

A. I. Nº - 207101.0002/11-1
AUTUADO - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A
AUTUANTE - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 09.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-05/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁVEIS. Presunção legal da realização de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Ausentes nos autos elementos suficientes à desconstituição do lançamento tributário pertinentes as infrações 1 e 3. Acusações o subsistentes. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. A legislação tributária não autoriza a utilização de crédito fiscal decorrente de operações com fase de tributação encerrada. Mantida a acusação. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração mantida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2011, com as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saída 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 estoques no valor de R\$43.867,10 acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$33.275,31, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela diferença nas operações de entrada, com base na presunção legal de omissão de saída de mercadorias, referente ao exercício de 2007, no valor de R\$32.079,98, acrescido de multa de 70%.

INFRAÇÃO 4 – Deixou de proceder a retenção de ICMS e consequentemente o recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas a contribuintes deste Estado, de mercadorias enquadradas no Anexo 88, no exercício de 2007, no valor de R\$19.234,59, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 402/420, onde expõe argumentos de defesa, após tomar ciência de ter sido autuado pelas infrações anteriormente descritas:

Que nas infrações 2 e 4 há “*pretensa não retenção ou(sic) utilização indevida de crédito do ICMS na qualidade do sujeito passivo por substituição*” e que a autuante está a exigir o recolhimento do ICMS ST relativamente a tributos que já foram recolhidos por antecipação (substituição tributária) pelos alienantes originários das mercadorias e por outro lado, de utilização indevida de crédito fiscal decorrente desse tipo de operação – no caso em epígrafe, os produtos discriminados na relação de notas fiscais integrantes do auto, foram adquiridos para revenda,

tendo-se operado o recolhimento do ICMS ST por toda a cadeia quando da saída do vendedor originário, por força da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/85, invocado pela autoridade autuante, como fundamento para sua imposição.

Transcreve cláusula do convênio que trata das operações interestaduais com cimento de qualquer espécie, que atribui ao estabelecimento industrial ou importador, a obrigação de recolher o ICMS devido nas subsequentes saídas ou na entrada para uso ou consumo do destinatário; aduz que, além do Protocolo ICMS 11/85, o próprio RICMS/BA 97 em seus Arts. 356 e 353 dispõem que as operações internas subsequentes ficam desoneradas; que com a pretensão da autuante, está a se lançar nova exação ou impedir a utilização de crédito fiscal relativamente a fatos geradores que já foram objeto de tributação na origem (*bis in idem*/bitributação); que a legislação complementar federal autoriza o aproveitamento dos valores pagos nas operações anteriores como crédito de ICMS a ser utilizado pela a empresa adquirente em decorrência da concretização do princípio da não cumulatividade tributária. Tal princípio assegura ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto cobrado na operação anterior desde que as operações subsequentes sejam também tributadas. Por tais razões, tendo em vista que o tributo já foi pago na origem, não há que se falar em nova tributação ou óbice na utilização do crédito fiscal advindo de tal título, razão pela qual requer que o Auto de Infração seja anulado.

Quanto às infrações 1 e 3, o impugnante traz diversas citações doutrinárias acerca do arbitramento por presunção, entre eles a de Roque Antonio Carrazza, de que o ICMS “*deve ter por hipótese de incidência a operação jurídica que, praticada por comerciante, industrial ou produtor, acarrete a circulação de mercadoria, isto é, a transmissão de sua titularidade.*” Noutras palavras, a lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadoria, ou seja, apenas as efetivas e comprovadas operações de transferência de titularidade de mercadorias podem ser validamente eleitas pelas legislações locais como fatos geradores do ICMS, não se admitindo presunção – de qualquer tipo em função dos princípios da estrita legalidade e tipicidade tributárias – que permitam o afastamento de tal premissa.

Traz ainda citação de Alberto Xavier, de que “*não basta uma simples dificuldade ou maior onerosidade do exercício do dever de investigação, em decorrência de vícios isolados da escrita, para exonerar o Fisco do cumprimento do seu dever funcional, autorizando-o desde logo o recurso ao instituto do arbitramento*”. Por essa perspectiva, rechaça-se o “arbitramento por presunção” levado a efeito pela Autuante, notadamente por sequer levar em consideração, circunstâncias decorrentes do regime tributário das mercadorias, v.g., revenda (substituição tributária para frente), o real lucro da empresa, etc. Por fim, não se pode perder de mira que o ônus da prova quanto aos fatos geradores da exação tributária em casos como este, compete única e exclusivamente ao Fisco; a fim de elidir a presunção relativa eventualmente considerada, além de demonstrar a escrita regular e o devido recolhimento do ICMS, a 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 equivocado. Não bastassem todas as impropriedades expostas acima, o Auto de Infração que embasou a execução fiscal em apenso cominou multa de 60% a 100% em desfavor da Defendente em decorrência das pretensas infrações que lhe foram cominadas irregularmente.

Aduz que, tal procedimento viola frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do poder de tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal. E cita diversos julgamentos em tribunais superiores, contrários às multas abusivas do fisco, inclusive um do STF que considera que as multas tributárias não devem exceder a 20 ou 30%, sob pena de ser tornarem confiscatórias.

Pelo exposto, requer-se, de logo, a redução das multas aplicadas à Defendente, 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. Ante o exposto, requer-se o acolhimento do presente petítorio, a fim de que seja julgado improcedente o Auto de Infração ora vergastado, bem como que seja determinada a realização da perícia técnica acima referida.

Subsidiariamente, caso não acolhidos os pleitos anteriores, requer-se 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.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 437/441, após discorrer sobre os roteiros de Auditoria Fiscal (estoque, crédito fiscal, substituição e antecipação tributária), passa a contestar os itens impugnados pelo autuado, de acordo com a natureza das infrações: a infração 2 por crédito indevido, a 4 pela ausência de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição e as infrações 1 e 3, ambas resultantes de auditoria de estoque.

No que diz respeito à infração 2, o autuado alega que o ICMS referente à mercadoria Cimento Branco foi pago na origem, e desta forma não há de se falar em nova tributação em desfavor da deficiente ou óbice na utilização do crédito fiscal advindo de tal título. O autuado alega também que a própria legislação vigente determina que uma vez antecipado o ICMS devido, as operações internas subsequentes ficam desoneradas, como comprova o disposto no Artigo 356 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; esclarece que o contribuinte recebeu a mercadoria Cimento Branco com o Imposto Antecipado através das Notas Fiscais de nºs: 688361, datada de 28/09/2006, 691760 datada de 23/10/2006 e 693120 datada de 31/10/2006 oriundas do Estado de Minas Gerais, e procedeu corretamente pois escriturou as referidas notas fiscais no livro Registro de Entradas pelo CFOP 5403 (sem crédito) conforme folhas (93 a 100) do PAF e as saídas do referido produto Cimento Branco foi escriturado no livro Registro de Saídas no CFOP 5403 (sem a tributação normal e sem a retenção do ICMS), conforme folhas 101 a 112 do Processo Administrativo Fiscal, porém, no mês de Dezembro de 2006, o contribuinte utilizou indevidamente tanto o ICMS normal como o ICMS antecipação destacado nas referidas notas fiscais com o lançamento no seu livro Registro de Apuração do ICMS nº 01 as folhas nº 14 à Título –OUTROS CRÉDITOS - ICMS SOBRE AQUISIÇÃO DE CIMENTO BRANCO-VALOR R\$ 33.275,31, (folhas 88 a 92) do PAF. Com este procedimento, o contribuinte infringiu o disposto no Artigo 356 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; que de acordo com o supracitado artigo, 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. Desta forma, as alegações do autuado não procedem, pois a Infração 2 foi lavrada em total obediência ao disposto no RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Quanto à infração 4, que se refere a Falta de Retenção do ICMS nas operações subsequentes da mercadoria Cimento comum para contribuintes inscritos neste estado, esclarece que a referida mercadoria Cimento NCM 2523 foi recebida do Estado de Sergipe sem a Antecipação do imposto, sendo então conforme disposto no Artigo 353 do RICMS-BA de responsabilidade do contribuinte alienante, neste estado, o lançamento e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo 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 deste Estado. Desta forma, também não procede às alegações do autuado, pois a Infração 4 também foi lavrada em total obediência ao disposto no Artigo 353 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Quanto às auditorias de estoque (infrações 1 e 3), a defendant faz a seguinte alegação: que foi aplicado o Arbitramento por Presunção na apuração destas infrações; salienta que a Auditoria de Estoque foi elaborada em total obediência ao disposto no RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e na Portaria nº 445/98. A AUDITORIA DE ESTOQUE é elaborada 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 nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas.

Quanto ao levantamento quantitativo por Espécie de mercadorias, referente ao Exercício de 2006, esclarece que a infração cometida pelo autuado foi a “OMISSÃO DE ENTRADAS”, tudo devidamente comprovado pelos Demonstrativos anexados ao Auto de Infração (folhas 25 a 85) do PAF, como também pelas cópias do livro Registro de Inventário contendo os estoques finais do Exercício de 2006.

Na auditoria de estoques, referente ao Exercício de 2007- Infração 3, foi constado tanto “OMISSÃO DE ENTRADAS” como “OMISSÃO DE SAÍDAS”; aduz que, como determina o RICMS, foi exigido para o cálculo do imposto, a infração de maior expressão monetária - “OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS”, tudo devidamente comprovado pelos demonstrativos anexados ao Auto de Infração (folhas 114 a 196) do PAF, como também das cópias dos Livros Registro de Inventário contendo os estoques iniciais e finais do exercício de 2007 (folhas 208 a 219) do PAF. 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 nº 445/98. Esclarece ainda que na apuração do valor da Base de Cálculo das Infrações 1 e 3, foi aplicado também o disposto na Instrução Normativa nº 56/2007 o cálculo da proporcionalidade. Desta forma, a base de cálculo para a apuração do imposto da INFRAÇÃO 1 foi reduzida do valor de R\$ 277.257,60 para o novo valor de R\$ 258.041,75, com ICMS devido à Fazenda Pública Estadual no valor de R\$ 43.867,10, calculado à alíquota de 17% e a base de cálculo para a apuração do imposto da INFRAÇÃO 3 foi reduzida do valor de R\$ 196.016,67 para o novo valor de R\$ 188.705,76, com ICMS devido à Fazenda Pública Estadual no valor de R\$ 32.079,98, calculado à alíquota de 17%, acrescentando que a alegação do autuado de “arbitramento por presunção” não procede, pois as infrações 1 e 3 foram apuradas através da AUDITORIA DE ESTOQUE - levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Aduz que quanto à solicitação de perícia contábil nas infrações 1 e 3 pelo autuado, alegando que os cálculos apresentados pela fiscalização não concernem à realidade do ocorrido, a mesma 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. O autuado faz ainda considerações sobre o excessivo valor das multas infligidas, alegando violação aos Princípios do Não-confisco, da Proporcionalidade e da Garantia Constitucional à Propriedade, esclarece, ainda, que a multa aplicada nas infrações 1, 2, 3 e 4, foram determinadas pelo disposto no Artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e que não está em nossa competência julgar Leis, e sim cumprir fielmente o determinado na legislação vigente; que em todo o decorrer da defesa o autuado procura apenas ganhar tempo e protelar o pagamento do débito fiscal apurado através do Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias nos exercícios de 2006 e 2007, pela utilização indevida de crédito fiscal e pela falta de retenção e do consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, fazendo alegações descabidas e inconsistentes. Quanto as Infrações 1 e 3, o autuado não juntou à sua defesa nenhuma prova de suas alegações, 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 exposto, e, na certeza do dever cumprido na defesa dos interesses da Fazenda Pública Estadual, solicita ao Douto Conselho de Fazenda, a manutenção, na sua totalidade, do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, quanto aos pedidos preliminares do impugnante, constato que o Auto de Infração foi lavrado com obediência às formalidades legais exigidas em lei, mediante termo de intimação, identificação do autuado, descrição da infração, tipificação e enquadramento legal, assim como encontram-se anexados ao PAF, os demonstrativos de todos os valores lançados pelo autuante, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, em obediência ao princípio da ampla defesa. Em sendo assim, considero não haver qualquer vício formal que enseje a nulidade do processo fiscal. Quanto ao pedido de perícia, rejeito-o, pois todas as perguntas formuladas em sua fundamentação (como exemplo - quais produtos foram auditados, qual o regime de tributação de tais mercadorias, etc.) podem ser respondidas sem necessidade de qualquer perícia, visto que os demonstrativos feitos pelo autuante são suficientemente claros neste aspecto, sendo que, quanto à questão relativa ao preço médio aplicado, caberia ao impugnante trazer evidências de erros no cálculo e não simplesmente colocá-lo em dúvida, pois tal alegação é insuficiente para justificar uma perícia. No que diz respeito à natureza confiscatória das multas aplicadas, por serem excessivamente altas, e assim, inconstitucionais, não devem ser apreciadas por este Conselho de Fazenda, em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, que não permite a apreciação de inconstitucionalidades em âmbito administrativo.

Quanto ao pedido de redução das multas aplicadas, de acordo com o Art. 159 do RPAF, poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade. Assim, passo a ponderar as razões apresentadas pelo impugnante que fundamentam o seu pedido pela improcedência da autuação, assim como eventual redução de multas. Por último, quanto ao pedido de que todas as intimações referentes a este processo sejam encaminhadas ao patrono da impugnante, sob pena de nulidade, também rejeito, visto que o Art. 109 do RPAF considera a intimação ao representante, interessado ou preposto do sujeito passivo, como alternativa ou subsidiária, não havendo previsão legal para obrigatoriedade do encaminhamento das intimações relativas ao processo administrativo fiscal diretamente ao patrono do sujeito passivo, em detrimento deste.

Quanto às questões de mérito, começo pelas infrações 1 e 3, resultantes do roteiro AUDIF-207 – Auditoria de Estoques, realizada nos exercícios fechados de 2006 e 2007, onde foi constatada a omissão de entrada de mercadorias tributáveis. O impugnante não trouxe nenhuma prova de que houve erro no cálculo de omissão apontado pela autuante, como por exemplo, ausência de lançamento de nota fiscal de entrada, que elidisse a omissão de entrada de mercadoria – apenas pediu uma perícia que pudesse constatar que os cálculos apresentados pela fiscalização não concernem com a realidade. Ora, uma vez que estão demonstrados na auditoria de estoque todas as notas fiscais de entrada e saída das mercadorias auditadas, cabe ao próprio impugnante analisar cada um dos dados lançados nos demonstrativos e apontar eventuais incongruências no levantamento do estoque.

De acordo com o Art. 142 do RPAF, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa a veracidade da afirmação da parte contrária. A auditoria de estoques é feita considerando-se os quantitativos de estoque inicial e final constantes do livro Registro de Inventário, além da movimentação de entrada e saída de mercadorias ao longo do exercício e que constam em seus livros de Entrada e Saída. Todos os lançamentos feitos pelo autuante se baseiam na documentação fornecida pelo próprio autuado, portanto está ao seu alcance demonstrar se houve erro nos quantitativos lançados ou se há ausência de lançamentos de entrada ou saída ou ainda lançamentos de movimentação de mercadoria sem lastro probatório. O que está havendo neste caso, uma simples negativa do cometimento da infração, que de acordo com o Art. 143 RPAF, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por outro lado, a impugnante ataca o lançamento tributário da auditoria de estoques, rechaçando o arbitramento por presunção, trazendo à tona a posição de respeitáveis juristas que consideram que a incidência de ICMS só ocorre se e somente se forem comprovadas as operações de

transferências de titularidade, não se admitindo presunção. Ocorre, que a atividade fiscalizatória, por natureza jurídica ela é vinculada, estando o agente fiscal obrigado ao cumprimento da lei e neste caso, está autorizado ao lançamento por presunção de acordo com a norma exposta no Art. 2º, § 3º, IV do RICMS/BA 97:

Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

.....

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Por outro lado, de acordo com o Art. 167 do RPAF, não se incluem na competência dos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, logo, tal argumentação, de que não é possível o lançamento tributário decorrente de presunção está fora do alcance deste órgão, não podendo ser objeto de análise. Estas são as razões pelas quais não acolho a pretensão do impugnante, e julgo procedentes as infrações 1 e 3.

As infrações 2 e 4, dizem respeito respectivamente ao uso indevido de crédito fiscal na aquisição de mercadoria com pagamento de imposto por substituição tributária e pela falta de retenção na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária. Na infração 2 a impugnante traz a seguinte justificativa: *que a legislação complementar federal autoriza o aproveitamento dos valores pagos nas operações anteriores como crédito de ICMS a ser utilizado pela a empresa adquirente em decorrência da concretização do princípio da não cumulatividade tributária. Tal princípio assegura ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto cobrado na operação anterior desde que as operações subsequentes sejam também tributadas. Por tais razões, tendo em vista que o tributo já foi pago na origem, não há que se falar em nova tributação ou óbice na utilização do crédito.* É evidente que tal sistemática, de crédito pelas aquisições e débito pelas saídas, é o princípio basilar da tributação em impostos sobre o valor agregado, como é o caso do ICMS, mas tal princípio só se aplica, como o próprio impugnante afirma em sua exposição, desde que as operações subsequentes sejam também tributadas.

No caso em tela, a operação foi relativa à revenda de cimento branco adquirida de terceiros, cujo imposto foi pago na origem, por força da substituição tributária e assim, estando encerradas todas as fases de tributação, não mais havendo lançamento a débito nem a crédito. Analisando a argumentação feita pelo impugnante em sua defesa e adiante reproduzida, percebe-se que carece totalmente de sentido: *Por tais razões, tendo em vista que o tributo já foi pago na origem, não há que se falar em nova tributação ou óbice na utilização do crédito fiscal advindo de tal título to do ICMS.* Ora, se o tributo já foi pago na origem e não há que se falar em nova tributação como bem afirma o impugnante, claro está que há sim, óbice, na utilização do crédito fiscal, pois tal óbice não existiria apenas se houvesse nova tributação, por força do princípio da não cumulatividade, mas como se trata de mercadoria sujeita à substituição tributária, não é legal a utilização do crédito, uma vez que não há a contrapartida de lançamento a débito, quando da saída da mercadoria eventualmente vendida. Tal óbice à utilização do crédito está inclusive normatizado no RICMS/BA em seu Art. 356, citado pela autuante em sua informação fiscal e a adiante transcrito, *ipsis literis*:

Artigo 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.

Em sendo assim, considero improcedente a impugnação da infração 2.

Quanto à infração 4, da ausência de retenção do ICMS nas saídas a contribuintes inscritos neste Estado, da mercadoria cimento comum, NCM 2523, o impugnante assevera que foram adquiridos para revenda, tendo-se operado o recolhimento do ICMS ST por toda a cadeia quando da saída do vendedor originário, por força da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/85, no entanto, a autuante assevera, que a mercadoria foi recebido do Estado de Sergipe sem a antecipação do

imposto e que por força legal do Art. 353 do RICMS/BA cabe ao alienante neste Estado, na qualidade de sujeito passivo, fazer a retenção nas saídas internas. Assim, caberia ao impugnante trazer a prova de que adquiriu as mercadorias com retenção e que estaria desobrigado de efetuá-la novamente. A simples negativa do cometimento da infração ou a afirmação de que o recolhimento do ICMS ST foi feito quando da saída do vendedor originário, não elide a infração, razão pela qual julgo procedente o lançamento tributário da infração 04.

Ante a exposição dos fatos, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207101.0002/11-1**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$128.456,98**, acrescido das multas de 60% sobre R\$52.509,90 e 70% sobre R\$75.947,08, previstas no art. 42, incisos II, “e”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR