

A. I. N° - 279694.0301/11-3
AUTUADO - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A
AUTUANTE - OTAVIO AUGUSTO LABORADA FERNANDES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 22.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0333-02/11

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Ficou demonstrado que cabe ao sujeito passivo, quanto as mercadorias adquiridas ou transferidas a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto na operação subsequente para os contribuintes localizados neste estado. Infração mantida 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mercadorias saídas cujo imposto o autuado considerou haver encerramento da etapa de tributação, contudo lhe cabe a condição se substituto tributário, devendo efetuar o pagamento do imposto devido nas operações próprias. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não coube a alegação de que houve um “Arbitramento por Presunção”. A infração sob análise, resulta de uma presunção legal prevista pelo, IV, § 4º do art. 4º da Lei 7014/96. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. A infração trata de presunção legal relativa, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, o que efetivamente não ocorreu. Infração não elidida. Não acolhidas às arguições de decadência e o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, imputa ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – deixou de proceder com a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição no valor de R\$67.565,69, referente a operações internas subsequentes nas vendas realizadas pelos contribuintes inscritos neste estado, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 02 – deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas no valor de R\$148.361,72, referentes a operações internas e interestaduais no período de outubro de 2006 a dezembro de 2007. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 03 - falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Período de 01 de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2007.

O autuado, às fls. 88 a 107 dos autos, apresenta impugnação alegando, liminarmente, decadência dos fatos anteriores a 05/07/2006, com base no art. 173, do CTN, considerando que a sua notificação ocorreu em 05-07-2011.

Aduzindo, quanto à infração, que a autuação lastreou-se na pretensa violação ao Protocolo ICMS 11/85 e no art. 353, do RICMS-BA, os quais, segundo entendeu a autoridade autuante, imporiam a Defendente a legitimidade passiva indireta – por substituição – quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre toda a cadeia de circulação de mercadorias.

Alega que não há que se falar em atribuição à Defendente de responsabilidade por substituição no caso em epígrafe, e os fundamentos para tal conclusão são extraídos do próprio Protocolo ICMS 11/85 e do art. 356, do RICMS-BA.

Entende que se está a exigir o recolhimento de ICMS-ST pela Defendente relativamente a tributos que já foram recolhidos, em antecipação (substituição tributária) pelos alienantes originários das mercadorias. Explica que, no caso em epígrafe, os produtos discriminados na relação de notas fiscais integrante do auto de infração foram adquiridos para revenda, já tendo se operado o recolhimento do ICMS-ST por toda a cadeia quando da saída da mercadoria do estabelecimento do vendedor originário.

Destaca que grande parte das operações autuadas refere-se à revenda de cimento.

Argumenta que em casos como tais, além do Protocolo ICMS 11/85, também o RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, afasta a possibilidade de nova exigência do ICMS-ST, conforme se afere de seu art. 356, assim vertido:

“Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

E o art. 353, do mesmo regulamento é imperativo ao dispor:

Art. 353. 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 relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

14 - cimento NCM 2523;”

Consigna que é a própria legislação local de regência que determina que uma vez antecipado o ICMS devido, as operações internas subsequentes ficam desoneradas.

Considera que, tendo em vista que o tributo cobrado mediante o auto de infração ora vergastado já fora pago na origem, não há que se falar em nova tributação em desfavor da Defendente, razão pela qual o crédito constituído deve ser anulado.

É o que se requer, desde já.

Quanto à infração 02, aduz que a irregularidade não ocorreu, e pode ser constatada por meio da análise do Livro de Registro de Apuração do ICMS, que revelam não ter havido qualquer “operação tributável como não tributável”, por seu turno, tudo foi efetivamente recolhido quando praticado.

Conclui ser necessária uma revisão do lançamento quanto a este aspecto, mediante análise da escrita fiscal competente, que comprova a regularidade das operações da Defendente.

Em relação à infração 03, aduz que rechaça o *arbitramento por presunção*, trazendo em seu amparo a doutrina de Roque Antonio Carrazza, Alberto Xavier, consignando o entendimento que o ICMS só pode ser exigido diante da efetiva ocorrência do fato gerador, cabendo o ônus da prova quanto aos fatos geradores da exação tributária em casos como este compete única e exclusivamente ao Fisco, eis que a este incumbe privativamente a realização do procedimento administrativo de lançamento, a teor do que dispõe o art. 142, do CTN, sendo completamente desarrazoado exigir-se que o contribuinte faça prova de fato negativo, como, em seu entendimento, bem pondera Paulo de Barros Carvalho, passando a transcrever trechos de sua doutrina, bem como de Susy Gomes Hoffmann.

Anota que o arbitramento é uma providência instrutória que está submetida aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois no caso de o contribuinte não aceitar a avaliação administrativa fica sempre ressalvada uma “avaliação contraditória, administrativa ou judicial”, a ser exercida, inclusive, posteriormente ao ato de lançamento, no processo administrativo instaurado com a impugnação do contribuinte.

Objetivando *elidir a presunção relativa eventualmente considerada, além de demonstrar a escrita regular e o devido recolhimento do ICMS*, o Defendente pugna pela realização de perícia contábil nos livros da empresa, com análise técnica e aprofundada das entradas e saídas dos produtos, uma vez que os cálculos apresentados pela fiscalização não concernem à realidade do ocorrido, estando por todo equivocados.

“Tendo em vista a perícia, a Defendente passa a formular os seguintes quesitos a serem respondidos pelo Perito:

- 1 - *Quanto à infração em tela, quais produtos originaram as operações?*
- 2 - *Qual regime de tributação de cada uma dessas mercadorias (imunidade, não incidência, isenção, base de cálculo reduzida, substituição tributária).*
- 3 - *A partir da fixação do regime, avaliando as saídas e entradas, resta algum crédito a ser pago ao Fisco?*
- 4 - *Há possibilidade dos tributos das infrações citadas terem sido recolhidos pelo destinatário?*
- 5 - *Quais dados foram considerados para o arbitramento?*
- 6 - *O arbitramento do preço das mercadorias cujas saídas foram (supostamente) omitidas corresponde à média do preço praticado e das notas fiscais apresentadas?”*

A impugnante nomeia como assistente técnica de perícia a Sra. Leila Maia dos Santos, com endereço profissional coincidente com o da sede da empresa, em Recife/PE (endereço já declinado no preâmbulo), onde deverá receber todas as intimações necessárias, reservando-se no direito de substituir a assistente indicada a qualquer tempo, mediante comunicação prévia a este órgão.

Considera excessivo Valor das Multas Infligidas, alegando violação aos Princípios do Não-Confisco, da Proporcionalidade e da Garantia Constitucional à Propriedade Privada, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Traz decisões dos tribunais almejando amparar suas alegações, do STF, na ADI 1075, (ADI 551, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039); (AI 482281 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI,

Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-07 PP-01390 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 127-130); (RE 523471 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-05 PP-00915 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 203-209); (TRF - 5^a Reg. – 4^a T., Ap. Cív. nº 200184000078410/RN, Rel. Des. Edílson Nobre, DJ 18.05.2003, p. 980); (TJMG. AC 1.0000.00.243995-8/000(1). Rel Des. LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES. Publicação: 28/02/2003); (TJRN, 1^a Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.005459-9, rel. Des. DILERMANDO MOTA, j. 27/07/2010). (No original, sem destaque); (TJRN, 3^a Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2010.001133-4, rel. Juiz CÍCERO DE MACÊDO FILHO, j. 18/05/2010); (TJRN. AgInst 2010.001133-4. 3^a C. Cível. Rel. Juiz Cícero de Macêdo Filho (convocado). J. 18.05.2010); (TJRN. AC 2007.000633-3. 2^a C. Cível. Rel. Desembargador Rafael Godeiro. j. 02/12/2008); (TJRN. Apelação Cível nº 2007.007015-6 – Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho – 3^a Câmara Cível – Julgamento publicado em 10.04.2008).

Conclui que, em situações tais, como ocorre nos autos, cabe afastar a cobrança exorbitante, ante sua flagrante constitucionalidade, vez que representa ofensa direta à garantia constitucional à propriedade privada (art. 5º, caput e XXII, da CF), apenas passível de restrição nos casos por ela expressamente elencados.

Pelo exposto, requer, de logo, a redução das multas aplicadas à Defendente mediante o auto de infração aqui combatido para o patamar de 20%, ou subsidiariamente, entre 21 e 30%, sobre o valor do tributo devido, após exclusões/reduções decorrentes dos ajustes impostos pelo acolhimento dos pleitos/argumentos formulados nos itens anteriores.

Pede a improcedência do auto de infração, reconhecendo-se, ainda, a ocorrência do fenômeno da decadência aludida, bem como que seja determinada a realização da perícia técnica acima referida. Subsidiariamente, caso não acolhidos os pleitos anteriores, requer ao menos o provimento do presente recurso a fim de que seja reduzida a multa imposta a patamar razoável do valor do tributo pretensamente devido.

Por fim, requer-se, sob pena de nulidade, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas por via postal, mediante aviso de recebimento, dirigida aos patronos da Impugnante signatários da presente impugnação, no endereço declinado no preâmbulo da presente.

O autuante, às fls. 135 a 139 dos autos, afirma não faz sentido alegação de decadência, posto que as infrações apontadas neste PAF referem-se a fatos geradores ocorridos a partir de outubro de 2006 e o lançamento de ofício ocorreu em junho de 2006 antes, portanto, do período decadencial apontado pelo patrono da autuada.

Quanto à infração 01, aduz que a autuada alega não ter feito a retenção do ICMS por já haver recebido as mercadorias com a retenção já efetuada. Informa que a autuada é filial atacadista de indústria e 89% de suas vendas refere-se a cimento. O cimento comum é, na sua totalidade, recebido em transferência da matriz industrial localizada no estado de Sergipe em sacos de 50 kg e 25 kg, e na sua entrada não ocorre a retenção em obediência ao caput do Art. 355 do RICMS abaixo transcrita, sendo que a retenção obrigatoriamente deve ser efetuada quando a filial em tela efetivar a revenda, conforme inciso I do supracitado Artigo 355 do RICMS/BA.

Quanto ao cimento branco (CPB 40; ESTRUTURAL) no período fiscalizado aduz que foi adquirido de Minas Gerais da empresa Camargo Corrêa Cimentos S.A., e foi constatado que em todas as Notas Fiscais oriundas daquele estado constavam retido o ICMS Substituição Tributária calculado de forma correta, conforme a própria autuada comprova anexando Notas Fiscais às folhas 111 a 123 (quanto às folhas 124 e 125 anexadas pela autuada tratam-se de notas fiscais de rejunte diversos, que não foram objeto dessa infração, não tendo nada a ver com a presente autuação). Assegura ficar patente que a empresa, ao se enquadrar no Inciso I do Art. 355 do RICMS, está obrigada também a cumprir o § 2º do Art. 356.

“SUBSEÇÃO IV

Das Operações Subseqüentes à Antecipação do Imposto

Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

§ 1º...

§ 2º Na hipótese do inciso I do artigo anterior e do inciso II do art. 375, 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), o disposto no inciso I do artigo anterior e no § 1º do art. 372.”

Ademais, observa que a maioria das Notas Fiscais a que se refere essa infração, conforme demonstrativo analítico às folhas 27 a 58, referem-se a cimento Poty de 25 kg e Cimento Poty de 50 kg, mercadorias que foram adquiridas exclusivamente por transferência da matriz e, claro, sem a retenção do ICMS, derrubando de vez as alegações da autuada.

Conclui afirmando que a própria autuada, sabendo que a fase de tributação não havia se encerrado não emitiu os documentos fiscais com a declaração que caberia na situação de venda com tributação já encerrada, conforme dispõe o Art. 359 (vide exemplo às fls.20 e 21):

“SUBSEÇÃO VII

Da Emissão de Documentos Fiscais pelo Contribuinte Substituído

Art. 359. O contribuinte substituído, na operação subseqüente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: “ICMS pago por substituição tributária” (Ajuste SINIEF 4/93). (Grifo nosso)”

Em relação à infração a infração 02, afirma que está atrelada à anterior, posto que, o mesmo entendimento que levou a autuada a não efetuar a antecipação do ICMS na infração 01, levou a mesma a não destacar e recolher o ICMS referente à operação normal. Entende que o § 2º do artigo 356 acima citado, determina que o contribuinte se credite das duas parcelas (ICMS normal e o ICMS Substituído), e faça a tributação de forma normal, lançando a débito o ICMS normal e o antecipado nas saídas subseqüentes desses produtos. Isso faz com que o estoque fique com tributação uniforme. Sem essa condição atendida ficaria praticamente impossível se fiscalizar a empresa. E a empresa desobedeceu ao retro citado Artigo, razão pela qual efetuamos o lançamento de ofício.

Em relação à infração 03, aduz que a defendantefaz considerações referentes a essa Infração, alegando que foi aplicado o Arbitramento por Presunção na apuração.

Salienta que a Auditoria de Estoque foi elaborada em total obediência ao disposto no RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97 e na Portaria 445/98.

Assegura que a Auditoria de Estoque - Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias é elaborado tomando-se como base os valores dos estoques iniciais e finais escriturados nos livros Registro de Inventários e os valores das entradas e das saídas das mercadorias selecionadas nos períodos fiscalizados devidamente escrituradas no Livro Registro de Entradas e no livro Registro de Saídas.

Alinha que foi executado o Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias referente ao Exercício de 2007. Esclarecemos que a infração cometida pela autuada foi a “OMISSÃO DE ENTRADAS”. Tudo devidamente comprovado pelos Demonstrativos anexados ao Auto de Infração (fl.85 e planilhas contida em CD anexo à fl. 25, cuja cópia foi entregue ao contribuinte), como também pelas cópias do Livro Registro de Inventário contendo os estoques finais do Exercício de 2006 e 2007 (fls. 16 a 19)

Destaca que a Base de Cálculo foi apurada conforme disposto no Artigo 60, Inciso II, alínea “b” do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e na Portaria 445/98. Esclarece que na apuração do valor da Base de Cálculo da Infração 03 foi aplicado também o disposto na Instrução Normativa nº 56/2007 o Cálculo da Proporcionalidade. Concluem que a Base de Cálculo para a apuração do imposto da infração 03 foi reduzida do valor de R\$463.778,39 para o novo valor de R\$437.296,64, com ICMS devido à Fazenda Pública Estadual no valor de R\$ 74.340,42, calculado à alíquota de 17%.

Quanto a alegação da autuada de “Arbitramento por Presunção” assegura não procede, pois a Infração foi apurada através da Auditoria de Estoque - Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias em Exercício Fechado, utilizando-se dos valores dos estoques inicial e final, bem como das Notas Fiscais de entrada e saída. Em nenhum momento houve arbitramento de qualquer espécie.

No que diz respeito à solicitação de Perícia Contábil para que sejam respondidas sete perguntas, entende que não cabe perícia, pois todas as respostas estão no presente processo em seus demonstrativos impressos e em meio magnético, ademais a autuada não cumpre o que determina o Artigo 145 do RPAF, pois não juntou à sua defesa qualquer prova de suas alegações tais como Documentos, Levantamentos e Demonstrativos que justificasse a solicitação de Perícia Contábil.

Quanto as Multas aplicadas nas infrações 01, 02 e 03 do PAF aduz que foram determinadas por dispositivos contidos no Artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e que não está em sua competência julgar se as Leis são justas ou não, e sim cumprir fielmente ela determina.

Observa que em toda a sua peça defensiva a autuada procura apenas ganhar tempo e protelar o pagamento do débito fiscal apurado, fazendo alegações inconsistentes. Considera que em sua defesa não nada foi apresentado que pudesse elidir o lançamento de ofício. E como prevê o Artigo 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da autuação Fiscal.

Assim, diante do que foi aqui exposto, requer a manutenção, na sua totalidade, do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnando, traz a exigência de 03 infrações, por descumprimento de obrigação principal, conforme já relatadas, hora resumidamente reproduzidas: Infração 01 –deixou de proceder com a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a operações internas subsequentes nas vendas realizadas pelos contribuintes inscritos neste estado; Infração 02 – deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, referentes a operações internas e interestaduais; Infração 03 falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

No que diz respeito à solicitação de Perícia Contábil para que sejam respondidas sete perguntas, cabe consignar que em relação aos produtos que originaram as operações já constam dos demonstrativos constando referência às notas fiscais neles indicadas; para o regime de tributação

ficou evidenciado, na análise do mérito, em todas as infrações, as operações que deveriam ocorrer com substituição tributária, as que deveriam não ocorrer com substituição tributária, apesar de enquadradas nesse regime, bem como as saídas que ocorreram sem atenção ao aludido regime, cabendo para o caso das presunções, constantes da infração 03 a aplicação da proporcionalidade que excluiu a exigência sobre as mercadorias cuja etapa de tributação foi encerrada, as isentas e as não tributadas, observando que foram indicadas as mercadorias alvo das omissões de entradas constantes dos demonstrativos do aludido levantamento. Quanto à possibilidade das mercadorias já terem sido tributadas, cabe o ônus da prova ao autuado, não havendo arbitramento, conforme alinhado na análise do mérito, bem como o preço médio das mercadorias foram calculados na forma prevista pela portaria 445/98, devidamente demonstrado nas planilhas entregues ao autuado.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia ou revisão fiscal, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, além do mais o autuada não cumpre o que determina o Artigo 145 do RPAF, pois não juntou à sua defesa qualquer prova de suas alegações, tais como documentos, levantamentos e demonstrativos que justificasse a solicitação da aludida Perícia Contábil.

Cabe, liminarmente, enfrentar a preliminar de mérito argüida pelo impugnante, relativa alegação de decadência, observando que fatos geradores ocorridos a partir de outubro de 2006 e o lançamento de ofício ocorreu em junho de 2011. Assim, ainda que prevalecesse o entendimento do autuado quanto a instituto da decadência relativo ao ICMS, o período alvo da presente exigência, realmente não seria alcançado.

De qualquer forma cabe alinhar que essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2006 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2012 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2011, em 30/06/2011, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2006.

Quanto à questão nuclear do mérito da infração 01, a autuada alega não ter feito a retenção do ICMS por já haver recebido as mercadorias com a retenção realizada pelo seu fornecedor. A informação fiscal esclarece que a autuada é filial atacadista de indústria e 89% de suas vendas refere-se a cimento e o cimento comum é, na sua totalidade, recebido em transferência da matriz industrial localizada no estado de Sergipe em sacos de 50 kg e 25 kg, e na sua entrada não ocorre a retenção em obediência ao caput do Art. 355 do RICMS, sendo que a retenção obrigatoriamente deve ser efetuada quando a filial em tela, o sujeito passivo, efetivar a revenda, conforme inciso I do supracitado Artigo 355 do RICMS/BA. Não há o que retocar quanto ao esse entendimento alinhado pelo autuante.

Quanto ao cimento branco (CPB 40; ESTRUTURAL) no período fiscalizado aduz que foi adquirido de Minas Gerais da empresa Camargo Corrêa Cimentos S.A., com o ICMS Substituição Tributária, conforme Notas Fiscais às folhas 111 a 123. Efetivamente as folhas 124 e 125 anexadas pela autuada referindo-se a notas fiscais de rejunte diversos, que não foram objeto dessa infração.

Ao adquirir mercadoria com o imposto retido através do regime de substituição tributária, relativo à mesma mercadoria que lhe enquadre na condição de substituto tributário o contribuinte deve 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, quanto à margem de valor adicionado (MVA), o disposto no inciso I do artigo anterior e no § 1º do art. 372. Assim, ao se enquadrar o sujeito passivo no Inciso I do Art. 355 do RICMS, está obrigada também a cumprir o § 2º do Art. 356.

Ficou demonstrado que a maioria das Notas Fiscais a que se refere essa infração, conforme demonstrativos analíticos, às folhas 27 a 58, referem-se a cimento Poty de 25 kg e Cimento Poty de 50 kg, adquiridos exclusivamente por transferência da matriz e, claro, corretamente sem a retenção do ICMS, cabendo ao sujeito passivo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto na operação subsequente para os contribuintes localizados neste estado.

A infração 01, por conseguinte, deve ser mantida.

No que se refere à infração 02, realmente, conformem alude o autuante, essa infração está relacionada à infração 02, posto que, o mesmo entendimento que levou a autuada a não efetuar a antecipação do ICMS na infração 01, levou a mesma a não destacar e recolher o ICMS referente à operação normal. Conforme o já alinhado § 2º do artigo 356 o sujeito passivo deveria se creditar das duas parcelas (ICMS normal e o ICMS Substituído), quanto as mercadorias, acima referidas, adquiridas com o imposto retido através do regime de substituição tributária, cabendo na operação subsequente destacar o imposto normal, lançando a débito o ICMS e o antecipado nas saídas subsequentes desses produtos. Assim, o autuado efetuou a saída das mercadorias em questão sem a tributação do imposto devido por antecipação e o imposto normal, razão pela qual o autuante está a exigir o imposto normal, visto que as mercadorias tiveram as saídas como se encerrada estivesse a etapa de tributação.

Em relação à infração 03, cabe consignar o imposto ora exigido foi apurado mediante Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias, na forma prevista pela Portaria 445/98, onde foi identificada a omissão de entradas, conforme demonstrativos anexados ao Auto de Infração (fl.85 e planilhas contida em CD anexo à fl. 25, cuja cópia foi entregue ao contribuinte), como também pelas cópias do Livro Registro de Inventário contendo os estoques finais do Exercício de 2006 e 2007 (fls. 16 a 19).

Verifico que na apuração do valor da Base de Cálculo foi apurada conforme disposto no Artigo 60, Inciso II, alínea “b” do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e na Portaria 445/98. Na apuração do valor da Base de Cálculo da Infração foi aplicado também o disposto na Instrução Normativa nº 56/2007 o Cálculo da Proporcionalidade.

Não cabe a alegação de que houve um “Arbitramento por Presunção”. Estamos, na infração sob análise, tratando de uma presunção, prevista pelo, IV, § 4º do art. 4º da Lei 7014/96. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, o que efetivamente não ocorreu.

Considero procedente a infração 03.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa

matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissos que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionário do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPAF/BA.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279694.0301/11-3**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$290.267,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$215.927,41 e 70% sobre R\$74.340,42, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “e” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - -JULGADOR