

PROCESSO - A. I. Nº 157064.0006/06-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e IMPACTO DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA.
RECORRIDOS - IMPACTO DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0094-02/09
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 24/03/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0052-12/15

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CIMENTO. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. MULTA. Através da infração 01, ficou comprovada a omissão de saídas de mercadoria sujeita ao regime de substituição (cimento), efetuadas sem a emissão de notas e sem escrituração, apurada através de levantamento dos estoques de 2003 e 2004. Assim, a multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei 7.014/1996, deve ser aplicada a cada omissão constatada, ou seja, nos exercícios fiscalizados. **b) OMISSÃO DE ENTRADAS. b.1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO “IMPOSTO NORMAL”. b.2) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO ICMS SOBRE O VALOR ACRESCIDO.** A conversão de omissão de entradas em omissão de saídas afasta a exigência do imposto por antecipação tributária de responsabilidade própria (infração 3), e resulta na aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$ 50,00 por exercício fiscalizado (infração 2; responsabilidade solidária), prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/1996. Rejeitada a preliminar de nulidade. Diligências realizadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, previstos no artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), interpostos, respectivamente, pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) e pelo sujeito passivo, contra Decisão que, através do Acórdão JJF nº 0094-02/09, julgou o Auto de Infração acima epigrafiado procedente em parte, lavrado no dia 31/03/2006 para imputá-lo o cometimento de 03 irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as duas últimas, e do Recurso Voluntário todas as três, abaixo transcritas..

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saídas isentas ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (cimento; 2002 e 2003). Multa de R\$ 100,00, prevista no art. 42, XXII da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, sem a escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, em exercícios fechados (cimento; 2004 e

2005). R\$ 179.899,72 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função de valor acrescido, de acordo com percentuais de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, com a omissão de entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (cimento; 2004 e 2005). R\$ 35.979,94 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996.

A JJF apreciou a lide na pauta do dia 28/04/2009, decidindo unanimemente pela procedência parcial, de acordo com o texto a seguir reproduzido (fls. 1.149 a 1.158)

“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.

(...)

Portanto, o fulcro da acusação fiscal de que cuida a infração 01 foi de omissão de saídas de mercadorias isentas e/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 defendente 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 defendente 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 impedisse 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 defendente 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 após 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) $47.453 \times R\$14,21$ (preço unitário médio) = $R\$674.307,13 \times 17\%$ = $R\$114.632,21$ (imposto de responsabilidade do próprio contribuinte);

c) $R\$674.307,13 \times 20\%$ (MVA) = $R\$134.861,43 + R\$674.307,13 = R\$809.168,56 \times 17\%$ = $R\$137.558,65 - R\$114.632,21$ (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 mantenho 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, Edf. 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.
[Planilha de fl. 1.158].”

Em virtude de a desoneração do contribuinte ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF/1999 (redação em vigor no dia 28/04/2009), a 2ª Junta recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF Nº 0094-02/09.

Inconformado, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário (fls. 1.166 a 1.168), no qual inicia pleiteando que as intimações e notificações sejam endereçadas ao seu advogado e requerendo que todas as argumentações anteriormente apresentadas sejam examinadas pela Câmara.

Em seguida, aduz que a desoneração verificada nas infrações 2 e 3 é legítima, porquanto originária de documentos constatados no trânsito de mercadorias e juntados nas suas primeiras vias (cópias), embora não consignados no livro Registro de Entradas (LRE). A seu ver, da ausência de notas no mencionado livro deve resultar a multa de 1%, prevista no art. 42, XI da Lei do ICMS/BA.

Alega que a autuação vai de encontro ao art. 125, § 1º do RICMS/1997, pois as compras foram efetuadas junto a apenas um fornecedor, com o tributo retido por substituição tributária, o que diz ter restado comprovado na documentação juntada em sede de Recurso.

Outro ponto a ser avaliado, na sua concepção, diz respeito à constituição da base de cálculo, ou seja, à apuração dos preços médios unitários. A variação que o fisco registrou entre 2004 e 2005, de R\$ 14,21 para R\$ 12,12, não corresponde à realidade de mercado. Por isso, na hipótese de alguma parcela ser julgada procedente, pede que o seja com base na cifra de 2005 ou em revisão (diligência), porquanto “*é fato público que o valor de 2004 jamais poderia ser superior*”.

Prossegue informando ter anexado à peça recursal comprovantes de entrada de 47.980 sacos de cimento, o que converteria a omissão de entradas dos itens 2 e 3 do lançamento de ofício em omissão de saídas de 427 sacos, sem imposto a pagar.

Não se conforma com o fato de a JJF ter fixado a multa de R\$ 50,00 por exercício na infração 01, por falta de previsão legal, protesta pela produção de provas através dos meios admitidos e conclui requerendo a declaração de procedência parcial da infração 1 e improcedência das infrações 2 e 3.

A Procuradoria do Estado (PGE/PROFIS), à fl. 1.305, sugere que seja realizada diligência pelo auditor, com o objetivo de verificar se as notas juntadas ao processo devem ou não compor o levantamento quantitativo de estoques.

Assim, à fl. 1.308, a 1ª CJF (Câmara de Julgamento Fiscal), no dia 24/10/2009, converteu o feito em diligência ao citado servidor para tal fim.

O auditor fiscal, às fls. 1.310/1.311, afirma que o comportamento dos prepostos do recorrente, quando da fiscalização, foi pautado pelo ânimo de não atender às suas solicitações de documentos.

Desse modo, conclui ser inadequado computar as notas apresentadas após a lavratura do Auto de Infração, inclusive porque não foram lançadas no LRE e porque já se passaram alguns anos desde o referido ato administrativo. Com respeito ao preço médio unitário de R\$ 14,21, assegura ter sido calculado com base na movimentação econômica de 2004.

Na manifestação de fls. 1.317 a 1.320, reiterando alegações e pedidos anteriormente expostos, o recorrente (recorrido no Recurso de Ofício) argumenta que a falta de registro no LRE (Registro de Entradas) não afasta o valor probante das notas. Com fulcro nos princípios da ampla defesa e do contraditório, aduz que a informação de fls. 1.310/1.311 não tem fundamento legal, razão por que não deve ser levada em conta no julgamento.

Cientificado (fl. 1.322), o auditor declara à fl. 1.323 que os questionamentos do sujeito passivo não foram dirigidos à sua pessoa, mas ao órgão responsável por decidir a lide, ou seja, a este

Conselho.

No Parecer de fls. 1.328/1.329, a PGE/PROFIS, através da procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, assinala que o autuante descumpriu a determinação do CONSEF ao não realizar a diligência, em virtude de que propõe que a Assessoria Técnica do Conselho (ASTEC) o faça.

No dia 27/07/2011, o processo foi convertido em outra diligência, à fl. 1.332, para que a ASTEC/CONSEF intimasse o contribuinte a comprovar a efetiva ocorrência das operações designadas nas notas fiscais de fls. 1.099 a 1.139, por meio de originais dos documentos, livros, comprovantes de pagamento, duplicatas, extratos bancários etc.

Por intermédio do Parecer ASTEC nº 43/2012, de fls. 1.335 a 1.337, a diligente Maria do Socorro Fonseca de Aguiar informa que o recorrente apresentou cópias de notas e comprovantes de pagamento das compras efetuadas junto à sociedade empresária Cimento Sergipe S/A no período de fevereiro a dezembro de 2004, totalizando 62.450 sacos de cimento (fls. 1.342 a 1.350 e 1.593 a 1.708).

Em relação a 2005, o sujeito passivo demonstrou o ingresso de 17.340 sacos de cimento, através de cópias de notas fiscais e sem comprovantes de pagamento. Tal quantidade, segundo a diligente, já havia sido observada pela JJF à fl. 1.157.

Não escriturou os citados documentos, seja em 2004, seja em 2005, tampouco trouxe aos autos os originais.

De acordo com as planilhas de fls. 1.336/1.337, após o cômputo das operações consignadas nas cópias dos documentos arrecadados na diligência, o ilícito, nos precitados exercícios, foi convertido de omissão de entradas para omissão de saídas.

Devidamente intimado (fl. 1.712), o contribuinte junta manifestação às fls. 1.714/1.715, na qual assevera que no exercício de 2004 deve ser aplicada “*multa formal*” de R\$ 50,00 e que o imposto referente a 2005 foi retido pelo vendedor, na qualidade de substituto.

Pede que o lançamento de ofício seja julgado nulo, improcedente ou procedente em parte, na quantia de R\$ 50,00 (multa relativa a 2004).

O autuante tomou ciência dos trabalhos de revisão à fl. 1.720, mas limitou-se a reiterar argumentos anteriores.

Acompanhando o Parecer da PGE/PROFIS de fls. 1.724/1.725, na pauta suplementar de 24/10/2013 a 1ª CJF converteu o PAF (processo administrativo fiscal) em diligência à repartição fiscal de origem, para que fiscal estranho ao feito prestasse informação.

Às fls. 1.732 a 1.736, o auditor responsável pela autuação, após relatar os fatos, acolhe a revisão elaborada pela ASTEC/CONSEF e assinala que as infrações 2 e 3 restaram descaracterizadas.

Nos termos do Parecer conclusivo de fls. 1.739/1.740, chancelado através do despacho de fl. 1.741, a procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa opina pelo provimento do Recurso Voluntário, destacando que o autuante não apresentou as informações que o CONSEF solicitou por sugestão da Procuradoria (PGE/PROFIS).

À fl. 1.764, o sujeito passivo ratifica as razões e os pedidos da defesa, do apelo voluntário e das manifestações.

Cientificado, o autuante também reitera, no verso da fl. 1.747, o que já havia exposto às fls. 1.732 a 1.736.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o auditor fiscal e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as acusações, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como

apontando o embasamento jurídico, que se mostra claro e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados pelo contribuinte, quer na petição recursal, quer nas manifestações.

Não acolho a tese de que o fisco incorreu em agressão ao art. 125, § 1º do RICMS/1997, em função de as compras terem sido efetuadas junto a apenas um fornecedor, com o tributo retido por substituição tributária. Conforme muito bem assinalado no Acórdão da JF, o encerramento da fase de tributação depende da regularidade da documentação de origem. Se o contribuinte não apresenta os documentos relativos às aquisições, não prova que o imposto foi pago anteriormente, uma vez que não é conhecido o substituto.

Portanto, não há vício de ilegitimidade passiva na presente relação jurídica processual.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Já tendo sido realizadas diligências, das quais resultaram informações, Pareceres e manifestações esclarecedoras, da fiscalização, da ASTEC/CONSEF, da PGE/PROFIS e do contribuinte, tomo como fundamento o art. 147, I, “a” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA) para declarar que todos os elementos aptos a formar a convicção dos membros deste órgão estão presentes no processo.

Com relação às intimações e notificações, foram efetuadas em obediência aos artigos 108 a 110 do RPAF/1999.

No mérito do Recurso de Ofício, atinente à desoneração verificada nas infrações 2 e 3 quando do julgamento de base, importa assinalar que o levantamento quantitativo de estoques é um procedimento de investigação da efetiva movimentação física de mercadorias, a qual é cotejada com a movimentação acobertada por documentos fiscais, lançados ou não nos livros de Entradas e de Saídas, motivo por que não deve prosperar o procedimento do autuante de não acolher notas sob o argumento de que não foram consignadas na escrita.

O contribuinte, às fls. 524 a 1.076, juntou originais de documentos de saída, corretamente acatados pelo auditor (vide informação de fls. 1.079/1.080).

Também apresentou comprovantes de entrada de 7.700 sacos de cimento em fevereiro de 2004, 13.900 sacos em janeiro a maio de 2005 e 3.440 em junho do mesmo ano, do que resultou a desobrigação em análise, que julgo procedente.

Recurso de Ofício não provido.

Quanto ao apelo voluntário, é importante tecer algumas considerações acerca do pedido do recorrente de que todas as alegações expendidas ao longo do processo sejam analisadas por esta CJF (Câmara de Julgamento Fiscal).

O direito processual rege-se pelo primado da dialeticidade, segundo o qual compete à parte sucumbente o ônus de indicar os pontos da Decisão recorrida que entende equivocados, trazendo os fundamentos de fato e de direito que levem à eventual modificação do ato decisório, sob pena, inclusive, de não ser conhecido o Recurso. Pedidos abstratos de revisão ou alegações genéricas de que não foi observada esta ou aquela norma jurídica não se prestam a deflagrar a via recursal.

A informalidade que norteia o processo administrativo fiscal não desonera o sujeito passivo do indigitado ônus, até mesmo para que o órgão competente para o julgamento do Recurso possa proferir Decisão revestida de legalidade e extinguir a lide.

Apelo de cunho genérico impõe à CJF a completa revisão do lançamento, o que, por óbvias razões, não é o seu papel, e implica reanálise de ofício do Auto de Infração, vedada pela norma contida no art. 149 do CTN (Código Tributário Nacional), que somente admite tal providência em situações específicas.

Com efeito, assiste razão ao recorrente quando afirma que da ausência de notas no LRE (livro

Registro de Entradas) deve resultar a multa de 1%, prevista no art. 42, XI da Lei do ICMS/BA, mas a mesma não está sob apreciação, uma vez que não compôs a peça inicial, muito menos a Decisão “*a quo*”.

Através da infração 1, ficou comprovada a omissão de saídas de mercadoria sujeita ao regime de substituição (cimento), efetuadas sem a emissão de notas e sem escrituração, apurada através de levantamento dos estoques de 2002 e 2003. Assim, a multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/1996, deve ser aplicada a cada omissão constatada, ou seja, nos exercícios fiscalizados.

Conforme o exposto no Relatório supra, no dia 27/07/2011 o processo foi convertido em diligência, à fl. 1.332, para que a ASTEC/CONSEF verificasse a efetiva ocorrência das operações designadas nas notas de fls. 1.099 a 1.139.

O contribuinte apresentou cópias de documentos fiscais e comprovantes de pagamento das compras efetuadas junto à sociedade empresária Cimento Sergipe S/A no período de fevereiro a dezembro de 2004, no total de 62.450 sacos de cimento (fls. 1.342 a 1.540 e 1.593 a 1.708). Comprovou também, através de cópias de notas fiscais, o ingresso de 17.340 sacos de cimento em 2005, o que já havia sido observado pela JJF na Decisão contestada.

Após o cômputo das operações consignadas nas cópias dos documentos arrecadados na diligência da ASTEC/CONSEF, o ilícito, em 2004 e 2005, foi convertido de omissão de entradas para omissão de saídas (fls. 1.336/1.337).

Consequentemente, a infração 1 deve ser mantida, a de nº 3 totalmente elidida e a 2 apenas parcialmente elidida.

Isso porque a conversão de omissão de entradas em omissão de saídas afasta a exigência do imposto por antecipação tributária de responsabilidade própria (infração 3), e resulta na aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$50,00 por exercício fiscalizado (infração 2; responsabilidade solidária), prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/1996.

Por conseguinte, resta prejudicada a alegação de erro na constituição da base de cálculo e na apuração dos preços médios unitários de 2004 e 2005, pois o que se mantém decorre de descumprimento de obrigação tributária instrumental.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

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 **157064.0006/06-8**, lavrado contra **IMPACTO DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$200,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS