

A. I. Nº - 279694.0302/11-0  
AUTUADO - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A  
AUTUANTE - OTÁVIO AUGUSTO LABORDA FERNANDES  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.04.2016

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0057-05/16

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR DO CRÉDITO APURADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não elidida pelo contribuinte. Ausência de provas que atestem as alegações defensivas. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DECLARADAS EM NOTA FISCAIS. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Operações de saídas de cimento. A empresa autuada se encontra na condição de atacadista ou distribuidor do seu estabelecimento industrial localizado em outra unidade da Federação. Obrigação de apuração e recolhimento do ICMS normal e ICMS - ST das mercadorias sujeitas ao regime de antecipação na etapa subsequente de saídas dos produtos recebidos em transferência ou adquiridos de terceiros, de forma que seu estoque se submeta a um tratamento fiscal uniforme. Mantida a exigência fiscal. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO NORMAL E POR ANTECIPAÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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. Nas fases em que se processou o contraditório caberia ao autuado apresentar os itens que porventura deixaram de ser considerados na contagem dos estoques e as eventuais divergências entre o levantamento quantitativo e os registros contábeis e fiscais que estão na posse do autuado. Rejeitado o pedido de realização de nova diligência. Não acolhido o pedido de exclusão ou redução da multa por violação aos princípios do não confisco, proporcionalidade e garantia constitucional à propriedade privada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

No Auto de Infração em lide, composto de 05 (cinco) infrações, é exigido ICMS no valor principal de R\$ 1.085.108,94. Ao contribuinte foram imputadas as seguintes ocorrências:

**Infração 1** – *Deixou de recolher ICMS em razão de praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$ 86.428,48. Multa aplicada: 60%, prevista*

no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Falta de recolhimento do ICMS em operações escrituradas (2008/2009).

**Infração 2 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor exigido:** R\$ 205.733,83. **Multa aplicada:** 70%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96. Saída de mercadoria sem Nota Fiscal (exercícios fechados 2008/2009).

**Infração 03 – Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor exigido:** R\$ 39.669,23. Falta de recolhimento do ICMS-ST em virtude das saídas sem Nota Fiscal (2008/2009).

**Infração 04 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor exigido:** R\$ 428.020,82. **Multa aplicada:** 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da Lei nº 7.014/96. Falta de recolhimento do ICMS-ST em virtude de saídas escrituradas (2008/2009).

**Infração 05 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is).” Valor exigido:** R\$ 325.256,58. **Multa aplicada:** 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/16. Utilização de crédito fiscal em valor superior ao permitido (2008/2009).

Na petição de defesa o contribuinte, em relação à infração 01, informou que o imposto já se encontrava recolhido desde a operação de origem pelo regime da Substituição Tributária quando da entrada dos produtos no seu estabelecimento com o encerramento da tributação nas fases subsequentes de circulação das mercadorias.

Na informação fiscal o autuante disse que essa infração se refere a duas mercadorias: cimento irajazinho 1 kg – revenda e cimento CPB 40/ESTRUT – 25 kg – revenda.

Afirmou que o contribuinte poderia, na forma do § 2º, do art. 356, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, ter apropriado ambos os créditos, tanto o normal quanto o substituído, obrigando-se a efetuar o pagamento do ICMS normal e ST, nas operações internas subsequentes.

Remetido o PAF em diligência determinada por esta instância de julgamento, conforme termo lavrado às fls. 213/214, foram formulados os seguintes questionamentos:

1º) se o estabelecimento autuado é contribuinte substituído ou substituto na cadeia de circulação em relação aos produtos “cimento irajazinho - 1 KG, revenda” e “cimento CPB-40/Estrut-25 Kg – revenda”, bem como para os demais produtos objeto de sua atividade comercial.

2º) se o ICMS das operações autuadas foi efetivamente retido na operação anterior ou anteriores de aquisição dos produtos objeto do item 1 da autuação.

No parecer acostado às fls. 225/226 dos autos o revisor fiscal declarou o que segue: “O autuado é, de fato, contribuinte substituído na cadeia de circulação em relação aos produtos incluídos pelo autuante nessa infração: “Cimento Irajazinho - 1 KG, revenda” e “Cimento CPB-40/Estrut-25 Kg - revenda”, tendo sua fase de tributação encerrada na operação de saída dessas mercadorias do fornecedor para a autuada, ficando desonerada de tributação as operações internas subsequentes, já que houve a efetiva retenção nas respectivas operações anteriores com essas mercadorias com referência às Notas Fiscais incluídas pelo autuante nessa infração. Somos pois pela exclusão dos valores dessa infração do total autuado.

O contribuinte, em nova manifestação nos autos (fls. 230/243), pede que essa infração seja excluída com base no parecer exarado na diligência fiscal.

As infrações 02 e 03 estão correlacionadas e decorreram da aplicação do roteiro de auditoria fiscal de estoques.

A defesa argumentou que na apuração das duas infrações o auditor levou em conta os arquivos magnéticos que apresentam erros quantitativos em contraposição aos registros existentes nos livros de saídas e entradas juntados. Requereu a realização de perícia técnica nos documentos fiscais. Afirmou ainda que o lançamento está baseado em presunções e que detém créditos suficientes “para a cobertura das operações”, não havendo no caso qualquer dano para a fazenda pública.

Na informação fiscal, o autuante, enfatizou não caber perícia técnica visto que o levantamento fiscal está consubstanciado nos demonstrativos impressos e nos meios magnéticos. Acrescentou que na infração 02 a exigência fiscal recaiu sobre o ICMS normal incidente nas omissões de saídas apuradas e na infração 03, o lançamento se reporta ao ICMS-ST das mercadorias sujeitas ao regime de antecipação. Disse ainda que os argumentos defensivos não devem prevalecer.

Foi formulado pedido de diligência nos seguintes termos (fls. 213/214):

*1º) proceder à verificação, vis a vis, dos demonstrativos elaborados pelo autuante, com as informações contidas na escrita fiscal e arquivos magnéticos da empresa, identificando se há as distorções apontadas na peça defensiva;*

*2º) identificar se os produtos objetos do levantamento fiscal foram objeto de antecipação pelo regime de ST nas aquisições pelo estabelecimento autuado, com encerramento da tributação nas etapas subsequentes de circulação;*

O parecer fiscal acostado ao PAF foi lavrado nos seguintes termos: “Concordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, já que não foram verificados os equívocos nem as distorções apontadas pela autuada. Saliento também que os produtos vinculados ao levantamento fiscal para essa infração não foram objeto de antecipação tributária efetuada pelo fornecedor da autuada, sendo portanto cabível na íntegra o lançamento efetuado pelo autuante das infrações 02 e 03”.

O contribuinte ao contestar os resultados da diligência reiterou os termos da defesa e requereu novamente a realização de diligência no feito.

No tocante à infração 04 a defesa sustentou a não obrigatoriedade de recolhimento do ICMS-ST uma vez que já teria recebido as mercadorias com o ICMS retido na fonte, ficando desobrigado de pagar a antecipação nas etapas subsequentes de circulação relacionados com a revenda.

O autuante, na informação fiscal, registrou que as operações autuadas se referem a duas situações distintas:

1º) mercadorias oriundas do Estado de Minas Gerais, signatário de acordo de substituição tributária, em que o autuado, na etapa de aquisição, se creditou das parcelas relacionadas ao ICMS normal e ICMS-ST, sendo que o ICMS normal, da operação subsequente de saída, foi exigido na infração 01;

2º) mercadorias recebidas pela autuada em transferência de sua unidade localizada no Estado de Sergipe, sendo que nessas operações não foi efetuada a retenção do ICMS ST por força do disposto no parágrafo único, da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/85.

Sustenta o autuante que o contribuinte deveria efetuar a retenção e recolhimento do ICMS nas saídas internas subsequentes, motivo pelo qual foi formalizado o lançamento de ofício. Acrescentou que o próprio autuado ao emitir as notas fiscais não fez qualquer referência de que a fase de tributação já se encontrava encerrada, conforme dispõe o art. 359 do RICMS. Citou como exemplos dessa situação as cópias das notas fiscais anexadas às fls. 142 e 157 do presente PAF.

Em relação a essa infração foi formulado pedido de diligência com o seguinte conteúdo: *“Deverá o revisor identificar se os produtos objetos do levantamento fiscal foram objeto de antecipação pelo regime de ST nas aquisições pelo estabelecimento autuado, com encerramento da tributação nas etapas subsequentes de circulação”*.

Em resposta o revisor, à fl. 226, assim se manifestou: *“Para este item constatamos que os produtos correspondentes à infração não foram objeto de antecipação tributária em operações anteriores, sendo também esta infração totalmente pertinente”*.

O contribuinte na Manifestação após a diligência reiterou que o ICMS já se encontrava recolhido no primeiro elo da cadeia de circulação. Invocou novamente a aplicação das regras do art. 356 do RICMS/97.

Na infração 05 o contribuinte, em sua defesa, afirmou que todos os créditos supostamente tomados a maior foram posteriormente estornados. Pontuou que as notas fiscais objeto da exigência fiscal tratavam de operações interestaduais com cimento, à alíquota de 12%, restando a necessidade de recolhimento dos 5% restantes na operação interna. Disse que houve recolhimento da parcela relativa aos 12%, via GNRE (guia nacional de recolhimento de tributos estaduais) e os 5% internamente, restando assegurado, para a defesa, o direito ao crédito à alíquota de 17%.

O autuante, na informação fiscal, frisou que o contribuinte se creditou pela alíquota de 17% relativamente algumas aquisições originárias do Estado de Sergipe acobertadas por notas fiscais com destaque do imposto à alíquota de 12%. Em seguida disse que a defesa se contradiz ao declarar que os créditos glosados pela fiscalização foram estornados, sem trazer aos autos qualquer prova desse fato. Em outra parte da impugnação a defesa afirmou que houve o recolhimento do ICMS à alíquota de 12%, através de GNRE. O autuante, porém, contesta essa afirmação, dizendo que a GNRE é documento utilizado para pagamento do ICMS-ST nas operações interestaduais, mas a infração contempla as transferências de cimento promovidas do estabelecimento fabril da autuada, localizado em Sergipe, para o estabelecimento da Bahia, ora fiscalizado, em que não houve cobrança de ICMS por substituição tributária.

Foi determinada a realização de diligência, por auditor estranho a feito, para que fosse analisada a escrita fiscal do contribuinte a fim de se verificar se efetivamente houve o estorno dos créditos tomados a maior por parte do sujeito passivo, conforme foi informado na peça de defesa.

Em resposta o revisor fiscal assim se manifestou à fl. 226: *“Constatamos que não houve o estorno dos créditos tomados a maior por parte do sujeito passivo alegado na sua defesa. Aliás, a própria defesa se contradiz ao dizer que efetuou o estorno e, ao mesmo tempo, informar que o crédito devido seria realmente 17% e não 12%. Sendo assim, para esta infração constatamos a total correção no lançamento de ofício efetuado pelo autuante”*.

O contribuinte na Manifestação acostada às fls. 230/243 em relação à infração 05 reiterou pedido de perícia para o devido esclarecimento das alegações defensivas.

Por fim o contribuinte contestou o valor das multas aplicadas, alegando que houve violação aos princípios do não confisco, da proporcionalidade e a garantia à propriedade privada. Citou decisões dos tribunais superiores acerca desse tema. Reiterou essa questão após a diligência, na manifestação acostada às fls. 230 a 243 dos autos.

Formulou quesitos para a realização de perícia técnica, reproduzidos na peça defensiva à fl. 170.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de cinco (05) imputações, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Inicialmente, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização novas diligências ou perícias, por considerar suficientes para a formação de

minha convicção os elementos contidos nos autos, inclusive o parecer juntado às fls. 225/226 dos autos, decorrente da diligência determinada por esta 5ª Junta de Julgamento. Ademais o pedido da defesa se destina a produzir prova (levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas) que poderiam ter sido juntados aos autos pelo contribuinte, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

Verifico a partir dos documentos acostados ao processo, especialmente as cópias de notas fiscais constantes das fls. 149 a 157 do PAF, que o estabelecimento autuado recebe da sua unidade fabril, localizada em Sergipe, cimento sem a retenção do ICMS por substituição tributária na origem, sendo a operação tributada normalmente, à alíquota de 12%, em relação às entradas do produto cimento Poty 50 kgs.

Nessa situação o autuado se qualifica na condição de atacadista ou distribuidor da indústria de cimentos, cabendo-lhe fazer o recolhimento do ICMS das mercadorias recebidas em transferência ou adquiridas de terceiros, nas etapas subsequentes de saídas internas dos produtos, de forma que seu estoque se submeta a um tratamento fiscal uniforme.

Aplica-se ao caso as disposições do art. 355, inc. I, c/c o art. 356, § 2º, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, que se deram nos exercícios de 2008 e 2009. Eis a redação dos citados dispositivos regulamentares:

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

**I -** *a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;*

(...)

**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.*

**§ 1º** *Nos documentos fiscais relativos às operações subsequentes com mercadorias cujo imposto já tiver sido antecipado, observar-se-á o disposto no art. 359.*

**§ 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 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.*

Frente ao disposto na legislação de regência acima reproduzida o estabelecimento autuado é o substituto tributário para todos os tipos de cimento posto que se encontra na condição de estabelecimento filial atacadista da sua indústria. Na hipótese de adquirir de terceiros cimento com o imposto pago por antecipação, para que a seu estoque fosse dado tratamento fiscal uniforme, deveria 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) a prevista para a atividade industrial.

Frente ao acima exposto, a infração 01, relativa à exigência de ICMS sobre as operações de saída de cimento irajazinho 1 kg – revenda e cimento CPB 40/ESTRUT – 25 kg – revenda deve ser mantida. Ao contribuinte é assegurada pela legislação, na forma do § 2º, do art. 356, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, a apropriação dos créditos, tanto o normal quanto o substituído, obrigando-se a efetuar o pagamento do ICMS normal e ST, nas operações internas subseqüentes com os referidos produtos. Em decorrência do quanto aqui exposto não acolho as conclusões alinhavadas no Parecer Fiscal acostado à fls. 225/226 dos autos, que sugere a exclusão desse item da autuação, em decorrência da retenção do ICMS por substituição tributária na operação de origem com as mercadorias objeto do lançamento.

Fica mantida, portanto, a exigência fiscal consubstanciada na infração 01, relativa ao ICMS normal, no importe original de R\$ 86.428,48, acrescido da multa de 60% e demais acréscimos legais.

O mesmo raciocínio e as mesmas conclusões se aplicam a infração 04 que abarca a exigência fiscal do ICMS a título de Substituição Tributária incidente nas operações de saídas promovidas pelo autuado para todos os tipos de cimentos, sejam os recebidos em transferência da fábrica localizada no Estado de Sergipe ou os adquiridos de terceiros em outras unidades da Federação. Conforme já assinalado linhas acima é assegurado ao contribuinte, na condição de filial atacadista, nos termos do art. 2º, do art. 356, do RICMS/97, o direito de se apropriar dos créditos fiscais, tanto o normal quanto o substituído, destacados nos documentos fiscais de aquisição dos produtos.

Mantenho também a infração 04, cuja exigência fiscal totaliza a importância de R\$ 428.020,82, acrescido da multa de 60% e demais encargos previstos em lei.

As infrações 02 e 03 estão correlacionadas e decorreram da aplicação do roteiro de auditoria fiscal de estoques. Na infração 02 a exigência recaiu sobre as omissões de saídas apuradas em exercícios fechados (2008 e 2009). Na infração 03 a cobrança se refere às parcelas do ICMS-ST das omissões apuradas no levantamento quantitativo no tocante às mercadorias enquadradas no regime de antecipação.

A defesa argumentou que na apuração das duas infrações o auditor levou em conta os arquivos magnéticos que apresentam erros quantitativos em contraposição aos registros existentes nos livros de saídas e entradas juntados. Requereu a realização de perícia técnica nos documentos fiscais. Afirmou ainda que o lançamento está baseado em presunções e que detém créditos suficientes “para a cobertura das operações”, não havendo no caso qualquer dano para a fazenda pública.

Na informação fiscal, o autuante, enfatizou não caber perícia técnica visto que o levantamento fiscal está consubstanciado nos demonstrativos impressos e nos meios magnéticos. Acrescentou que na infração 02 a exigência fiscal recaiu sobre o ICMS normal incidente nas omissões de saídas apuradas e na infração 03, o lançamento se reporta ao ICMS-ST das mercadorias sujeitas ao regime de antecipação. Disse ainda que os argumentos defensivos não devem prevalecer.

Foi formulado pedido de diligência nos seguintes termos (fls. 213/214):

*1º) proceder à verificação, vis a vis, dos demonstrativos elaborados pelo autuante, com as informações contidas na escrita fiscal e arquivos magnéticos da empresa, identificando se há as distorções apontadas na peça defensiva;*

*2º) identificar se os produtos objetos do levantamento fiscal foram objeto de antecipação pelo regime de ST nas aquisições pelo estabelecimento autuado, com encerramento da tributação nas etapas subseqüentes de circulação;*

O parecer fiscal acostado ao PAF foi lavrado nos seguintes termos: “Concordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, já que não foram verificados os equívocos nem as distorções apontadas pela autuada. Saliento também que os produtos vinculados ao

*levantamento fiscal para essa infração não foram objeto de antecipação tributária efetuada pelo fornecedor da autuada, sendo, portanto, cabível na íntegra o lançamento efetuado pelo autuante das infrações 02 e 03”.*

O contribuinte ao contestar os resultados da diligência reiterou os termos da defesa e requereu novamente a realização de diligência no feito.

Conforme foi consignado nos autos o levantamento quantitativo de estoques tem por base probatória os arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio contribuinte. Na fase de defesa caberia ao autuado apresentar os itens que porventura deixaram de ser considerados na contagem dos estoques e as eventuais divergências entre o levantamento quantitativo e os registros contábeis e fiscais que estão na posse do autuado.

Esta Junta de Julgamento deliberou pela remessa dos autos em diligência, a cargo de auditor fiscal estranho ao feito, conforme Termo constante das fls. 213/214, mas o contribuinte não trouxe ao PAF elementos probatórios que pudessem desconstituir o lançamento.

Em suma: nada foi trazido ao processo nas duas fases em que se operou o contraditório, ou seja, por ocasião da defesa e após a diligência, que contraditassem o lançamento nos seus aspectos quantitativos e aritméticos, até para justificar a remessa do PAF visando à realização de nova diligência fiscal.

Aplica-se nessa situação o disposto no art. 143 do RPAF/99 que estabelece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação. É ônus do sujeito passivo provar o fato modificativo ou extintivo da obrigação por ele alegado.

Pelas razões acima expostas ficam mantidas as infrações 02 e 03 do lançamento de ofício, nos valores respectivamente, de R\$ 205.733,83 e R\$ 39.669,23.

Na infração 05 o contribuinte, em sua defesa, afirmou que todos os créditos supostamente tomados a maior foram posteriormente estornados. Pontuou que as notas fiscais objeto da exigência fiscal tratavam de operações interestaduais com cimento, à alíquota de 12%, restando a necessidade de recolhimento dos 5% restantes na operação interna. Disse que houve recolhimento da parcela relativa aos 12%, via GNRE (guia nacional de recolhimento de tributos estaduais) e os 5% internamente, restando assegurado, para a defesa, o direito ao crédito à alíquota de 17%.

O autuante, na informação fiscal, frisou que o contribuinte se creditou pela alíquota de 17% relativamente a algumas aquisições originárias do Estado de Sergipe acobertadas por notas fiscais com destaque do imposto à alíquota de 12%. Em seguida disse que a defesa se contradiz ao declarar que os créditos glosados pela fiscalização foram estornados, sem trazer aos autos qualquer prova desse fato. Em outra parte da impugnação a defesa afirmou que houve o recolhimento do ICMS à alíquota de 12%, através de GNRE. O autuante, porém, contesta essa afirmação, dizendo que a GNRE é documento utilizado para pagamento do ICMS-ST nas operações interestaduais, mas a infração contempla as transferências de cimento promovidas do estabelecimento fabril da autuada, localizado em Sergipe, para o estabelecimento da Bahia, ora fiscalizado, em que não houve cobrança de ICMS por substituição tributária.

Foi determinada a realização de diligência, por auditor estranho ao feito, para que fosse analisada a escrita fiscal do contribuinte a fim de se verificar se efetivamente houve o estorno dos créditos tomados a maior por parte do sujeito passivo, conforme foi informado na peça de defesa.

Em resposta o revisor fiscal assim se manifestou à fl. 226: *“Constatamos que não houve o estorno dos créditos tomados a maior por parte do sujeito passivo alegado na sua defesa. Aliás, a própria defesa se contradiz ao dizer que efetuou o estorno e, ao mesmo tempo, informar que o crédito devido seria realmente 17% e não 12%. Sendo assim, para esta infração constatamos a total correção no lançamento de ofício efetuado pelo autuante”.*

O contribuinte na Manifestação acostada às fls. 230/243 em relação à infração 05 reiterou pedido de perícia para o devido esclarecimento das alegações defensivas.

Na infração 05 o contribuinte também não trouxe ao processo nas duas fases em que se operou o contraditório, ou seja, por ocasião da defesa e após a diligência, elementos probatórios que pudessem elidir a acusação fiscal. Limitou-se a pedir a realização de nova diligência.

Aplica-se igualmente a essa situação o disposto no art. 143 do RPAF/99 que estabelece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação. É ônus do sujeito passivo provar o fato modificativo ou extintivo da obrigação por ele alegado.

Mantida a infração 05, no valor principal de R\$ 325.256,58.

No tocante às penalidades aplicadas, no percentual de 60%, encontra-se o mesmo previsto na legislação do ICMS, em dispositivos contidos na Lei nº 7.014/96, citados no A.I., sendo vedado ao órgão administrativo de julgamento deixar de aplicar norma vigente no ordenamento ao argumento da excessividade ou confiscatoriedade do gravame. Incide sobre o caso as disposições do art. 167, incs. I e III, do RPAF/99.

Considerando o acima exposto nosso voto é pela TOTAL PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279694.0302/11-0**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.085.108,94**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 879.375,11 e de 70% sobre R\$ 205.733,83, previstas no art. 42, inciso II, letras “a” e “e”, VII, letra “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 22 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR