

A. I. N° - 207155.0002/08-1
AUTUADO - CIMENTO SERGIPE S/A - CIMESA
AUTUANTE - INOCÊNCIA OLIVEIRA ALCÂNTARA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18.02.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0012-04/09

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES DE VENDAS INTERNAS COM MERCADORIAS (CIMENTO) RECEBIDAS EM TRANSFERÊNCIAS DE OUTROS ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. As operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária recebidas em transferências de estabelecimento produtor são tributadas normalmente, além da obrigatoriedade de fazer a retenção do imposto substituto. Infrações não elididas. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovado que os produtos objeto da autuação foram empregados na manutenção de máquinas e equipamentos, o que configura uso/consumo. Vedado a utilização do crédito fiscal. Infração subsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS [CIMENTO] SEM DOCUMENTOS FISCAIS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL. b) FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS SUBSTITUTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível e em se tratando de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, cabível também a exigência do ICMS substituto. Infrações não elididas. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados aos autos comprovam a falta de recolhimento do imposto relativo a compras interestaduais destinadas ao ativo e consumo. Infração caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial. Comprovado a escrituração regular de parte das notas fiscais das mercadorias. Infração parcialmente caracterizada. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração

subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/06/08, faz exigência de ICMS no valor de R\$454.937,93, acrescido da multa de 60% e 70%, além de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$1.679,99 em decorrência das seguintes infrações:

01. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas - R\$237.988,06.
02. Deixou de proceder a retenção do ICMS e conseqüente recolhimento, na qualidade de contribuinte substituto, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado - R\$75.802,86.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento - R\$2.220,67.
04. Falta de recolhimento do ICMS, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis - R\$114.665,31.
05. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado - R\$22.769,37.
06. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - R\$1.491,66.
07. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada multa de 10% sobre o valor das mercadorias – R\$1.469,22.
08. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada multa de 1% sobre o valor das mercadorias – R\$210,77.

O autuado na sua defesa (fls. 342/352), inicialmente discorre sobre as infrações e diz que o mesmo não pode prosperar, sob pena de ferir o princípio da legalidade, conforme passou a expor.

Com relação à infração 1, relativa à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, afirma que após a análise das notas fiscais objeto da infração, observou que se trata de operações com os produtos: Cimento Branco CPB, Cimento Branco Irajazinho e Cimento Portland CP II Z 32 – revenda.

Diz que em se tratando de “operação interestadual com cimento, há imposição de substituição tributária no momento da venda, restando indevido o pagamento do tributo na operação posterior”. Argumenta que na aquisição por compra dos citados produtos, surge a obrigação do vendedor “recolher o ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que a autuada efetuará”.

Por este raciocínio, entende que não resta necessidade de efetuar qualquer recolhimento de imposto ou situação de débito/crédito de sua parte, desconfigurando-se, assim, por completo a infração.

Relativamente à infração 2, decorrente da falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito ativo por substituição, diz que após a análise das notas fiscais objeto desta infração, observou que também se trata dos mesmos produtos. Afirma que da mesma forma que na infração anterior, se

trata de operação interestadual com cimento, submetido ao regime de substituição tributária no momento da venda, restando indevido o pagamento do tributo na operação posterior.

Afirma que em relação aos citados produtos, ocorreu o pagamento no momento da sua aquisição por compra, obrigando, assim, o vendedor a recolher o ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que o autuado efetuará, não havendo necessidade de novo recolhimento do tributo, fato que configuraria uma verdadeira bitributação, subvertendo o próprio sistema de apuração do ICMS.

No que se refere à infração 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, afirma que a discussão gira em torno da classificação do produto adquirido, configurando ou não o direito ao crédito fiscal.

Transcreve o conceito de bem de uso e consumo, consoante o artigo 93, V, “b” do RICMS: “assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação”.

Ressalta que o seu objeto social é “a pesquisa, a lavra e o aproveitamento em geral de jazidas minerais, a produção, o transporte, a distribuição, a importação, a exportação e o comércio em geral de cimento, cal, argamassa, gesso e de respectivas matérias-primas e produtos derivados, afins e correlatos, bem como a prestação de serviços especializados e a intermediação de negócios relacionados com seu objeto social”.

Diz que em se tratando de operações praticadas em um centro de distribuição de cimento e outros produtos, que opera diretamente com carga e descarga, a utilização do óleo diesel contestada é essencial para a sua operacionalização e não pode ser considerado como de uso e consumo.

Transcreve ementa de julgamento do Auto de Infração 298743.0003/02-5, contida no Acórdão 0001/01-03, na qual foi decidido ser correta a utilização do crédito fiscal de óleo diesel, por ter sido empregado na atividade-fim da empresa.

Argumenta que por analogia, no presente caso, se a empresa que tem como objeto social a extração vegetal que dá direito a se creditar do ICMS relativo aos produtos que transporta, manifesta entendimento que a distribuidora dos produtos também tem o direito de se creditar do ICMS sobre o óleo diesel, nos termos da legislação, vez que é utilizado no carregamento e descarregamento de produtos, que se configura principal objeto de sua mercancia. Requer a improcedência desta infração.

No que tange à infração 4, relativa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo do estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, esclarece que a Cimento Sergipe S.A. – CIMESA foi incorporada pela Votorantim Cimentos N/NE S.A., motivo pelo qual, consoante regulamentação do Estado da Bahia, houve a abertura de outra inscrição estadual.

Conseqüentemente, toda a mercadoria que existia em posse da CIMESA foi transferida para a incorporadora e a “autuação teve por base a não consideração da incorporação e da transferência do estoque para a incorporadora”. Requer perícia técnica para demonstrar a inexistência da omissão de saída de mercadorias e pede a insubsistência desta infração.

No que se refere à infração 5, pela falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo do estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, argumenta que assim como ocorreu na infração anterior, a CIMESA foi incorporada pela Votorantim Cimentos N/NE S.A.

Em seguida foi aberta outra inscrição estadual e a fiscalização não levou em consideração a incorporação e transferência do estoque para a incorporadora, motivo de fato que entende justificar perícia técnica no sentido de demonstrar inexistência da omissão de saída, o que desde já se requer.

Salienta a impossibilidade de tributação da operação por ser apenas mera passagem de estoque da empresa incorporada para a incorporadora e pede a insubsistência desta infração.

Quanto à infração 6, decorrente da falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquotas relativo a compras em outros Estados de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, afirma que após análise do livro RAICMS, no período indicado pela autuante, inexistiu qualquer lançamento de crédito advindo de aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, o que faz inexistir a suposta infração.

Supõe que tenha ocorrido uma avaliação errônea no tocante à avaliação dos produtos, por parte da fiscalização e requer a improcedência desta infração.

No tocante à infração 7, referente à aplicação de multa de caráter acessório por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro em escrita fiscal, afirma que após análise dos livros fiscais, constatou o cometimento de diversos equívocos por parte da fiscalização, uma vez que há escrituração das notas fiscais, a exemplo das notas fiscais:

264878, 264932, 265102, 265111 e 265101, emitidas em 05/10/2006, que foram regularmente escrituradas no registro de entradas à fl. 3 da Votorantim Cimentos N/NE S.A. inscrição 69.089.246.

Afirma que os equívocos nasceram por conta da incorporação ocorrida, motivo pelo qual requer a realização de perícia técnica, para provar o alegado.

Da mesma forma, no que toca à infração 8, constatou diversos equívocos por parte da fiscalização que não considerou documentos devidamente escriturados, a exemplo da nota fiscal 426, lançada nas infrações 7 e 8, havendo duplicidade, bem como ter escriturado as de números: 691760, 688361 e 693120, regularmente escrituradas no livro Registro de Entradas às fls. 23, 2, 44, da Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246.

Argumenta que os equívocos ocorreram face à incorporação ocorrida, motivo pelo qual requer a realização de perícia técnica, para demonstrar a inexistência da infração, conforme quesitação formulada à fl. 352, nomeando desde já como assistente técnica a Sra. Leila Maia dos Santos, que pode ser encontrada no mesmo domicílio do impugnante.

Por fim, afirma que não infringiu os dispositivos legais apontados no Auto de Infração, e requer a sua improcedência.

A autuante na informação fiscal prestada às fls. 367 a 371 inicialmente discorre sobre as infrações e alegações defensivas, passando a contestá-las conforme passou a expor.

Com relação às infrações 1 e 2, afirma que conforme previsto no art. 355, I do RICMS/BA, não se fará a retenção ou antecipação do imposto, na hipótese de transferência de estabelecimento industrial localizado nesta ou em outra unidade da Federação, para estabelecimento filial atacadista, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subseqüentes, equiparando-se nestas operações à própria indústria.

Afirma que o estabelecimento filial atacadista destinatário deve observar o disposto no art. 356, §2º do RICMS/BA, que determina que: “Na hipótese do inciso I do art. anterior e do inciso II do art. 375, caso, eventualmente, o estabelecimento destinatário adquira de terceiros outras mercadorias com imposto pago por antecipação, para que dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá o contribuinte utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação normal como o imposto retido ou antecipado, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto nas operações internas subseqüentes com aquelas mercadorias”.

Informa que o estabelecimento autuado utiliza o CFOP 2403 nas entradas de mercadorias creditando-se do ICMS, conforme fls. 65/77 e nas saídas utiliza o CFOP 5403, dando saídas como outras conforme fls. 58/64, deixando, assim de pagar o ICMS normal de sua responsabilidade no valor de R\$ 237.988,06 e de fazer a retenção e pagamento nas saídas internas subseqüentes no valor de R\$ 75.802,86 conforme planilha fl. 18 que sintetiza os valores das fls. 20/57 extraídas do seu arquivo magnético.

Com relação à infração 3, relativa à utilização indevida de crédito de ICMS na aquisição de óleo diesel, afirma que não se aplica por analogia a decisão contida no Acórdão do CONSEF julgado improcedente, pois o óleo diesel aplicado na situação presente, conforme lançamento da empresa fls. 80/81, trata-se de aquisição de materiais diversos, empregado na manutenção de máquinas e veículos.

Afirma que por se tratar de uma filial da indústria que apenas comercializa as mercadorias, e é equiparada a indústria somente no que diz respeito à substituição tributária, é obrigada a fazer retenção do ICMS nas operações internas e subseqüentes. Entende que não industrializando mercadorias que integre ao produto final, é considerado como material de consumo e indevido a utilização do crédito fiscal.

No que se refere às infrações 3 e 4, esclarece que o roteiro de auditoria realizada foi feito com base no Sistema de Fiscalização (SAFA), tomando por base o arquivo magnético informado pela própria empresa, que deve reproduzir os dados constantes dos documentos fiscais de entrada e saída e livro Registro de Inventários.

Afirma que até que se prove o contrário, os dados ali constantes dos arquivos magnéticos são o reflexo do real movimento de mercadorias, quando estas se deram com a emissão do respectivo documento fiscal. A empresa fiscalizada é a CIMESA de inscrição estadual 65.124.357 cujas notas fiscais foram consideradas no levantamento fiscal (entradas e saídas) e não da inscrição 69.089.354. Diz que não tendo o autuado apresentado qualquer prova concreta que aponte erro no levantamento fiscal realizado (fls. 83/274), mantém a exigência fiscal.

Informamos ainda, que concedeu prazo de 30 dias, para a empresa fazer uma revisão da fiscalização indicando todas as irregularidades encontradas, não tendo o autuado se manifestado no prazo legal.

No que se refere às infrações 4 e 5, a cobrança da retenção do ICMS é consequência da omissão de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, constatada no levantamento quantitativo da infração 4, o que resultou também na infração 5, a exigência do ICMS-ST por se tratar de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, aplicando-se os mesmos argumentos despendidos naquela infração.

No tocante à infração 6, contesta a alegação defensiva de que não constatou qualquer lançamento de crédito indevido relativo à material de uso e consumo, visto que a infração se refere a exigência de ICMS da diferença de alíquota e não crédito indevido.

Esclarece que foi apurado lançamentos com o CFOP 2556 no seu arquivo magnético, conforme demonstrativo fls. 278/290, relativo a compra de material de uso/consumo e ativo permanente em outros Estados, o que constitui fato gerador do ICMS da diferença de alíquota, de acordo com o art. 7, III, “a” e “b”, do RICMS/97.

Quanto à infração 7, trata-se da exigência de multa, decorrente da entrada de mercadoria sujeita sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo e notas fiscais às fls. 293/296, conforme estabelecido no art. 322 do RICMS/97, constituindo descumprimento de obrigação acessória, punível com multa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação, conforme art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao argumento defensivo de que as notas fiscais foram lançadas na empresa incorporadora Votorantim Cimentos N/NE S.A cuja inscrição 69.089.246, fls. 360/361 contesta dizendo que a empresa fiscalizada é Cimento Sergipe S/A inscrição Estadual 65.124.357, CNPJ 15.612.930/0025-40 e as notas fiscais relacionadas às fls. 294/296 foram emitidas em nome da Cimento Sergipe S.A, portanto, deveria dar entrada no seu livro REM e posteriormente, emitir nota fiscal de transferência para a incorporadora.

Com relação à infração 8, reitera o mesmo argumento de que não tendo escriturado notas fiscais de aquisição de mercadorias não sujeitas à tributação (fls. 299/338), foi aplicada multa de 1% sobre o valor das mercadorias, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

Da mesma forma que a infração anterior, contesta que as notas fiscais (fls. 299/338), foram emitidas contra a Cimento Sergipe S.A, que deveria ter dado entrada no seu livro REM e posteriormente, emitir nota fiscal de transferência para a incorporadora.

Finaliza mantendo integralmente todas as infrações e requer a procedência da autuação.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado solicitou realização de perícia técnica, para comprovar que documentos fiscais emitidos contra o estabelecimento autuado, tinham sido registrados na escrita fiscal da empresa incorporadora (VOTARANTIM). Consoante o art. 147, inciso II, alínea "b", do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente, o autuado é detentor dos livros e documentos fiscais e poderia ter juntado cópias dos mesmos ao processo para tentar provar suas alegações, não havendo necessidade de requisitar laudo "por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada" para fornecer opinião, em face dos quesitos formulados. Por isso, sendo o autuado o detentor da prova vinculada à sua alegação, nego o pedido da realização de perícia, tendo em vista que a mesma poderia ter sido juntada à defesa, fato que não ocorreu.

No mérito, o Auto de Infração acusa o contribuinte do cometimento de diversas infrações: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; falta de retenção do imposto na qualidade de contribuinte substituto; utilização indevida de crédito fiscal; omissão de saídas de mercadorias tributáveis; falta de recolhimento do ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, além da aplicação de multas por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeitas e não sujeitas à tributação.

Com relação às infrações 1 e 2, na defesa apresentada o autuado alegou que em se tratando de operações interestaduais com cimento (Branco CPB, Branco Irajazinho e Portland CP II Z 32), há imposição de substituição tributária no momento da venda e não cabe a exigência do ICMS nas operações de revenda posterior, o que configuraria bi-tributação, face ter encerrado a fase de tributação da mercadoria.

A autuante contestou tal alegação defensiva na informação fiscal, justificando que conforme previsto no art. 355, I do RICMS/BA, não se faz à retenção ou antecipação do imposto no caso de transferência de estabelecimento industrial localizado nesta ou em outra unidade da Federação, para estabelecimento filial atacadista do mesmo titular, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes, equiparando-se nestas operações à própria indústria.

Em consulta ao banco de dados da Secretaria da Fazenda, constatei que o autuado está inscrito no cadastro de contribuintes com o código 4674500 – Comércio atacadista de cimento.

Conforme disposto no art. 353, II do RICMS/BA, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado, no caso do produto em questão, relacionado no item 14 - cimento – NCM 2523.

Conforme esclarecido pela autuante na informação fiscal, a cópia do livro de Registro de Entrada juntada às fls. 66/77 demonstra que o contribuinte recebeu mercadorias (cimento) em transferência de estabelecimentos localizados na Bahia e nos Estados de Sergipe e Paraíba, tendo se creditado do ICMS destacado nos documentos fiscais.

Logo, o estabelecimento autuado sendo responsável pela retenção e recolhimento do ICMS tanto pelas operações próprias, como o das fases subsequentes (substituto), no momento que realizou operações de vendas da mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (cimento), deveria fazer a retenção e o recolhimento do imposto no momento que realizasse vendas internas para outros contribuintes.

Da mesma forma, caso adquirisse as mercadorias com imposto pago por antecipação ou substituição tributária, de acordo com o disposto no art. 356, § 2º do RICMS/BA, na hipótese do estabelecimento autuado adquirir de terceiros mercadorias com o imposto pago por antecipação, para que se desse ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deveria utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação normal como o imposto retido ou antecipado. Neste caso, ficaria obrigado a efetuar a retenção do imposto nas operações internas subsequentes com as mercadorias, observando-se, quanto à margem de valor adicionado (MVA).

Na defesa apresentada, o autuado alegou não caber exigência do ICMS nas operações de revenda, face já ter encerrado a fase de tributação das mercadorias, entretanto não juntou com a defesa qualquer documento que comprovasse que as mercadorias objeto da autuação tinham sido adquiridas com pagamento do imposto por retenção ou pago o imposto a título de antecipação. Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações e como nada foi apresentado, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Pelo exposto não tendo o autuado provado que adquiriu as mercadorias objeto da autuação com pagamento do ICMS-ST (por antecipação ou retenção), não foi comprovado que o Fisco estadual tenha recebido o imposto que encerrasse a tributação definitiva das mercadorias adquiridas pelo estabelecimento autuado. Portanto, está correta a exigência do ICMS normal de sua responsabilidade no valor de R\$237.988,06 (infração 1) e de fazer a retenção e pagamento do imposto nas saídas internas subsequentes, na condição de contribuinte substituto, no valor R\$75.802,86 (infração 2). Infrações não elididas.

No que se refere à infração 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de mercadoria adquirida e destinada a uso e consumo do estabelecimento, o autuado alegou que em se tratando de aquisição de “óleo diesel” empregado em operações praticadas em um centro de distribuição de cimento, com carga e descarga, tal produto é essencial para a sua operacionalização e não pode ser considerado como de uso e consumo.

A autuante contestou na informação fiscal, dizendo que na situação em tela, o produto é empregado na manutenção de máquinas e equipamento, o que caracteriza material de uso ou consumo.

Embora não tenha sido trazido ao processo as cópias dos documentos fiscais que acobertaram as compras dos produtos, tanto o impugnante como o autuante, admitem que se trata de aquisição de óleo diesel.

Pela análise dos elementos trazidos ao processo, verifico que conforme demonstrativo à fl. 79, trata-se de aquisição das mercadorias consignadas nas notas fiscais 21274, 21635, 20330 e 20331. Conforme consulta das notas fiscais no Registro 50, juntado às fls. 80 e 81, foi descrito como “MATERIAIS DIVERSOS, MANUTENÇÃO P/MÁQUINAS E VEÍCULOS”.

Portanto, não se trata de mercadorias adquiridas que foram destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação, conforme estabelecido no art. 93, V, “b” do RICMS/BA. Logo, na condição de material adquirido destinado a uso/consumo de estabelecimento comercial, restou caracterizado a utilização indevida do crédito fiscal.

Por outro lado, conforme ressaltado pela autuante na informação fiscal, não pode ser aplicado por analogia na situação presente, a decisão contida no Acórdão JJF 0001/01-03, visto que aquela decisão envolve operação de emprego de óleo diesel por empresa transportadora de carga, sendo que a utilização do crédito fiscal naquela situação é prevista no art. 93, I, “f” do RICMS/BA, quando combustíveis, lubrificantes, óleos, aditivos e fluidos, sejam efetivamente utilizados na prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual.

Concluo que na situação presente, o produto adquirido foi utilizado na manutenção de máquinas e equipamentos, conforme indicado no arquivo magnético produzido pelo contribuinte, o que caracteriza como emprego de material de uso e consumo, e vedado à utilização do crédito fiscal correspondente. Infração subsistente.

Relativamente às infrações 4 e 5, tendo sido apurado omissão de saídas de mercadorias tributáveis mediante levantamento quantitativo do estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, foi exigido ICMS relativo à falta de pagamento do ICMS normal (infração 5) e conseqüentemente, a falta de retenção e recolhimento do imposto na condição de contribuinte substituto.

Na defesa apresentada, o autuado argumentou que a CIMESA foi incorporada pela Votorantim Cimentos N/NE S.A. e toda mercadoria existente na incorporada foi transferida para a incorporadora, fato que não foi considerado pela fiscalização. Afirmou que não há tributação do ICMS em decorrência da passagem de estoque da primeira empresa para a segunda.

A autuante contestou informando que procedeu o levantamento fiscal com base nos arquivos magnéticos fornecidos pelo impugnante e que concedeu prazo de trinta dias para a empresa analisar os demonstrativos por ela elaborado, não tendo a mesma se manifestado no prazo concedido.

Pela análise dos elementos constantes do processo verifico que a fiscalização elaborou demonstrativos que foram juntados às fls. 83 a 274, no qual apurou-se omissão de saída de mercadorias, tendo sido exigido o ICMS da operação própria (infração 4) e o ICMS-ST que deveria ter sido retido (infração 5), visto que se trata de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária (cimento).

Constato que a fiscalização fez entrega ao impugnante das cópias do levantamento fiscal, conforme recibo apostos nos mesmos, nos quais constam as quantidades dos estoques (inicial e final) registrados nos inventários, relacionados por nota fiscal as quantidades de mercadorias por nota fiscal (entrada e saída), em que resultou em omissão de saída consolidada nos demonstrativos sintéticos acostados às fls. 83 a 87.

Entendo que em se tratando de omissão de saída de mercadorias apurado com base nos livros e documentos fiscais do próprio estabelecimento autuado, após o recebimento das cópias dos demonstrativos analíticos, indicando as quantidades de entradas, saídas de mercadorias, bem

como as existentes nos estoques (inicial e final) de cada produto comercializado, o autuado pode exercer seu direito de defesa, e caso constatado, demonstrar possíveis inconsistências existentes no levantamento fiscal para que pudesse ser apreciado. Como nenhuma prova foi juntada com a defesa, implica em simples negativa de cometimento da infração, o que não o desonera da responsabilidade do pagamento do imposto exigido (art. 143 do RPAF/99).

Com relação à alegação defensiva de que não foram consideradas as notas fiscais emitidas contra o autuado, mas que foram escrituradas nos livros fiscais da empresa que a incorporou (Votarantim), não pode ser acatada tendo em vista que nenhuma prova neste sentido foi acostada ao processo. Conforme ressaltado pela autuante, a empresa deveria ter escriturado a nota fiscal no estabelecimento ao qual foi destinado e no momento que ocorreu a incorporação, deveria emitir nota fiscal contra a incorporadora, neste caso as quantidades de entradas e de saídas se anulam no levantamento quantitativo. Mesmo que seja verdadeira a alegação de que a nota fiscal emitida contra a incorporada foi escriturada na contabilidade da incorporadora, não pode ser acatada tal alegação, tendo em vista que nenhuma prova concreta neste sentido foi juntada com a defesa, conforme prevê o art. 123 do RPAF/BA. Entendo que a empresa deveria juntar ao processo demonstrativo próprio no qual indicasse as notas fiscais não computadas no levantamento fiscal e que porventura tivessem sido escrituradas na contabilidade da incorporadora e cópia do livro de Registro de Entrada com as suas respectivas escriturações, para provar o alegado, fato que não ocorreu. Ressalte-se que o levantamento fiscal foi feito com base no arquivo magnético fornecido pelo próprio impugnante e caberia a ele demonstrar possíveis equívocos cometidos pela fiscalização.

Por tudo que foi exposto, concluo que o levantamento fiscal demonstra o cometimento da infração, visto que foi apurado omissão de saída de mercadorias e não tendo o recorrente provado sua alegação de que escriturou notas fiscais no estabelecimento incorporador, deve ser mantida integralmente a infração 4 relativo ao ICMS devido decorrente da operação própria e também da infração 5, por se tratar de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração não elidida.

Quanto à infração 6, decorrente da falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquotas relativo a compras em outros Estados de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, na defesa apresentada o autuado alegou que após análise do livro RAICMS “inexistiu qualquer lançamento de crédito advindo de aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, o que faz inexistir a suposta infração”, supondo que a fiscalização tenha se equivocado, o que foi contestado pela autuante na informação fiscal.

Observo que conforme ressaltado pela autuante, a infração trata de exigência de ICMS de diferença de alíquota, relativo à aquisição de bens de ativo e material de consumo em outras unidades da Federação e não de utilização indevida de crédito fiscal como reportado na defesa.

Pela análise dos elementos juntados ao processo, verifico que no demonstrativo acostado pela autuante e cópias/espelho da consulta das notas fiscais no registro 50 às fls. 276/277, foram relacionadas notas fiscais relativas às aquisições em estabelecimentos localizados em outros Estados de bomba hidráulica, impressora matricial, ar condicionado, placa deslizante, suéter, camisa e calça social, placa e bucha.

Considerando que o estabelecimento autuado exerce atividade de comercialização de cimento, é certo que a aquisição das mercadorias acima relacionadas foram destinadas ao ativo imobilizado ou empregadas como material de uso/consumo e devido o ICMS da diferença de alíquota. Assim sendo, não tendo o autuado comprovado o pagamento do ICMS de diferença de alíquota relativo à operação de compras dos mencionados produtos, fica mantida a infração.

Relativamente às infrações 7 e 8, foi aplicada multa de caráter acessório por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita e não sujeita a tributação sem o devido registro em escrita

fiscal. Na defesa apresentada o autuado alegou que as notas fiscais de números 264878, 264932, 265102, 265111 e 26510 (infração 7) e 691760, 688361 e 693120 (infração 8), foram regularmente escrituradas no livro Registro de Entradas da Votorantim Cimentos N/NE S.A. inscrição 69.089.246, incorporadora do estabelecimento autuado.

A autuante na informação fiscal contestou dizendo que as notas fiscais forma emitidas contra a Cimento Sergipe S/A e que caso as mercadorias fossem transferidas para a Votorantim Cimentos N/NE S.A (incorporadora), deveria emitir nota fiscal contra a mesma.

Da análise dos documentos juntados ao processo, verifico que a autuante juntou às fls. 293 e 298, relação de notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias adquiridas, sujeitas a tributação (infração 7) e não sujeita à tributação (infração 8), bem como juntou vias das notas fiscais relacionadas às fls. 294/296 e 299/238.

Com relação à alegação de que parte das notas fiscais emitidas contra o estabelecimento autuado (CIMESA) foram escrituradas no livro Registro de Entrada da incorporadora (VOTARANTM), não pode ser acatada, tendo em vista que não foi juntado com a defesa qualquer documento para provar tal alegação, conforme prevê o art. 123 do Dec. 7.629/99 (RPAF/BA).

Quanto à alegação defensiva de que a “nota fiscal 426 também está na infração 07, sendo autuada em duplicidade” (fl. 351), não procede, tendo em vista nos demonstrativos juntados pela autuante à fl. 293 (infração 7) e na fl. 298 (infração 8), não foi relacionada nenhuma nota fiscal com este número, motivo pelo qual não acolho.

Por fim, embora o impugnante em relação à infração 7 não tenha indicado na defesa apresentada que tenha escriturado a nota fiscal 221305, o mesmo juntou à fl. 360, cópia da fl. 2 do livro Registro de Entrada do estabelecimento autuado, na qual consta ter escriturada a mencionada nota fiscal. Por isso, entendo que é razoável acatar tal documento como elemento de prova de que a referida nota fiscal foi escriturada regularmente, devendo ser excluído o valor correspondente da multa aplicada de R\$305,64, do demonstrativo à fl. 293. Consequentemente, afastado a exigência daquele valor, relativo à data de ocorrência de 28/02/06, com data de vencimento em 09/03/06 (item 31 do DD no verso da fl. 5).

Pelo exposto, a infração 7 fica reduzida para R\$1.163,58 e mantida integralmente a infração 8.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **207155.0002/08-1**, lavrado contra **CIMENTO SERGIPE S/A - CIMESA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$454.937,93** acrescido das multas de 60% sobre R\$340.272,62 e 70% sobre R\$114.665,31 previstas no art. 42, II, “a”, “e”, VII, “a”, III da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$1.374,35**, previstas no art. 42, IX e XI da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei n.º 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR