

PROCESSO - A. I. Nº 207101.0002/11-1
RECORRENTE - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A. (CIMENTO NASSAU)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 005-05/12
ORIGEM - INFAZ COMÉRCIO
INTERNET - 25/09/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0261-11/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Presunção legal da realização de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Documentos juntados ao processo comprovam que foram consideradas as quantidades de mercadorias constantes dos inventários escriturados pelo contribuinte. Na apuração do imposto exigido foi aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, relativas às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária. Infrações não elididas. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** Restou comprovado que as mercadorias objeto da autuação (cimento branco) foram adquiridas com pagamento de imposto por antecipação, e comercializadas sem tributação do imposto. Vedado 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.** Não comprovada à alegação de que as mercadorias objeto da autuação foram adquiridas com pagamento do imposto antecipado. Mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e cabível a exigência da retenção do imposto nas operações subsequentes. Infração mantida. Indeferido o pedido de realização de perícia fiscal/contábil. Não acolhido o pedido de redução ou cancelamento das multas, por falta de amparo legal. Rejeitada as preliminares suscitadas. Argumentos recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão JJF nº 005-05/12, a qual julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 30/06/11, para exigir ICMS, no valor de R\$128.456,98, em decorrência das seguintes infrações:

- 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 - R\$43.867,10 acrescido da multa de 70%.*
- 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária - R\$33.275,31, acrescido da multa de 60%.*

3. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela diferença nas operações de entrada, com base na presunção legal de omissão de saída de mercadorias (2007) - R\$32.079,98, acrescido de multa de 70%.
4. Deixou de proceder a retenção de ICMS e conseqüentemente 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 (2007) - R\$19.234,59, acrescido de multa de 60%.

A 5ª JF proferiu a seguinte Decisão:

Inicialmente, afastou o pedido de nulidade por entender que o lançamento foi efetuado de acordo com o previsto na legislação. Indeferiu o pedido de realização de perícia, por entender ser desnecessária. Justificou a não apreciação da inconstitucionalidade da multa (confiscatória), face ao disposto no art. 167, I, do RPAF/99, que não permite a sua apreciação.

Negou o pedido de redução das multas aplicadas, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, cuja competência é da Câmara Superior do CONSEF (art. 159 do RPAF/BA). E quanto ao pedido de encaminhamento de intimações, ressaltou que deve ser aplicado o previsto no art. 109 do RPAF/BA. No mérito, apreciou que:

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 efetua-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.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 473 a 489), o recorrente inicialmente transcreve as infrações e disse que com fundamento nas garantias constitucionais requereu a produção de provas por meio de perícia para confirmar a veracidade do que fora aduzida na defesa, o que foi indeferida sem mesmo realizar diligência ou responder aos questionamentos formulados.

Reapresenta a quesitação formulada sobre os produtos que originaram as operações (1), regime de tributação das mercadorias (2), avaliação das entradas e saídas e do valor a ser pago (3), possibilidade do tributo ter sido recolhido pelo destinatário (4), dados considerados para o arbitramento (5) e se a média dos preços arbitrados corresponde às notas fiscais apresentadas.

Salienta que a resposta de tais questões são indispensáveis para o deslinde das infrações 1, 3 e 4 e não há lógica no indeferimento prolatado, motivo pelo qual requer a anulação da Decisão da primeira instância para que se proceda a instrução regular, com a realização da perícia.

No mérito, quanto às infrações 2 e 4, transcreve a regra inserta no art. 150, §7º da CF que disciplina o mecanismo da substituição tributária, porém não pode ser exigido o imposto em duplicidade.

Reafirma que está sendo exigido ICMS ST relativo ao que já foi recolhido por antecipação (substituição tributária) pelos remetentes das mercadorias e por outro lado, utilização indevida de crédito fiscal decorrente da mesma operação.

Alega que na situação presente, os produtos discriminados na relação de notas fiscais integrantes do Auto de Infração, 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, atribuindo ao industrial à obrigação de recolher o ICMS-ST; aduz que, além do Protocolo ICMS 11/85, o próprio RICMS/BA 97 em seus artigos 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.

Argumenta que este princípio assegura ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto incidente na operação anterior, desde que as subsequentes sejam também tributadas. Diz que considerando que o ICMS já foi pago na origem, não há que se falar em nova tributação ou impedimento da utilização do crédito fiscal. Requer que o Auto de Infração seja anulado.

Quanto às infrações 1 e 3, ressalta que o levantamento quantitativo de estoques é um procedimento fiscal destinado a verificar a regularidade da movimentação dos estoques, arbitrados por presunção, cuja perícia contábil requerida para elidir as infrações lhe foi negada.

Discorre sobre o “arbitramento” cita os artigos 142 e 148 do CTN que trata do procedimento e art. 155, da CF que versa sobre operações de circulação de mercadoria mediante transferência de sua titularidade, o que não se admite por presunção.

Cita texto de doutrinadores acerca de arbitramento, destaca que sua aplicação deve ser o último Recurso, quando o contribuinte for omissor ou preste declarações que não mereçam fé.

Afirma que com base na doutrina, o fisco diante de uma escrituração regular deve proceder investigação analítica dos fatos concernentes a base de cálculo e não adotar arbitramento como um instrumento fiscalizatório, sem considerar o regime tributário das mercadorias.

Ressalta que a perícia requerida objetiva provar que em outubro/06 (exemplo) houve incorporação da CIMESA pela VC N/NE, o que “*certamente levou a uma diferença no estoque e no autuado por omissão de saída*”, fato que não foi considerado pela fiscalização diante da incorporação do estoque que compunha o inventário da CIMESA, enquanto o autuante considerou estoque zerado, computando as entradas a partir daquele momento.

Argumenta que as multas aplicadas com percentuais de 60% e 70% violam o princípio constitucional do não-confisco (art. 150, IV, da CF). Cita decisões de Tribunais Superiores e texto de doutrinadores que consideram confiscatórias multas que excedam a 30%.

Requer redução da multa imposta para um patamar de 20%, ou subsidiariamente, entre 21% e 30% do valor do tributo devido.

Por fim, requer Provimento do Recurso a fim de que seja anulado ou reformado o acórdão recorrido, julgando improcedente, ou ao menos determinar a realização de perícia. Caso não acolhido, que seja reduzida a multa imposta para um patamar razoável.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente alegou que solicitou a realização de perícia e que a mesma foi indeferida na primeira instância, reiterando o seu pedido.

Verifico que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, a própria descrição das infrações denotam que os produtos que originaram as operações (CIMENTO) são submetidos ao regime de substituição tributária; quanto a avaliação, se entradas e saídas geram valor a ser pago, não se trata de imposto exigido no conta corrente fiscal e sim relativo a utilização indevida de crédito (infração 2), presunção decorrente de omissão de entrada (infração 1, 3) e falta de retenção do ICMS-ST (infração 4); quanto a possibilidade do ICMS exigidos nas infrações ter sido recolhido pelos destinatários, trata-se de questão de mérito que será apreciado no momento próprio; com relação a dados considerados para o “arbitramento”, os demonstrativos analíticos do levantamento quantitativo de estoques evidenciam que foram elaborados com dados contidos na escrituração fiscal do próprio contribuinte e por fim, se a média dos preços arbitrados corresponde às notas fiscais apresentadas, a fiscalização juntou ao processo demonstrativos de preços médios relativo ao último mês que houve comercialização dos produtos como determina o art. 60 do RICMS/97, de acordo com as planilhas juntadas às fls. 31/46 (2006) e 120/136 (2007).

Portanto, consoante o art. 147, II, “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, tendo em vista que a apreciação da lide não requer pessoa com reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, em vista das provas produzidas nos autos (art. 150, II do RPAF/BA).

No mérito, as infrações 1 e 3 acusam omissão de saída de mercadorias, a título de presunção em razão da apuração de entrada não registrada, apurada em levantamento quantitativo de estoques.

O recorrente reapresenta os mesmos argumentos da defesa: que perícia contábil poderia elidir as infrações; a aplicação de “arbitramento” só deve ser feita em último Recurso; que houve incorporação da CIMESA pela VC N/NE e não foram considerados os seus estoques e questionou não ter sido observado o regime de tributação.

Verifico que todos estes argumentos já foram apreciados na Decisão ora recorrida que fundamentou a desnecessidade da realização de perícia contábil. Conforme apreciado inicialmente, a perícia deve ser realizada por pessoa com reconhecida habilidade ou experiência técnica em matéria questionada.

Na situação presente, estas infrações (1 e 3) foram apuradas em levantamento quantitativo de estoques, onde foram elaboradas planilhas nas quais foram computados quantidades de produtos consignados em notas fiscais e estoques (inicial e final) devidamente lançados na escrita fiscal do contribuinte. Logo, tendo sido entregue os demonstrativos ao sujeito passivo, o mesmo poderia confrontar com seus livros e documentos fiscais, indicando possíveis inconsistências, fato que não ocorreu, pelo que é desnecessária a realização de perícia.

Quanto à insurgência contra o “arbitramento”, na realidade foi aplicado o roteiro de auditoria de estoques que é amplamente utilizada pelo Fisco, com respaldo na legislação tributária (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), como fundamentado na Decisão da primeira instância. Portanto, é legal.

Com relação ao argumento de que houve incorporação da CIMESA pela VC N/NE e não foram considerados seus estoques, constato tal alegação não foi feita na defesa inicial (fls. 407/411).

Convém ressaltar que nenhuma prova relativa a este argumento foi juntada ao processo, tanto na defesa como no Recurso Voluntário. Entretanto, considerando o argumento de que a incorporação ocorreu no mês de outubro/2006 e o roteiro de auditoria de estoques foi aplicado no exercício de 2006 (infração 1) e 2007 (infração 3), haveria reflexo no estoque final de 2006 (EI-2007).

Constato que a fiscalização juntou cópia do livro Registro de Inventário de 2006 (fl. 213) e 2007 (fl. 217/218), os quais indicam existência de estoque em 31.12.06. As quantidades consignadas no estoque final de 2006 foram computadas no demonstrativo sintético do roteiro de auditoria de estoques de 2006 (fl. 29) e 2007 (fls. 118 e 153).

Ressalto ainda, que conforme disposto na Lei nº 6.404/76, as contas do ativo circulante da incorporada (estoques) são encerradas contra uma conta transitória de incorporação e ao final do processo são encerradas os estoques são escriturados como adição no ativo circulante da incorporadora (art. 226 e seguintes).

Quanto ao argumento de que não foi observado o regime de tributação das mercadorias, observo que tendo sido exigido imposto apurado mediante presunção legal (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), a fiscalização aplicou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07 conforme planilhas às fls. 26 e 114.

Pelo exposto, concluo que os estoques escriturados nos livros fiscais foram computados no roteiro de auditoria de estoque, motivo pelo qual não acolho o argumento de que foram desconsiderados supostos estoques decorrentes de incorporação.

Da mesma forma, na apuração da omissão de entrada foram computadas as quantidades consignadas nas notas fiscais de entrada e de saídas de mercadorias, devidamente escrituradas pelo próprio contribuinte, e tendo sido exigido ICMS com suporte em presunção legal, é ressalvada ao contribuinte provar a improcedência da presunção, fato que não ocorreu.

Fica mantida a Decisão pela procedência das infrações 1 e 3.

Quanto às infrações 2 e 4, reapresenta o argumento defensivo de que a fiscalização exigiu ICMS-ST que já tinha sido recolhido por antecipação pelos remetentes das mercadorias (4) e que utilizou de forma correta o crédito fiscal (2) de acordo com o Protocolo ICMS 11/85 e RICMS/97 (arts. 356 e 353).

Inicialmente cabe ressaltar que a infração 2 trata de utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de **cimento branco** e a infração 4, da falta de retenção de ICMS relativo às vendas de cimento NCM 2523 (CIMENTO CP II – Z 32 RS-POTY-50KG), conforme fls. 198/206.

No tocante à infração 2, a Decisão da primeira instância fundamentou que o produto foi adquirido em operação interestadual com o ICMS retido e que é vedado a utilização do crédito fiscal.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a fiscalização juntou cópia de:

- a) Notas Fiscais n^{os} 691760 (fl. 99) relativo à aquisição de cimento branco, com retenção de ICMS-ST, emitida por contribuinte localizado no Estado de Minas Gerais e citou as Notas Fiscais n^{os} 693120 e 688361 nas mesmas condições, cuja escrituração foi feita no livro REM sem crédito do imposto (fls. 95/97);
- b) Notas Fiscais n^{os} 104, 3540 e 3988 (fls. 110 a 112) relativas a saídas de cimento branco, com CFOP 5403, sem destaque do ICMS, que foram escrituradas no livro REM, sem débito (fls. 103/108);
- c) Livro RAICMS (fl. 90) indicando lançamento de OUTROS CRÉDITOS relativo à “ICMS SOBRE A AQUISIÇÃO CIMENTO BRANCO R\$33.271,31”.

Pelo exposto, restou comprovado que o recorrente adquiriu cimento branco em operações interestaduais com ICMS retido (Cl. 1^a do Protocolo ICMS 11/85), deu saída do produto sem tributação do imposto (fase encerrada) e, concomitantemente lançou de forma indevida o crédito fiscal correspondente (que já tinha sido compensado no cálculo do ICMS-ST), cuja utilização é vedada pela legislação tributária (art. 356 do RICMS/97). Portanto, correta a Decisão da 5^a JJF.

Quanto à infração 4, o recorrente alega que as mercadorias foram adquiridas com a retenção do ICMS (Protocolo ICMS 11/85), e a exigência relativo a saídas subsequentes implica em *bis in idem*.

A 5^a JJF fundamentou na Decisão recorrida, que a fiscalização informou que as mercadorias foram adquiridas sem retenção do ICMS e não tendo o sujeito passivo comprovado que houve pagamento do imposto por antecipação, manteve a exigência fiscal.

Verifico que na defesa o sujeito passivo de forma genérica argumentou que os produtos relativos às infrações 2 e 4 foram adquiridas com retenção do ICMS. Conforme apreciado acima, restou comprovado que as aquisições do cimento branco (infração 2) foi adquirido com ICMS retido o que culminou em utilização indevida do crédito fiscal.

Entretanto, conforme apreciado pela 5^a JJF, a infração 4 trata da aquisição de cimento comum, NCM 2523 (Anexo 4 - fls. 198/206 – CIMENTO II - Z 32 – POTY.50KG).

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que na sequência dos fatos:

- 1) A fiscalização elaborou o Anexo 4 (fls. 198/206) no qual relacionou as notas fiscais emitidas, consignando o produto Cimento CP II-Z 32, com cálculo do ICMS-ST;
- 2) Na defesa, o sujeito passivo argumentou que os produtos foram adquiridos com imposto retido (infrações 2 e 4 – fls. 404/407), mas não apresentou qualquer prova neste sentido;
- 3) Na informação fiscal, a autuante esclareceu que a “mercadoria Cimento NCM 2523 foi recebida do Estado de Sergipe sem a Antecipação do imposto” (fl. 439);
- 4) Na Decisão ora recorrida a 5^a JJF fundamentou que tendo adquirido a mercadoria sem retenção do ICMS deveria proceder à retenção nas saídas internas (fl. 457), conforme disposto no art. 353

do RICMS/97 e que “*caberia ao impugnante trazer a prova de que adquiriu as mercadorias com retenção e que estaria desobrigado de efetuar a retenção novamente*”.

- 5) No Recurso interposto contra a Decisão da 5ª JF, o recorrente reapresentou os fundamentos da defesa (fls. 476/481), mas não juntou qualquer prova ao processo.

Pelo exposto, diante da acusação e Decisão, o sujeito passivo não comprovou em qualquer momento que a aquisição do produto objeto da autuação Cimento (CP II-Z 32-50KG) foi feita com pagamento do imposto por antecipação.

Ressalte-se que as notas fiscais de entrada/transferência que poderiam fazer prova são de posse do recorrente e a cópia do livro RAICMS juntada ao processo, relativa ao período autuado (fevereiro a dezembro/07), indica utilização de crédito fiscal de aquisições interestaduais com o CFOP 2152 (fls. 272/400) e estando o produto enquadrado no regime de substituição tributária, caso o adquirente tenha recebido os produtos sem antecipação do ICMS, é responsável para fazer a retenção nas operações de saída interna, conforme previsto no art. 353, II do RICMS/97.

Dessa forma, considero correta a Decisão proferida pela 5ª JF, de que houve “*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*”. Fica mantida a Decisão relativa à infração 4.

No que tange ao argumento de que as multas aplicadas são desproporcionais e confiscatórias, observo que os percentuais de 60% e 70% são previstos no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto, é legal. Também, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 5), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual grafado no Auto de Infração.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução das multas, observo que este órgão julgador não tem competência para apreciar tal pedido, decorrente de obrigação principal.

Por tudo que foi exposto, concluo que os elementos trazidos no Recurso interposto, não são capazes de elidir a ação fiscal, ficando mantida na íntegra, a Decisão proferida pela 5ª JF.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

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** o Auto de Infração nº **207101.0002/11-1**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A. (CIMENTO NASSAU)**, devendo ser intimado o recorrente 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, 15 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS