

A. I. Nº - 207101.0004/06-8
AUTUADO - CIMENTO SERGIPE S/A CIMESA
AUTUANTE - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA
ORIGEM - INFACOMÉRCIO
INTERNET - 14.12.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0382-02/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DESCUMPRIMENTO DO § 2º DO ART. 356 DO RICMS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NESTE ESTADO. Se o autuado, na condição de filial atacadista de fábrica de cimento, recebe em transferência a mercadoria (cimento) sem retenção do imposto, e também adquire a mesma mercadoria de outras empresas, não pode, em relação a tais aquisições, considerar encerrada a tributação da mercadoria, seguindo a regra geral do “caput” do art. 356 do RICMS, haja vista a exceção do § 2º. O correto é destacar nos documentos o imposto de sua responsabilidade direta (o chamado imposto “normal”) e também proceder à retenção do imposto devido por substituição tributária. Mantidos os lançamentos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 14/09/2006, e reclama o valor de R\$ 206.317,72, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$ 188.109,28, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, durante os meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 21 a 428. Consta, ainda, que a irregularidade se refere a mercadoria cimento oriunda de outra unidade de Federação e escriturado pelo CFOP 2403 - Compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, nas entradas, e pelo CFOP 5403 - Venda de mercadoria adquirida de terceiro em operação com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, nas saídas, em descumprimento ao disposto no artigo 356, § 2º do RICMS/97.
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS no valor de R\$ 18.208,44 e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizado neste Estado, nos meses de janeiro, abril a agosto, e outubro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 21 a 428. Consta, ainda, que a irregularidade se refere a mercadoria cimento escriturada pelo CFOP 2403, em descumprimento ao disposto no artigo 356, § 2º do RICMS/97.

O sujeito passivo através de seu representante legalmente constituído, em sua defesa administrativa às fls. 430 a 433, argui a inaplicabilidade do § 2º do artigo 356 do RICMS/97, para fins de escrituração crédito/débito das aquisições de mercadorias enquadradas no regime de

substituição tributária, com base no entendimento de que tal dispositivo só se aplica nos casos de transferência de mercadorias, conforme disposto no inciso I do citado artigo combinado com o artigo 375, II, do mesmo Regulamento. Afirma que no presente caso todas as notas fiscais são relativas a operações de compra e venda.

Em seguida, aduz que não existe a diferença apurada, pois a fiscalização tomou por base apenas a apuração do ICMS, dos seus débitos e créditos presentes nos livros fiscais, sem levar em consideração o imposto recolhido antecipadamente nas notas fiscais. Diz que para comprovação dessa alegação juntou algumas Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, demonstrando que alguns recolhimentos relativos a mercadorias advindas de Caaporã na Paraíba.

Dizendo que demonstrou inviável a juntada de todas as GNREs, requereu a realização de perícia técnica, formulando os seguintes quesitos:

1. “Avaliando as GNREs e o levantamento de débitos realizados, existe alguma diferença de imposto a ser recolhido?
2. Caso positivo, é existe saldo a pagar ou a receber da requerente?
3. Com o procedimento adotado pela requerente houve algum dano à Fazenda Estadual.”

Quanto a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento em duplicidade, fundamentando no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, o autuado admitiu o cometimento da infração, e informou que recolherá aos cofre públicos o valor devido.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 437 a 440, a autuante analisando a primeira alegação do autuado diz que foi admitido pelo mesmo que todas as notas fiscais são relativas a operações de compra e de venda, e neste caso, de acordo com o artigo § 2º do art. 356, do RICMS/97, deve ser utilizado como crédito fiscal tanto o ICMS da operação normal como o imposto retido ou antecipado de modo a ser dado ao estoque e às operações tratamento uniforme, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto nas operações internas subsequentes com aquelas mercadorias. Quanto aos artigos 355, I e 375, II, citados na defesa, o preposto fiscal argumenta que estes só se aplicam nos casos de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Com relação à segunda alegação, foi esclarecido pelo autuante que no levantamento do débito foram considerados, na forma prevista no § 2º do art. 356, do RICMS/97, o imposto normal e o imposto antecipado destacados nos documentos fiscais nas operações compra e venda oriundas de outras unidades da Federação, escrituradas no CFOP 2403, conforme demonstrativos às fls. 23 a 39 do processo. Além disso, foi informado que ao concluir a ação fiscal foi fornecido ao contribuinte autuado o resultado do trabalho fiscal em forma de tabelas, relatórios e demonstrativos, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para sua manifestação (fl. 15), porém o mesmo limitou-se a alegar inaplicabilidade do § 2º do art. 356, do RICMS/97.

Quanto a alegação de que o imposto foi recolhido através de GNRE, a autuante chamou a atenção de que não foi juntado ao processo nenhum elemento de prova nesse sentido, e que não é cabível a realização de perícia técnica requerida pelo autuado, pois não foram cumpridos os artigos 145 e 147 do RPAF/99.

Conclui pela manutenção da autuação.

VOTO

Os fatos narrados no Auto de Infração dizem respeito a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (infração 01) e a falta de retenção, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por

substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizado neste Estado (infração 02).

As infrações foram apuradas com base nas operações de compra interestadual de cimento, e de venda de cimento, durante os meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 21 a 428. Consta, ainda, que a irregularidade se refere a mercadoria cimento oriunda de outra unidade de Federação e escriturado pelo CFOP 2403 nas entradas e pelo CFOP 5403 nas saídas, em descumprimento ao disposto no artigo 356, § 2º do RICMS/97.

Antes de adentrar no mérito das questões, cumpre apreciar o pedido de perícia. O quesito formulado pelo autuado pede que sejam avaliadas as GNREs e o levantamento de débitos realizados, visando informar se existem diferenças de imposto a ser recolhido. Ocorre, que não foram juntadas aos autos as alegadas GNREs. Além do mais, como já decidido em outro processo da mesma natureza em nome de outro estabelecimento da mesma empresa, não têm pertinência tais documentos com a situação objeto da lide. As aludidas guias servem para pagamento do imposto em operações interestaduais, quando o tributo é devido a outra unidade da Federação.

A legislação tributária prevê (art. 123, RPAF/99) que na impugnação do lançamento tributário o que for aduzido pelo sujeito passivo deve estar acompanhado de provas em contrário. No caso, se no levantamento do débito tem incorreções, caberia ao autuado apontá-las e comprová-las, inclusive apresentando as GNREs do modo que fosse avaliada a possibilidade de revisão fiscal. Ressalto que por esse motivo foi indeferido o pedido de diligência requerido pelo sujeito passivo, com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99.

Com base no que consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração e nos elementos aduzidos pela defesa e pela auditora na informação prestada, depreende-se que o estabelecimento do autuado, em Salvador, tanto recebe cimento fabricado por outros estabelecimentos da própria empresa (transferências), como também adquire cimento fabricado por outras empresas de outros Estados (operações de compra e venda).

A matéria discutida neste processo já foi objeto de julgamento em outro processo em nome de outro estabelecimento da mesma empresa, nesta mesma Junta de Julgamento Fiscal. Para proferir meu voto, tomo por base as conclusões proferidas através do ACÓRDÃO JJF Nº 0365-02/06, cujo voto do Relator, assim decidiu e foi acompanhado por unanimidade pelos demais julgadores, qual seja:

“O autuado opera com cimento, que é mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Em princípio, nas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, uma vez pago o imposto por antecipação, encerra-se a tributação com a mercadoria, ficando “desoneradas de tributação” as operações internas subseqüentes. Essa é a regra central do art. 356 do RICMS. Porém o § 2º desse dispositivo abre exceção a essa regra geral, para os casos do inciso I do art. 355 e do inciso II do art. 375. O que interessa neste caso é o inciso I do art. 355. Esse dispositivo prevê que não deve haver retenção do imposto nas transferências de mercadorias para filial atacadista, quando a remessa for feita por estabelecimento industrial. Como o texto se refere a “transferências” e se reporta a “filial”, fica claro que está se reportando a estabelecimentos da mesma empresa.

Na segunda parte do inciso I do art. 355, é previsto que a filial destinatária, tendo recebido as mercadorias sem retenção do imposto, deverá efetuar a retenção nas operações internas subseqüentes, equiparando-se nestas operações à própria indústria. Essa é a situação da filial atacadista que apenas comercializa mercadorias recebidas de sua matriz-fabricante, estando as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Haveria, contudo, um sério problema, se essa filial, além de comercializar mercadorias recebidas em transferência de sua matriz, obrigando-se a reter o imposto nas operações subsequentes, também adquirisse mercadorias do mesmo gênero fabricadas por outras empresas, com retenção do imposto, com a fase de tributação encerrada, como prevê, em princípio, o “caput” do art. 356, pois, em tal caso, haveria nos estoques uma confusão de difícil controle – mercadorias com tributação encerrada junto com mercadorias ainda passíveis de tributação.

Para evitar isso, o Regulamento prevê, no § 2º do art. 356, que, na hipótese do inciso I do art. 355, caso, eventualmente, a filial atacadista adquira de terceiro outras mercadorias com o imposto pago por antecipação, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deve utilizar como crédito fiscal o imposto destacado nas Notas Fiscais de compra, bem como o imposto que foi antecipado, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto nas operações internas subsequentes. Ou seja, deve fazer a retenção do imposto tanto nas vendas das mercadorias recebidas em transferência de sua matriz (sem retenção do imposto) como nas vendas das mercadorias adquiridas de outras empresas (com retenção do imposto, porém desfeitos os efeitos da retenção mediante a utilização dos impostos como créditos).

Na situação destes autos, se o autuado, na condição de filial atacadista de fábrica de cimento, recebe em transferência a mercadoria sem retenção do imposto, e também adquire cimento de outras empresas, não pode, em relação a tais aquisições, considerar encerrada a tributação da mercadoria, seguindo a regra geral do “caput” do art. 356, haja vista a exceção do § 2º. O correto é destacar nos documentos o imposto de sua responsabilidade direta (o chamado imposto “normal”) e também proceder à retenção do imposto devido por substituição tributária.

O item 1º deste Auto diz respeito ao imposto de responsabilidade direta do autuado, nas vendas efetuadas como se estivesse encerrada a fase de tributação, seguindo erroneamente a regra do “caput” do art. 356 do RICMS.

O item 2º cuida do imposto que deveria ter sido retido nas mesmas vendas, como prevê o § 2º do art. 356.

Mantendo os lançamentos dos itens 1º e 2º”.

Desta forma, com base nas conclusões acima, subsistem integralmente as infrações discutidas neste processo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207101.0004/06-8 lavrado contra **CIMENTO SERGIPE S/A CIMESA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 206.317,72, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR