

**PROCESSO** - A. I. N° 207155.0001/08-5  
**RECORRENTE** - CIMENTO SERGIPE S/A – CIMESA (VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0207-05/09  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 10/09/2010

## **1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

## **ACÓRDÃO CJF N° 0267-11/10**

**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 subsequentes 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

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 subsequentes 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 subsequentes.

INFRAÇÃO 2 – 07.02.03 – Deixou de proceder à retenção de ICMS e o consequente recolhimento, no valor R\$64.061,33, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às saídas internas subsequentes, 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 subsequente 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, 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.

A Junta de Julgamento Fiscal assim desindou a demanda administrativa:

I – INFRAÇÕES 1 e 2, apreciadas conjuntamente: Esclareceu que a defesa do sujeito passivo está embasada na alegação de que os produtos objeto dessas infrações (Cimento Branco CPB, Cimento Branco Irajazinho e Cimento Portland CP II Z 32), destinados à revenda, estão submetidos ao regime de substituição tributária quando se trata de operação interestadual, restando indevido o pagamento do tributo na operação posterior. Alegara o defendant que adquiriu esses produtos, obrigando, assim, o vendedor a recolher o ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que o autuado efetuará, entendendo não existir nenhum imposto a ser exigido.

Aduziu a Junta que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que as entradas das mercadorias ocorrem, também, mediante aquisições de outra unidade, destinadas a estabelecimento filial atacadista situado no mesmo endereço do destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações.

não se fazendo a retenção ou antecipação do imposto, conforme previsto no artigo 355, inciso I, do RICMS/97.

Asseverou, ainda, que 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 subsequentes com aquelas mercadorias, observando-se a margem de valor adicionado (MVA).

Ressaltou que o sujeito passivo utilizou-se do CFOP 2403 nas Entradas de mercadorias, creditando-se do ICMS conforme fls. 36/39 deste PAF, enquanto nas Saídas utilizou-se do CFOP 5403, dando saídas como outras, conforme fls. 40/45, deixando 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 subsequentes no valor R\$64.061,33 (infração 2), conforme planilhas acostadas às fls. 15 a 35 dos autos. Entretanto – prossegue –, apesar de ter utilizado os créditos fiscais, o contribuinte não recolheu imposto normal e nem reteve o imposto devido pela substituição tributária.

Com esses fundamentos, as infrações 1 e 2 foram integralmente mantidas.

II – INFRAÇÕES 3 e 4, apreciadas conjuntamente: Consta da Decisão alvejada que 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 de deveres. Argumentou o sujeito passivo 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.

A Junta entendeu que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que, em todas as operações de transferência têm que ser mediante emissão de 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 enviados à SEFAZ.

Consignou que o levantamento quantitativo foi realizado através do Sistema de Fiscalização SAFA, programa que utiliza as informações enviadas pelo contribuinte através do arquivo magnético, onde são reproduzidos os dados constantes nos documentos fiscais de entrada e de saída e no livro Registro de Inventário. Disse que, até prova em contrário, os dados ali constantes são o reflexo do real movimento de mercadorias, quando estas se deram com a emissão do respectivo documento fiscal e que 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.

Aduziu que 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 e que todos os demonstrativos acima foram entregues ao sujeito passivo, mediante recibos firmados às folhas 48, 74, 132 e 140.

Pontuou que, nos Demonstrativos de Entradas e Saídas, foram especificados todos os documentos fiscais com os produtos respectivos, não tendo o sujeito equívoco do autuante, razão por que a Junta indeferiu o pedido de p

Prosseguindo na análise dessas infrações, observou que o sujeito passivo não apresentou nenhuma alegação defensiva relativa aos levantamentos e números apurados nas infrações, mantendo o valor inicialmente lançado em sua totalidade.

III - INFRAÇÃO 5. A Junta disse que, ao contrário do entendimento manifestado pelo autuado, o entendimento consolidado neste CONSEF é de 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.

Afirmou, também, que, na mesma lei acima citada, no artigo 17, inciso XI e § 6º, determina que a base de cálculo do imposto, nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, seja o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem e, 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, entendeu 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.

IV - INFRAÇÃO 6. Disse a Junta que a defesa apresentada tratou de crédito indevido, imputação que não consta da infração.

Esclareceu que, nessa infração, foi exigido o imposto a título 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.

Esse item também foi julgado procedente.

V - INFRAÇÕES 7 e 8, apreciadas conjuntamente. Segundo a Junta, o sujeito passivo alegou que teria escriturado essas notas nos livros fiscais da nova empresa, tendo acostado cópia de livros para fundamentar sua alegação.

Aduziu que, da cópia acostada pela defesa, não constam os registros das referidas notas fiscais. Em seguida, afirmou:

*"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, portanto 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.*

(...)

*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,
3	PROCEDÊNCIA	57.149,
4	PROCEDÊNCIA	11.012,
5	PROCEDÊNCIA	11.951,

Created with

 nitroPDF® professional  
download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

6	PROCEDÊNCIA	369,84
7	PROCEDÊNCIA	3.588,31
8	PROC. EM PARTE	1.926,69
	TOTAL	313.420,00

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 296/305, suscitando preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, ao argumento de que apenas a perícia técnica seria capaz de comprovar se, efetivamente, há ou não excesso no preço de transferência interestadual da mercadoria, figurando, ainda, como prova bilateralmente produzida, sob o princípio da isonomia e dialética processual.

Pede, nesses termos, seja decretada a nulidade da Decisão objurgada e determinada a realização da perícia solicitada na defesa.

No mérito, reitera todas as matérias deduzidas na impugnação ao Auto de Infração, consoante a seguir se expõe:

I - 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 do autuado, obrigando, assim, o vendedor a recolher o ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que o autuado efetuaria. 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.

II - 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 do autuado, obrigando, assim, o vendedor a recolher o ICMS substituto da operação posterior, ou seja, a revenda que o autuado efetuaria. De igual maneira da infração 1, diz não restar necessidade de qualquer recolhimento de imposto ou situação de débito/crédito por parte do autuado, desconfigurando-se, assim, por completo a infração imposta.

III - 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 de 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 insubstancial a autuação.

IV - 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 daq incorporadora que, consoante legislação de regência, a substituiu

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.

V - 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.

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

VI - 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.

VII - Em relação à infração 7, diz ter constatado diversos equívocos cometidos pela fiscalização, consoante os seguintes exemplos:

- 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;

Sustenta que a multa aplicada de 10% extrapola os limites da legislação estadual, vez que o RICMS prevê, em seu art. 915, XII, que a multa será, no máximo, de 5%.

VIII - Em relação à infração 8, diz ter constatado diversos equívocos cometidos pela fiscalização, consoante a seguir exemplificado:

- a) Nota Fiscal nº 426 também está na infração 7, sendo autuada em duplidade;
- b) 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;
- c) 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;
- d) 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 e pugna, ao final, pelo provimento do Recurso ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 318/319, opinou pela rejeição da p

Created with



nitroPDF professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

fundamentada, não tendo o recorrente comprovado a sua necessidade. Salienta que a questão do custo de transferência se resume a uma discussão jurídica, e não técnica.

No mérito, manifesta-se pelo Improvimento do apelo manejado, reiterando os fundamentos veiculados na Decisão impugnada.

## VOTO

A preliminar de nulidade processual suscitada pelo sujeito passivo, em seu Recurso Voluntário, não merece acolhimento.

Segundo o art. 150, II, do RPAF, a perícia consiste na “*realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado, determinada pela autoridade competente a fim de se esclarecerem ou se evidenciarem certos fatos, a ser efetuada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o qual oferecerá afinal sua opinião, em face dos quesitos formulados*”.

O art. 145, do RPAF, de seu turno, atribui ao interessado na perícia o ônus de fundamentar a sua necessidade e o art. 147, II, estabelece que o pleito deve ser indeferido quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, a medida revelar-se desnecessária em vista de outras provas constantes dos autos ou a verificação tornar-se impraticável.

Na hipótese vertente, o sujeito passivo olvidou do cumprimento da norma adrede invocada no que concerne à efetiva demonstração da necessidade da realização do exame pericial. Na defesa, limitou-se a afirmar que os equívocos escriturais apontados seriam esclarecidos através da prova pericial, elaborando quatro quesitos, a saber:

- 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 pelo autuado;
- c) Levando em conta tais livros fiscais, houve entrada no estabelecimento sem escrituração de nota fiscal?; e
- d) Resta alguma das infrações, após a análise de tais livros?

Ora, a simples leitura dos quesitos apresentados revelam justamente o contrário, ou seja, a desnecessidade do exame pericial pretendido, pois o objetivo era simplesmente promover a análise dos livros fiscais da empresa incorporadora, tarefa que não depende, de modo algum, do conhecimento especial de um *expert*. Aliás, trata-se de prova a que o recorrente tem livre acesso e, por imposição do art. 142, do RPAF, a ela competia promover a respectiva juntada aos autos, possibilitando a todos quantos analisem o processo a conferência dos dados escriturados em cotejo com os argumentos defensivos, sem que seja preciso a intervenção de um perito.

No Recurso Voluntário, há uma inovação na argumentação: o recorrente aduz que a perícia seria necessária para demonstrar “*se há ou não excesso no preço de transferência interestadual da mercadoria*”. Tal matéria, contudo, revela-se impertinente, já que a autuação não trata, em nenhuma das oito infrações nela contidas, de transferências interestaduais.

Assim, o indeferimento da perícia, longe de se constituir numa ilegalidade, é a conclusão acertada para o presente caso.

**Rejeita-se**, pois, dita prefacial.

No mérito, o Recurso voluntário *sub occuli* nada mais é do que a repetição, quase que *ipsis litteris*, da peça impugnatória, não tendo sido apresentadas provas ou argumentos capazes de modificar o entendimento firmado pela Junta de Julgamento Fí: seguir:

Infrações 01 e 02: Esses itens derivam do 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 subsequentes com aquela mercadoria. O contribuinte se creditou das entradas de cimento oriundas de outras unidades da federação escrituradas pelos CFOP 2403, no entanto nas saídas internas subsequentes com CFOP 5403, não fez a retenção.

A argumentação recursal é de que a exigência é indevida por se tratar de mercadoria sujeita à substituição tributária. Sucedeu que o fato de cimento estar enquadrado no regime da substituição tributária não infirma o lançamento de ofício; ao revés, o confirma, já que o §2º, do art. 356, do RICMS, aplica-se justamente às operações com mercadorias da substituição tributária e visa a dar um tratamento uniforme ao estoque e às operações do contribuinte, impondo a retenção do imposto relativo às operações internas subsequentes e, por outro lado, autorizando a utilização do crédito normal e da substituição tributária, retido ou antecipado.

Ficando evidenciado nos autos que o sujeito passivo deixou de promover à retenção e ao recolhimento devidos, correta a Decisão pela manutenção de ambos os itens.

Infrações 03 e 04: As irregularidades retratadas nesses itens foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques e os demonstrativos que lhes dão lastro encontram-se acostados ao PAF, fls. 46/143, cabendo ao sujeito passivo o ônus de demonstrar equívocos eventualmente existentes no trabalho do auditor fiscal. Assim não agindo, incide a regra constante do art. 134, do RPAF, segundo o qual a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por esses fundamentos, aliados àqueles já delineados na Decisão combatida, que se invoca nesta oportunidade como se aqui estivessem transcritos, não prospera a tese esboçada no apelo ora analisado.

Infrações 5 e 6: Esses itens tratam da cobrança de diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo e uso e consumo do estabelecimento. A exigência está embasada no art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96, e os demonstrativos elaborados pelo autuante, acostados às fls. 144/163, indicam claramente as notas fiscais que materializaram as aquisições, tanto de bens do ativo fixo, quanto de materiais de uso e consumo, demonstrando a base de cálculo sobre a qual incidiu a diferença imposta.

O contribuinte, de seu turno, não trouxe qualquer prova de que o lançamento de ofício esteja equivocado, daí porque deve ser mantido, *in totum*.

Infrações 7 e 8: Através desses itens, foram impostas ao sujeito passivo as multas de 10% e 1%, respectivamente, sobre o valor das mercadorias tributáveis e não tributáveis ingressas no estabelecimento autuado sem o devido registro na escrita fiscal.

As multas, com os percentuais cabíveis, estão devidamente previstas no art. 42, incisos IX (10% - mercadorias tributáveis) e XI (1% - mercadorias não tributáveis), da Lei nº 7.014/96. A multa de 5% prevista no art. 915, XII, do RICMS, trata, exclusivamente, da falta de registro da entrada de mercadorias no livro de Inventário, caso esse fato se constitua impedimento definitivo para a apuração do imposto no período. Logo, a norma contida nesse último dispositivo não se aplica à falta de escrituração das entradas de mercadorias tributáveis nos livros fiscais, como quer o recorrente.

Com relação às notas fiscais listadas no Recurso Voluntário e que foram mantidas pela Junta de Julgamento Fiscal, endosso o entendimento firmado no acórdão invectivado iá que a exigência restringe-se às operações em que o sujeito passivo figurou como transacionadas. Eventual incorporação não é capaz de eximir o si

documentos fiscais previstos na legislação para regularização do estoque nem de escriturar nos livros próprios as entradas de mercadorias, tributáveis e não tributáveis.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão de primeiro grau por estes e pelos seus próprios fundamentos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou 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 recorrente 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, alienas “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, 19 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS