

A. I. Nº - 207155.0001/08-5
AUTUADO - CIMENTO SERGIPE S/A – CIMESA (VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.)
AUTUANTE - INOCÊNCIA OLIVEIRA ALCANTARA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03. 08. 2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-05/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao estabelecimento de filial atacadista a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas de cimento que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Fato comprovado. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. 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. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infrações caracterizadas. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeitos os cálculos com redução do valor original exigido. Infração caracterizada em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/06/2008, exige ICMS, no valor histórico de R\$313.439,61, decorrente de:

INFRAÇÃO 1 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS, no valor R\$163.360,27, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nas saídas de cimento escrituradas pelo CFOP 5403, em descumprimento ao Artigo 356, § 2º, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que determina que o atacadista equiparado à indústria, que receba a mesma mercadoria com operação normal e substituição tributária, dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, utilizando como crédito fiscal tanto o ICMS na operação normal como o imposto retido

antecipado, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto nas operações internas subseqüentes com aquela mercadoria. No caso presente o contribuinte se creditou das entradas de cimento oriundas de outras unidades da federação escrituradas pelos CFOP 2403, no entanto nas saídas com CFOP 5403 não fez a retenção nas saídas internas subseqüentes.

INFRAÇÃO 2 – 07.02.03 – Deixou de proceder à retenção de ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor R\$64.061,33, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às saídas internas subseqüentes, nas vendas com CFOP 5403, realizadas para contribuintes localizados neste Estado no valor de R\$ 64.061,33.

INFRAÇÃO 3 – 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto, no valor R\$57.149,22, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo do estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o valor monetário – o das saídas tributáveis

INFRAÇÃO 4 – 04.05.11 – Falta de retenção e o subseqüente 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 conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006) no valor de R\$11.012,77.

INFRAÇÃO 5 – 06.01.01 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$11.951,57, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de ativo fixo para o estabelecimento.

INFRAÇÃO 6 – 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$369,84, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição material para uso e consumo do estabelecimento.

INFRAÇÃO 7 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal com multa de 10%, no valor R\$3.588,31.

INFRAÇÃO 8 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal com multa de 1%, no valor R\$1.946,30.

O autuado apresentou defesa, fls. 219 a 226, argumentando que o referido Auto de Infração não pode prosperar, sob pena de ser ferido o princípio da legalidade e salienta que, para facilitar o entendimento, a defesa será efetuada por infração.

Em relação à infração 1, aduz que após a análise das notas fiscais utilizadas como base da infração, observou-se que são relativas aos produtos: Cimento Branco CPB, Cimento Branco Irajazinho e Cimento Portland CP II Z 32 – revenda. Observa que quando se trata de operação interestadual com cimento, há imposição de substituição tributária no momento da venda, restando indevido o pagamento do tributo na operação posterior, pois quanto aos produtos antes citados, houve a aquisição por compra da autuada, obrigando, assim, o vendedor a recolher o ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que a autuada efetuará. Dentro deste raciocínio, diz que não há necessidade de qualquer recolhimento de imposto ou situação de débito/crédito por parte do autuado, desconfigurando-se, assim, a infração imposta.

Em relação à infração 2, reitera os mesmos argumentos apresentados na impugnação relativa à infração 1, ou seja, aduz que após a análise das notas fiscais utilizadas como base da infração, observou-se que também são relativas aos produtos: Cimento Branco CPB, Cimento Branco Irajazinho e Cimento Portland CP II Z 32 – revenda. Reitera que quando se trata de operação interestadual com cimento, há imposição de substituição tributária no momento da venda, restando indevido o pagamento do tributo na operação posterior, pois quanto aos produtos antes citados, houve a aquisição por compra da autuada, obrigando, assim, o vendedor a recolher o

ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que o autuado efetuará. De igual maneira da infração 1, diz não restar necessidade de qualquer recolhimento de imposto ou situação de débito/crédito por parte da autuada, desconfigurando-se, assim, por completo a infração impositiva.

Em relação à infração 3, observa 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. Assim, toda a mercadoria que existia em posse daquela, foi transferida para a incorporadora que, consoante legislação de regência, a substituiu em todos os seus direitos e deveres. Diz que a autuação teve por base a não consideração da incorporação e da transferência do estoque para a incorporadora, motivo de fato que justifica perícia técnica no sentido da demonstração da inexistência da omissão de saída, o que desde já requer. Mais uma vez, refere como insubsistente a autuação.

Em relação à infração 4, mais uma vez, observa 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.

Assevera que toda a mercadoria que existia em posse daquela foi transferida para a incorporadora que, consoante legislação de regência, a substituiu em todos os seus direitos e deveres. Diz que a autuação teve por base a não consideração da incorporação e da transferência do estoque para a incorporadora, motivo de fato que justifica perícia técnica no sentido da demonstração da inexistência da omissão de saída, o que desde já requer.

Salienta sobre a impossibilidade de tributação da operação por ser apenas mera passagem de estoque da empresa incorporada para a incorporadora.

Em relação à infração 5, aduz que é consolidado no Conselho da Fazenda Estadual da Bahia, que os bens adquiridos sob a rubrica de ativo fixo não devem necessariamente refletir em desembolso de imposto por parte do contribuinte, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96, bem como a Lei Ordinária nº 7.014/96, em seu Art 29, concedeu ao contribuinte o direito ao crédito decorrente das aquisições de bens destinados ao ativo permanente a partir de 01/11/96, transcrevendo Ementa ACÓRDÃO JJF Nº 0049/01, 25 de janeiro de 2001 - MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA.

Concluindo que, pelo demonstrado, inviável é a cobrança do diferencial de alíquota relativamente ao ativo fixo da empresa.

Em relação à infração 6, argumenta que após acurada análise do Livro de Registro de Apuração do ICMS, demonstra-se que no período indicado pelo 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 deve ter ocorrido uma avaliação errônea do autuante no que toca à avaliação dos produtos.

Em relação à infração 7, diz ter constatado diversos equívocos cometidos pela fiscalização, uma vez que há escrituração das notas, o que remete a necessidade de perícia técnica, o que mais uma vez se requer, tais como:

- a) Nota Fiscal nº 264878 de 05/10/2006: escriturada no registro de entradas em outubro de 2006 (folha 03), na Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246;
- b) Nota Fiscal nº 264932 de 05/10/2006: escriturada no registro de entradas em outubro de 2006 (folha 03), na Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246;
- c) Nota Fiscal nº 265102 de 05/10/2006: escriturada no registro de entradas em outubro de 2006 (folha 03), na Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246;
- d) Nota Fiscal nº 265111 de 05/10/2006: escriturada no registro de entradas em outubro de 2006 (folha 03), na Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246;

- e) Nota Fiscal nº 265101 de 05/10/2006: escriturada no registro de entradas em outubro de 2006 (folha 03), na Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246;

De logo se constata que os equívocos nasceram por conta da incorporação ocorrida, motivo pelo qual se remete a necessidade de perícia técnica.

Mais uma vez demonstrada a inexistência da autuação.

Em relação à infração 8, diz ter constatado diversos equívocos cometidos pela fiscalização, uma vez que há escrituração das notas, o que remete a necessidade de perícia técnica, o que mais uma vez se requer, tais como:

1. Nota Fiscal nº 426 também está na infração 7, sendo autuada em duplicidade;
2. Nota Fiscal nº 691760 de 23/10/2006: escriturada no registro de entradas em outubro de 2006 (folha 23), na Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246;
3. Nota Fiscal nº 688361 de 29/08/2006: escriturada no registro de entradas em outubro de 2006 (folha 02), na Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246;
4. Nota Fiscal nº 693120 de 31/10/2006: escriturada no registro de entradas em outubro de 2006 (folha 44), na Votorantim Cimentos N/NE S.A., inscrição 69.089.246;

Frisa que os equívocos nasceram por conta da incorporação ocorrida, motivo pelo qual se remete a necessidade de perícia técnica.

Reitera o pedido de perícia técnica, apresentado as questões abaixo:

- a) Quando da apuração das infrações, levou-se em conta os livros fiscais da empresa incorporadora?
- b) Levando em conta tais livros, resta alguma diferença a ser apurada devida pela autuada?
- c) Levando em conta tais livros fiscais houve entrada no estabelecimento sem escrituração de nota fiscal?
- d) Resta alguma das infrações, após a análise de tais livros fiscais?

Nomeia como assistente técnica de perícia a Sra. Leila Maia dos Santos, com domicílio igual ao da impugnante, onde deverá receber todas as intimações necessárias.

Ao finalizar, requer improcedência da autuação.

O auditor autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 239 a 246, m relação às infrações 1 e 2, frisa que o art. 355 do RICMS do Estado da Bahia, diz que: Não se fará a retenção ou antecipação do Imposto...Inciso I a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, na hipótese de transferência de estabelecimento industrial localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subseqüentes, equiparando-se nestas operações á própria indústria, devendo ser observado pelo estabelecimento filial atacadista destinatário o disposto no parágrafo 2 do art. 356 que reza o seguinte: 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 ás 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.

Salienta que o autuado utilizou-se do CFOP 2403 nas Entradas de mercadorias creditando-se, do ICMS conforme fls. 36/39 deste PAF. E nas Saídas utilizou-se do CFOP 5403 dando saídas como outras conforme fls. 40/45 deixando assim de pagar o ICMS normal de sua responsabilidade no valor de R\$163.360,27 e de fazer a retenção e pagamento nas saídas internas subseqüentes no valor

R\$64.061,33 conforme planilha fl. 15 que sintetiza os valores das fls. 16/35 extraídas do seu arquivo magnético.

Em relativamente às infrações 3 e 4, frisa que a auditoria foi realizada através do Sistema de Fiscalização SAFA, programa esse que toma por base o arquivo magnético informado pela própria empresa. O dito arquivo nada mais é que a reprodução dos dados constantes nos documentos fiscais de entrada e saída e no livro Registro de Inventários. Portanto, até que se prove o contrário, os dados ali constantes são o reflexo do real movimento de mercadorias, quando estas se deram com a emissão do respectivo documento fiscal. A empresa fiscalizada é a Cimento Sergipe S.A – Cimesa de inscrição estadual 22.974.637 e as notas consideradas neste levantamento são destinadas a esta inscrição e as notas fiscais de saídas também e não com a inscrição 69.089.354. A autuada não apresenta nenhuma prova concreta que aponte erro no nosso levantamento das fls. 46/143.

Informa que foi dado um prazo de 30 dias, para empresa fazer uma revisão da fiscalização entregando todas as irregularidades encontradas, conforme ciência às fls. 35, e ela não se manifestou.

Quanto à infração 4, a cobrança da retenção do ICMS foi em consequência da omissão de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

No tocante à infração 5, argumenta que o autuado cita a Lei complementar federal 87/96 e Lei nº 7.014/96 e diz que os bens adquiridos sob a rubrica de ativo fixo não deve refletir em desembolso de imposto por parte do contribuinte, e apresenta emendas do CONSEF e segundo a autuada é inviável a cobrança do diferencial de alíquota do ativo fixo da empresa. O RICMS do Estado de São Paulo diz o seguinte:

“Artigo 7º - O imposto não incide sobre (Lei Complementar federal 87/96, art. 3º, Lei 6.374/89, art. 4º, na redação da Lei 10.619/00, art. 1º, III; Convênios ICM-12/75, ICMS-37/90, ICMS-124/93, cláusula primeira, V, I, e ICMS-113/96, cláusula primeira, parágrafo único):

*...
XIV - a saída de bem do ativo permanente;*

XV - a saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo;”

Salienta que este mandamento é repetido na Lei Paulista nº 6374/89, no seu artigo 4º, incisos VI e VII, porém, com o devido respeito, a Lei paulista é válida no território de São Paulo, e seus efeitos não atingem os contribuintes inscritos no Estado da Bahia.

Desta que o que diz a Lei Baiana (Lei nº 7.014/96).

“Art. 2º O ICMS incide sobre:

*...
IV- a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes.*

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

*...
XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.*

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

*...
XI - nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem.*

...

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.”

Destacando que a entrada, a qualquer título, de bem ou mercadoria decorrente de operação interestadual, quando estes se destinarem a uso ou consumo ou ao ativo permanente, gera a obrigação do pagamento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual. O art. 7º, III, “a” e “b”, do RICMS/97, preconiza que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas se a operação de remessa for realizada com não-incidência do imposto ou com isenção decorrente de convênio. O Estado de São Paulo deu tratamento de “não incidência” às operações de saída de bem do ativo permanente, bem com de saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo.

Assevera que a definição de que operações ou quais produtos estariam fora do campo da incidência do ICMS é prerrogativa constitucional, transcrevendo parte do art. 155 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

*...
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*

*...
§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

*...
X - não incidirá:*

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

*...
XII - cabe à lei complementar:*

*...
e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, a;”*

Portanto, além das operações elencadas no inciso X, do § 2º, do art. 155, da CF/88, acima, somente a lei complementar tem prerrogativa para promover a exclusão de outras operações do campo de incidência do imposto.

Ressalta o que diz a Lei Complementar n.º 87/96:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

IV - operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;

V - operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar;

VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie;

VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor;

VIII - operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário;

IX - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras.”

Conclui que é óbvio, o Estado de São Paulo extrapolou a sua competência (definida no art. 155, da CF/88) ao dar tratamento de “não incidência” às operações de saída de bem do ativo permanente, bem com de saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de material de uso ou consumo. Poderia, se assim lhe aprouvesse, conceder “isenção” à estas operações, mas, ainda assim, o contribuinte baiano estaria sujeito ao pagamento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, porque não existe Convênio que preveja esta isenção (art. 7º, III, “a” e “b”, do RICMS/97).

Quanto à alegação de que estes bens foram objeto de uso por mais de um ano, depende de provas, que não vieram aos autos.

No tocante à infração 6, destaca que é imputado a falta de diferença de alíquota e não crédito indevido, e foi apurado pelos lançamentos feitos pela empresa utilizando o CFOP 2556 no seu arquivo magnético, conforme demonstrativo fls. 157/163. De acordo com a legislação baiana no art. 7, III, “a” e “b”, do RICMS/97 que preconiza que a entrada a qualquer título, de bem ou mercadoria decorrente de operação Interestadual, quando estes se destinarem a uso e consumo ou ativo permanente, gera a obrigação do pagamento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Quanto à infração 07, esclarece que se trata da exigência de multa, tendo em vista que foi constatada entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo e notas fiscais às fls. 165/172 dos autos.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322 do ICMS/97), sendo a falta de escrituração constitui irregularidade por 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 7.014/96.

Quanto ao argumento da autuada de que as Notas Fiscais foram lançadas na empresa incorporadora Votorantim Cimentos N/NE S.A cuja inscrição 69.089.246,fl.234 contestamos, uma vez que a empresa fiscalizada é Cimento Sergipe S/A inscrição Estadual 22.974.637 CNPJ 15.612.930/0002-54 e as Notas Fiscais fls. 294/296 emitidas em nome da Cimento Sergipe S.A, portando deveria dar entrada no seu Livro REM e posteriormente, emitir nota fiscal de transferência para a incorporadora.

No que diz respeito à infração 8, observa que se trata da exigência de multa, tendo em vista que foi constatada entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo e Notas Fiscais às fls. 173/215 dos autos.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo a falta de escrituração constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa de 1% do valor comercial do bem, mercadoria, conforme art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao argumento da autuada de que as Notas Fiscais foram lançadas na empresa incorporadora Votorantim Cimentos N/NE S.A cuja inscrição 69.089.246, fls. 260/262 contestamos, uma vez que a empresa fiscalizada é Cimento Sergipe S/A inscrição Estadual 22.974.637 CNPJ 15.612.930/0002-54 e as Notas Fiscais fls. 299/338, emitidas em nome da Cimento Sergipe S.A, portando deveria dar entrada no seu Livro REM e posteriormente, emitir nota fiscal de transferência para a incorporadora.

Por fim no que concerne a Nota Fiscal nº 426 no valor 1.961,06 tem razão a autuada a respeito do lançamento em duplicidade que foi lançada com a multa de 10% e com multa 1% que será excluída deste último fl. 174, ocorrência no mês de Fevereiro de 2006, linha 05 no valor R\$19,61 ficando a infração deste mês R\$62,60 menos R\$19,61 igual a R\$42,99 e total da infração 8 de R\$1.946,30 fica reduzida para R\$1.926,69.

Ao finalizar, opina pela manutenção parcial da autuação.

Às folhas 252/258, o autuado em nova manifestação após receber cópia da informação, o autuado reitera os argumentos anteriores.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 08 (oito) infrações.

As infrações 1 e 2 serão analisadas conjuntamente, vez que os argumentos defensivos são os mesmos. Na infração 1, é imputado ao sujeito passivo deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nas saídas de cimento escrituradas pelo CFOP 5403, em descumprimento ao Artigo 356, § 2º, aprovado pelo Decreto 6.284/97, que determina que o atacadista equiparado à indústria, que receba a mesma mercadoria com operação normal e substituição tributária, dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, utilizando como crédito fiscal tanto o ICMS na operação normal como o imposto retido antecipado, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto nas operações internas subseqüentes com aquela mercadoria. Tendo o contribuinte se creditado das entradas de cimento oriundas de outras unidades da federação escrituradas pelos CFOP 2403, no entanto nas saídas com CFOP 5403 não fez a retenção nas saídas internas subseqüentes. Já na infração 02, é imputado ao sujeito passivo deixar de proceder à retenção de ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às saídas internas subseqüentes, nas vendas com CFOP 5403, realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua defesa o sujeito passivo aduz que os produtos objetos da autuação é Cimento Branco CPB, Cimento Branco Irajazinho e Cimento Portland CP II Z 32 –, destinados para revenda, observando que quando se trata de operação interestadual com cimento, há imposição de substituição tributária no momento da venda, restando indevido o pagamento do tributo na operação posterior, pois quanto aos produtos antes citados, houve a aquisição por compra da autuada, obrigando, assim, o vendedor a recolher o ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que a autuada efetuará, entendendo não existir nenhum imposto a ser exigido.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que as entradas das mercadorias ocorrem, também, mediante ***aquisições de outra unidade da Federação, sendo as mercadorias destinadas a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subseqüentes, não se fazendo a retenção ou antecipação do imposto, conforme previsto no artigo 355, inciso I, do RICMS/97, in verbis:***

“Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento

industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subseqüentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;"

Por sua vez, o § 2º do artigo 356, do mesmo regulamento, determina que na hipótese do inciso I do art. 375, acima transcrito, caso, eventualmente, o estabelecimento destinatário 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, 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, observando-se, quanto à margem de valor adicionado (MVA).

Como bem ressaltou o autuante, o sujeito passivo utilizou-se do CFOP 2403 nas Entradas de mercadorias creditando-se, do ICMS conforme fls. 36/39 deste PAF. E nas Saídas utilizou-se do CFOP 5403 dando saídas como outras conforme fls. 40/45 deixando assim de pagar o ICMS normal de sua responsabilidade no valor de R\$163.360,27 (infração 1) e de fazer a retenção e pagamento nas saídas internas subseqüentes no valor R\$64.061,33 (infração 2), conforme planilhas acostadas às fls. 15 a 35 dos autos. Entretanto, apesar de ter utilizado os créditos fiscais, o contribuinte não recolheu imposto normal e nem reteve o imposto devido pela substituição tributária.

Logo, entendo que as infrações 1 e 2 restaram caracterizadas.

Da mesma forma que as infrações anteriores, as infrações 3 e 4 serão analisadas em conjunto, por estarem relacionadas, sendo a infração 04 consequência da infração 3 e foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006). Na infração 3, é imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o valor monetário – o das saídas tributáveis. Infração 4 é imputado ao sujeito passivo a falta de retenção e o subseqüente 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 fiscal.

Em sua defesa, o sujeito passivo frisa que a empresa 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. Assim, toda a mercadoria que existia em posse daquela foi transferida para a incorporadora que, consoante legislação de regência, a substituiu em todos os seus direitos e deveres. Diz que a autuação teve por base a não consideração da incorporação e da transferência do estoque para a incorporadora, motivo de fato que justifica perícia técnica no sentido da demonstração da inexistência da omissão de saída, o que requer.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez em todas as operações de transferência tem que ser mediante emissão notas fiscais. Se o estabelecimento autuado realizou transferências para contribuinte com outra inscrição estadual, certamente o fez mediante emissão dos documentos fiscais, os quais devem constar dos arquivos magnéticos enviado, pelo autuando, à SEFAZ.

O levantamento quantitativo foi realizado através do Sistema de Fiscalização SAFA, programa que utiliza as informações enviado pelo contribuinte através do arquivo magnético, onde são reproduzido os dados constantes nos documentos fiscais de entrada e saída e no livro Registro de Inventários, informados pelo sujeito passivo. Portanto, até que se prove o contrário, os dados ali constantes são o reflexo do real movimento de mercadorias, quando estas se deram com a emissão do respectivo documento fiscal. A empresa fiscalizada é a Cimento Sergipe S.A. –

Cimesa de Inscrição Estadual nº 22.974.637 e as notas consideradas neste levantamento são destinadas a esta inscrição e as notas fiscais de saídas também e não com a Inscrição 69.089.354.

O Levantamento Quantitativo de Estoques – Omissão foi acostado às folhas 47 e 48, o Levantamento Quantitativo das Entradas foi acostado às folhas 53 a 74, o Levantamento Quantitativo das Saídas às folhas 76 a 132, o Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio – Saídas foram acostados às folhas 134 a 140.

Todos os demonstrativos acima foram entregue ao sujeito passivo, mediante recibos firmados às folhas 48, 74, 132 e 140.

Nos Demonstrativos de Entradas e Saídas das foram especificados todos os documentos fiscais com os produtos respectivos, não tendo o sujeito passivo apontado nenhum equívoco do autuante. Portanto, não vejo razão para acatar o pedido de perícia formulado pela defesa.

No mérito, observei que o sujeito passivo não apresentou nenhuma alegação defensiva relativa aos levantamentos e números apurados nas infrações. Assim como, não apresentou nenhum levantamento para contrapor os realizados pelo autuante, mantenho as infrações 03 e 04 em sua totalidade.

Na infração 5, é imputado ao sujeito passivo Infração deixar de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de ativo fixo para o estabelecimento.

Em sua defesa, aduz o sujeito passivo que é consolidado no Conselho da Fazenda Estadual da Bahia, que os bens adquiridos sob a rubrica de ativo fixo não devem necessariamente refletir em desembolso de imposto por parte do contribuinte, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96, bem como a Lei Ordinária nº 7.014/96, em seu Art. 29, concedeu ao contribuinte o direito ao crédito decorrente das aquisições de bens destinados ao ativo permanente a partir de 01/11/96, transcrevendo Ementa ACÓRDÃO JF Nº 0049/01, 25 de janeiro de 2001 - MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA.

Ao contrário do entendimento manifestado pelo autuado, o entendimento consolidado deste CONSEF é que é devida a cobrança de ICMS, em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de bens para uso, consumo ou ativo imobilizado, de acordo com o artigo 2º, inciso IV e artigo 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 2º O ICMS incide sobre:

...
*IV- a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, **consumo ou ativo permanente** ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes.*

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...
*XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, **consumo ou ativo permanente** ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.*

Na mesma lei acima citada, no artigo 17, inciso XI e § 6º, determinada que a base de cálculo do imposto, nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

Logo, entendo que restou caracterizada a infração em tela, pois o autuante elaborou os demonstrativos acostados aos autos, em que relacionou, por nota fiscal, os valores devidos de imposto, os quais não foram contestados pelo autuado.

Na infração 6, é imputado ao sujeito passivo deixar de recolher o ICMS, no valor R\$369,84, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição material para uso e consumo do estabelecimento.

A defesa apresentada tratou de outro assunto. Tratou de crédito indevido, imputação que não consta da infração.

Na infração é tratada a questão da falta de recolhimento do ICMS relativa a de diferença de alíquota e não crédito indevido, e foi apurado pelos lançamentos feitos pela empresa utilizando o CFOP 2556 no seu arquivo magnético, conforme demonstrativo fls. 157/163, estando embasa no artigo 2º, inciso IV e artigo 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96.

Assim, entendo que a infração 6 restou caracterizada.

Nas infrações 7 e 8, é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria sem o devido registro na escrita fiscal, sendo na infração 7, relativa às mercadorias sujeita a tributação com multa de 10%, já na infração 8, mercadoria não tributável com multa de 1%.

Em sua defesa o autuado alegou que teria escriturado essas notas nos livros fiscais da nova empresa, tendo acostado cópia de livros para fundamentar sua alegação.

Ocorre que a cópia acostada pela defesa não constam os registros das referidas notas fiscais. Ademais, não é de novo estabelecimento a incorporar Inscrição Estadual nº 69.089.246, como alegou a defesa. São de outro estabelecimento, com Inscrição Estadual nº 089.354.

Devo ressaltar que o estabelecimento objeto da fiscalização e autuado é o que possui Inscrição Estadual nº 22.974.637 e CNPJ 15.612.930/0002-54 e as Notas Fiscais fls. 165/172 foram emitidas em nome do mesmo, portando deveria escriturar essas entradas no seu livro Registro de Entradas e posteriormente, emitir nota fiscal de transferência para a incorporadora, na forma do art. 322 do RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 322. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A (Anexos 38 e 39), destina-se à escrituração (Conv. SINIEF de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 1/80, 1/82 e 16/89):

I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

II - das aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento;

III - dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte.

§ 1º O Registro de Entradas, modelo 1, será utilizado pelos contribuintes sujeitos, simultaneamente, às legislações do IPI e do ICMS.

§ 2º O Registro de Entradas, modelo 1-A, será utilizado pelos contribuintes sujeitos, apenas, à legislação do ICMS.

§ 3º A escrituração do Registro de Entradas será efetuada por operação ou prestação, em ordem cronológica:

I - das entradas efetivas de mercadorias ou bens no estabelecimento ou, na hipótese do inciso II, de sua aquisição ou desembaraço aduaneiro;

II - dos serviços tomados.

§ 4º Os lançamentos serão feitos documento por documento, desdobrados em tantas linhas quantas forem as alíquotas do imposto e as naturezas das operações ou prestações, segundo o Código Fiscal de Operações e Prestações (Anexo do Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970), nas colunas próprias, da seguinte forma:”

Entretanto, em relação à Nota Fiscal nº 426, no valor R\$ 1.961,06, entendo que deve ser acolhido o argumento defensivo no que concerne, uma vez que foi incluída nas duas infrações (na 7 e na 8), com a multa de 10% e com multa 1%, devendo ser excluída deste último.

Assim, na infração 8 na ocorrência relativa ao mês de Fevereiro de 2006, deve ser deduzido o valor R\$19,61, ficando a infração deste mês: R\$62,60 menos R\$19,61 igual a R\$42,99 e do total da infração 8, de R\$1.946,30, fica reduzida para R\$1.926,69.

Assim, entendo que a infração 7 restou totalmente caracterizada, enquanto a infração 08, restou parcialmente caracterizada no valor de R\$1.926,69.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$313.420,00, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDÊNCIA	163.360,27
2	PROCEDÊNCIA	64.061,33
3	PROCEDÊNCIA	57.149,22
4	PROCEDÊNCIA	11.012,77
5	PROCEDÊNCIA	11.951,57
6	PROCEDÊNCIA	369,84
7	PROCEDÊNCIA	3.588,31
8	PROC. EM PARTE	1.926,69
TOTAL		313.420,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207155.0001/08-5**, lavrado contra **CIMENTO SERGIPE S/A – CIMESA (VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$307.905,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$250.755,78 e 70% sobre R\$57.149,22, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, “e”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$5.515,00** previstas nos incisos IX, XI do mesmo artigo e lei, com os acréscimos monetários de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA