documentação de origem das mercadorias.

Na auditoria de estoques está provada documentalmente a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária), e diante de uma situação dessa natureza, ou seja, aquisição de cimento sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Observo que a jurisprudência citada na defesa, por se tratar de situações diversas, não se aplica a nenhuma das questões discutidas neste processo.

Quanto a alegação de infringência ao disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, por entender que a conclusão fiscal está baseada em presunção, através de “recibos” de vendas, sem considerar vinculação com as vendas realizadas através de notas fiscais, sem ofertar a mínima possibilidade de segurança na caracterização da infração, e com obstáculos à ampla defesa e ao contraditório, observo pelo que se depreende dos citados “recibos”, que tratam-se de documentos referente ao processo da Denúncia Fiscal nº 7.733/05 (docs. fls. 72 a 117).

Portanto, verifico que a auditoria de estoques está baseada nas quantidades escrituradas no Registro de Inventário, nas notas fiscais de entradas e de saídas, bem como, nas quantidades de saídas apuradas nos Recibos às fls. 86 a 187, conforme levantamento às fls. 63 a 69, sendo computada no levantamento das saídas no mês de novembro de 2004 a quantidade de 20.715 sacos, e em janeiro de 2005 a quantidade de 16.096 sacos de cimento.

No que tange a alegação de que em relação ao item 02, não existe base legal para a aplicação da presunção de omissão de receitas, observo que o deficiente tenta demonstrar que a acusação fiscal tem como base a constatação de suposta “omissão de saídas”, anteriores, cuja receita foi utilizada para compra das mercadorias vendidas sem nota fiscal.

Creio que esse entendimento do deficiente está fundamentado no fato de constar no enquadramento legal, dentre outros dispositivos infringidos, o artigo 2º, § 3º, inciso V, do RICMS/97, pois salientou em sua peça defensiva que a conclusão fiscal com base no enquadramento legal é de que foi constatada omissão de saídas anteriores, cuja receita foi utilizada para compra das mercadorias vendidas sem nota fiscal, o que no seu entendimento não é cabível tal conclusão, tendo em vista que o produto que comercializa (cimento) não se encontra sujeito ao pagamento, pois é adquirido com a fase de tributação já encerrada.

Embora realmente tenha razão quanto a citação do citado dispositivo regulamentar, isto não ocasionou cerceamento do direito de defesa, porque foi mencionado na peça acusatória dispositivo legal que não corresponde com a infração imputada, isto porque, de acordo com art.19 do RPAF/99, não implica a nulidade do feito fiscal o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, cujo autuado, neste processo exerceu na plenitude seu direito de defesa ao adentrar no mérito da autuação. Observo que consta no enquadramento legal que a infração 02 está enquadrada no art.39, inciso V, do RICMS/97, que trata da responsabilidade solidária na situação apurada pela fiscalização, dispositivo esse, que está em perfeita sintonia com a acusação fiscal.

No plano formal, observo que os fatos foram descritos com clareza no corpo do Auto de Infração, e não impediram o contribuinte de exercer a ampla defesa e o contraditório, ressaltando-se que para fins de definição da norma aplicável a fiscalização deu cumprimento ao RICMS/Ba.

Além disso, observo que a fiscalização, na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, o demonstrativo detalhado do débito, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, constam a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais, demonstrativos das omissões, levantamentos de entradas e de saídas, cálculo do preço unitário médio, de que trata a auditoria de estoques, todos entregues ao autuado para a ampla defesa e o contraditório, não havendo, portanto, no plano formal, inobservância de qualquer exigência contida na legislação tributária que impedisso o sujeito passivo de exercer com plenitude o seu direito de defesa.

Portanto, não vislumbrei em momento algum que a acusação fiscal se trate de omissão de saídas, por presunção, de vendas anteriores sem tributação. A descrição da infração e os papéis de trabalho permitem o perfeito entendimento de que a acusação fiscal diz respeito a diferença de entradas de mercadorias apurada através de levantamento quantitativo de estoques, situação que indica a ocorrência de entrada de mercadoria (cimento) sem a documentação fiscal correspondente, sendo devido atribuir ao autuado a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto devido documentos fiscais.

Quanto a diferença apurada pela fiscalização, ressalta o defendant que não é cabível a conclusão fiscal, tendo em vista que o produto que comercializa (cimento) não se encontra sujeito ao pagamento, pois é adquirido com a fase de tributação já encerrada.

Pelo que se vê, a tese defensiva é de que não seria mais devido o imposto, já que as mercadorias objeto do levantamento fiscal são tributadas pelo regime de substituição tributária. Não há como prosperar esse entendimento, pois a prova de que o imposto já teria sido antecipado e, portanto, de que estaria encerrada a fase de tributação, depende da regularidade da documentação fiscal de origem das mercadorias. Se a empresa não dispõe dos documentos relativos à aquisição das mercadorias, não pode alegar que o imposto foi pago anteriormente ou seja, se não é conhecido o substituto tributário, não há como prosperar a alegação defensiva de ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da obrigação tributária em questão.

Concluo que no caso do item 2º, está provada documentalmente a existência de aquisições de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária).

Com relação ao item 3º, restando caracterizada a infração de que cuida o item 2º, já que é uma consequência direta das mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária (cimento).

A defesa põe em dúvida a correção do levantamento, tendo alegado que muitas notas fiscais não foram consideradas na auditoria de estoques, dizendo que deixa de apontá-las em sua impugnação por de falta de tempo, porém, diz aduz que no mês de fevereiro de 2004, não foram computadas nas entradas a aquisição de 6.800 sacos de cimento constante nas notas fiscais às fls. 459 a 484, e requer a juntada posterior de documentos, e revisão do lançamento.

Quanto a juntada posterior de documentos ao processo, entendo que em qualquer fase processual antes do julgamento não há como negar o pleito do contribuinte. Em relação ao pedido de diligência, a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, na fase de instrução foi cogitada a conversão do processo em diligência, na pauta suplementar do dia 09/10/2007, sendo decidido pela desnecessidade, porque já se encontram no processo todos os elementos para a convicção sobre a lide e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

A legislação tributária (art. 140, do RPAF/99) prevê que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto de provas. No caso, todas as infrações estão devidamente demonstradas e acompanhadas dos elementos de provas, e o autuado só comprovou parte de sua alegação que será apreciada a seguir.

Sobre o erro material no levantamento fiscal apontado na defesa, o patrono do autuado durante a fase processual teve várias oportunidades de elidir a autuação apresentando as notas fiscais de

compras não consignadas no levantamento das entradas e/ou erro no montante das saídas apuradas.

Com relação às entradas, foram carreadas aos autos pelo sujeito passivo cópias de aquisições de cimento no mês de fevereiro de 2004 no total de 7.700, inclusive o autuado somou a quantidade de 6.700 sacos erroneamente, conforme documentos às fls. 459 a 484. Além disso, também juntou cópias de notas fiscais do período de janeiro a maio de 2005 no total de R\$ 13.900 sacos (fls. 1.099 a 1.135) e do mês de junho de 2005 no total de 3.440 (fls. 508 a 516).

Sobre as saídas, a pedido do órgão julgador, conforme despacho de diligência (fls. 492 a 493), o autuado apresentou às fls. 524 a 1.076, cópias de diversas notas fiscais de saídas correlacionando-as com os recibos que serviram de base para o levantamento inicial das saídas, as quais, o autuante já havia deduzido os que têm valores idênticos aos recibos.

O autuante apôs examinar os documentos apresentados nas peças impugnatórias não acatou as notas fiscais de entradas por entender que não se encontram escrituradas no livro de entradas de mercadorias, e quanto às saídas, e efetuou as deduções no levantamento inicial resultando nos papéis de trabalho às fls. 1.081 a 1.092, com diminuição do débito para os valores de R\$133.233,10 e R\$15.012,07 para a infração 02 e R\$26.646,62 e R\$3.002,41 para infração 02, correspondente aos exercícios de 2004 e 2005, respectivamente.

Considerando que o autuado foi cientificado destes novos demonstrativos e não apontou erros materiais neles, argüindo a falta de inclusão das entradas comprovadas mediante cópias de notas, e que posteriormente apresentaria as demais notas fiscais, tomo, para proferir o meu voto os demonstrativos às fls. 1.081 a 1.092.

No tocante aos recibos que foram casados com as notas fiscais apresentados pelo autuado, entendo que não devem ser considerados no levantamento fiscal, por inexistir uma perfeita correlação entre eles.

No caso das notas fiscais apresentadas, embora não estejam escrituradas no Registro de Entradas às fls.224 a 236, não tenha sido comprovado que houve recebimento de mercadorias, nem o pagamento das mesmas, mesmo assim, acolho a citada prova processual, em virtude de constar todos os dados cadastrais do autuado e se tratar de cópias das primeiras vias. Efetuando-se a inclusão das mesmas no levantamento das entradas do ano de 2004, resulta no seguinte.

- a) Diferença de Entradas (fl. 1.083) = 55.153 - 7.700 (NFs não computadas) = diferença de entradas de 47.453 sacos de cimento.
- b) 47.453 x R\$14,21 (preço unitário médio) = R\$674.307,13 x 17% = R\$114.632,21 (imposto de responsabilidade do próprio contribuinte);
- c) R\$674.307,13 x 20% (MVA) = R\$134.861,43 + R\$674.307,13 = R\$809.168,56 x 17% = R\$137.558,65 – R\$114.632,21 (imposto normal) = R\$22.926,44 (imposto antecipado).

Quanto ao exercício de 2005, após as inclusões das entradas resulta em: diferença de entradas (fl. 1.088) = 7.286 – 13.900 – 3.440 (NFs não computadas) = diferença de saídas de 10.054 sacos de cimento.

Desta forma, restando caracterizada diferenças de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97), no valor de R\$114.632,21 (infração 02), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA, no valor de R\$22.926,44 (infração 03), relativamente ao

exercício de 2004. Quanto ao exercício de 2005, a infração ficou descaracterizada após os justes por ter ocorrido omissão de saídas.

Quanto ao item 01, foi alegado na defesa que a multa não pode ser aplicada por exercício. Seguindo o entendimento do CONSEF, em outros processos que tratam sobre essa questão mantendo as multas que foram aplicadas por não contrariar a disposição contida no art. 5º, inciso III da Portaria 445/98.

Os Acórdãos citados na defesa não se aplicam ao presente caso, não havendo porque se falar que falta certeza e liquidez do lançamento, pois o trabalho fiscal foi baseado em dados objetivos extraídos da escrita do contribuinte.

Por último, a pedido do patrono do autuado, recomendo que todas as intimações sobre o andamento do processo sejam, também, expedidas em seu nome, qual seja: DR. FERNANDO MARQUES, Rua Coronel Almerindo Rehen, 126, Edif. Empresarial Costa Andrade, Salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador-Bahia, CEP nº 41820-768.

Ante o exposto, indefiro as preliminares de nulidade argüidas na defesa, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, e no mérito, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 137.608,65, conforme demonstrativo de débito abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
31/12/2003	9/1/2004	-	0	50,00	100,00	1
31/12/2004	9/1/2005	788.086,59	17	70	114.632,21	2
31/12/2005	9/1/2006	-6	17	70	-	2
31/12/2004	9/1/2005	157.617,35	17	60	22.926,44	3
31/12/2005	9/1/2006	-	17	60	-	3
				TOTAL DO DÉBITO	137.658,65	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 157064.0006/06-8, lavrado contra **IMPACTO DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$137.558,65, acrescido das multas de 60% sobre R\$22.926,44 e 70% sobre R\$114.632,21, previstas no art. 42, incisos II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor total de R\$ 100,00, prevista no inciso XXII, do mesmo dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR
ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR
FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR