

PROCESSO - A. I. Nº 279694.0302/11-0
RECORRENTE - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A. (CIMENTO NASSAU)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0057-05/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/08/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0216-11/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR DO CRÉDITO APURADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração elidida pelo contribuinte, vez que restou comprovado o pagamento do imposto na origem. Adoção do entendimento da diligência fiscal. 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. 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 CONTRIBUÍNTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. O ICMS-ST foi recolhido pelo estabelecimento remetente, aos cofres do Estado da Bahia, encerrando todas as fases de tributação nas operações subsequentes e não cabe a exigência do ICMS normal nas operações de saída da mercadoria do estabelecimento 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. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, composto de 05 (cinco) infrações, o qual exige ICMS no valor principal de R\$ 1.085.108,94 pelo cometimento das 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).

Após a devida instrução processual, a referida junta entendeu pela total Procedência da autuação nos seguintes fundamentos abaixo transcritos:

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 subsequentes 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 subsequentes 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 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.

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 contraditasse 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.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da Decisão de piso.

Após tecer um breve relato dos fatos, o Recorrente apresenta a tempestividade da peça recursal como preliminar.

Ademais, adentra as questões de mérito.

Quanto à infração 1, informa que o tributo foi devidamente pago na origem, não havendo que se falar em nova tributação em seu desfavor, como demonstrado na impugnação e reconhecido pelo fisco.

Salienta que sempre observou a legislação mais adequada para recolher os seus tributos, tanto com relação às hipóteses de incidência quanto no que se refere à base de cálculo.

Assim, suscita pela consideração do Parecer do Auditor Fiscal em relação a essa infração, visto que o tributo foi pago na origem.

Em relação à infração 2, informa que, conforme descrição do auditor, não teria havido o devido recolhimento do tributo nas operações descritas acima.

Demonstra que a infração descrita deve ser avaliada por três ângulos para que reste demonstrada sua inviabilidade:

1. A autuação foi lavrada com base apenas nos arquivos magnéticos da autuada, que apresentavam erros quantitativos quanto aos produtos indicados, que pode ser sanado com a análise dos livros de saída e entrada, já juntados.
2. Na hipótese de a infração ter ocorrido da forma descrita, ocorreu presunção de valores das mercadorias para o lançamento do tributo, onde os valores apresentados decorreram de mero arbitramento do fisco.
3. Não bastasse, a requerente detém créditos suficientes para a cobertura das operações, onde o valor que a Fazenda entende devido poderia ser descontado sem qualquer problema, não havendo que se falar em prejuízo para a Fazenda.

Assim, requer diligência com auxílio de um expert para que possa descortinar o tema sob discussão, bem como prova pericial para demonstrar cabalmente a lisura dos procedimentos realizados pela autuada e a inexistência de qualquer saldo de ICMS devido.

No pertinente às infrações 3 e 4, informa que foi autuada em razão da pretensa ausência de retenção e recolhimento de ICMS na qualidade de sujeito passivo por Substituição Tributária (ST), relativo às operações subsequentes, no período de 2008 a 2009, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Esclarece que ocorreu um equívoco quando da apuração pelo Fisco Estadual, vez que ICMS é um tributo gerado a partir da circulação de mercadorias, tendo a Constituição Federal autorizado o legislador, em concretização ao Princípio da Praticabilidade Tributária, a instituir a figura da responsabilidade tributária “para frente”, de modo a criar um fato gerador presumido relativo a situações ainda não ocorridas, antecipando-se, assim, o recolhimento do tributo devido por toda a cadeia para o início da operação.

Dessa forma, afirma que o tributo já foi recolhido por antecipação (ST), e a sua exigência não merece prosperar, até porque a maior parte das suas aquisições provém da sua matriz industrial.

Aduz que o ICMS-ST incidente na operação de circulação de itens adquiridos pela Recorrente são devidos e recolhidos pelo primeiro “elo” da cadeia de circulação, ou seja, por aqueles que venderam as mercadorias à então impugnante, e cobrar o pagamento novamente por esta seria incorrer em bitributação, contrariando normas de cunho constitucional. Cita o art. 356 do Protocolo ICMS 11/85, o qual afasta a possibilidade de nova exigência do ICMS-ST.

Desta maneira, não merece prosperar o entendimento da autoridade administrativa, alegando ser

a Recorrente responsável pelo pagamento do ICMS supramencionado, quando na verdade, restou demonstrada a inadequação deste pagamento.

No que tange à infração 5, afirma ser imprescindível a realização de perícia técnica para o esclarecimento da infração, a qual entende ser improcedente. Inclusive indaga: como pode ser autuada a impugnante por estas supostas infrações, sem que seja analisado o seu livro de registros?

Na sequência, reitera a necessidade de realização de perícia técnica no que tange à prova de que o preço de transferência praticado pela Requerente é composto exclusivamente de custos oriundos do seu processo industrial.

Alega a cobrança de multa com caráter confiscatório e sua afronta às garantias constitucionais.

Por fim, requer a improcedência in totum do presente Auto de Infração, bem como seja deferida a realização da perícia inúmeras vezes suplicada.

Ademais, suscita a sustentação oral na sessão de julgamento do presente Recurso Voluntário e, de acordo com o Princípio da eventualidade, se mantida a autuação, seja afastada a desarrazoada, desproporcional e confiscatória multa aplicada.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS emitiu Parecer da lavra do i. Procurador Dr. Raimundo Luiz Andrade, entendendo pelo improvimento do Recurso Voluntário, vez que *”o recorrente teve acesso aos demonstrativos fiscais, e o método utilizado pelo fiscal está amparado na legislação do ICMS e nas disposições legais tributárias, norma de caráter procedimental e interpretativo, ou seja, teve o recorrente todo o manancial de informações suficientes para uma impugnação amíúde e específica, não o fazendo persistindo numa defesa e recurso, ora já enfrentada pela junta de julgamento e assim decidido. Assim, não possui nenhum logica a tese em que requer a improcedência in totum do auto de infração...”*.

O precitado Parecer foi acolhido pela Procuradora Assistente Dra. Rosana Passos em Despacho proferido em 16/03/2017.

VOTO

Ab initio, indefiro o pedido renovado de diligência e perícia técnica formulada pela Recorrente, visto que o presente Processo Administrativo Fiscal encontra-se devidamente instruído e apto para julgamento, conforme determina o art. 147, I, ‘b’ do RPAF/99 c/c o art. 153 do mesmo Regulamento.

Foi realizada diligência junto à INFAZ de origem por fiscal estranho ao feito (fls. 213 e 214), objetivando confrontar os pontos trazidos na defesa inicial com a informação fiscal. Em Parecer apresentado, o fiscal diligente entendeu pela manutenção das infrações 2, 3, 4 e 5 nos moldes da autuação, divergindo tão somente da infração 1, a qual entendeu ser improcedente, visto que o imposto foi pago na origem.

Tal fato só robustece a falta de necessidade de nova realização de diligência no presente caso, vez que todos os elementos e fundamentos foram saneados e apreciados pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual entendeu pela Procedência do Auto de Infração em sua integralidade.

Passemos então à análise do Recurso Voluntário, sendo objeto de apreciação todas as infrações da autuação.

Trata a infração 1 de falta de recolhimento de ICMS pela prática de operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas nos períodos de janeiro de 2008 a abril de 2009, em relação aos produtos: *cimento irajazinho 1 kg – revenda e cimento CPB 40/ESTRUT – 25 kg – revenda*.

A empresa autuada (atacadista) recebe da sua unidade fabril localizada em Sergipe o produto Cimento, o qual sofre tributação de ICMS na origem.

Ocorre que, conforme alegado pelo autuante e acatado pelo julgador de primeira instância, deve ser aplicado o art. 355, I, c/c art. 356, II ambos do RICMS/97, vigentes à época dos fatos. O fiscal diligente não considerou a legislação anterior ao determinar a improcedência da infração, considerando apenas o pagamento do imposto na origem.

O entendimento defendido na legislação anterior era que, na aquisição de mercadorias cuja antecipação já havia ocorrido, o contribuinte deveria utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação normal como o imposto retido ou antecipado, obrigando-se a efetuar o pagamento do ICMS normal e efetuar a antecipação do imposto nas operações internas subsequentes com aquelas mercadorias, como forma de uniformizar o tratamento fiscal.

Em que pese a boa fundamentação do julgador de Primeira Instância, há que se destacar que, comprovadamente, o imposto foi pago na origem, não havendo dano/prejuízo ao Erário público.

Assim, cobrar do Contribuinte algo que já foi pago, seria, no mínimo, incorrer em *bis in idem*.

Ademais, estar-se-ia o Fisco baiano locupletando-se ilicitamente de imposto já devidamente pago na origem, não havendo que se falar em nova tributação em desfavor do recorrente.

Por questão de justiça fiscal, acompanho a diligência fiscal e entendo pela improcedência da infração 1.

Quanto às infrações 2 (omissão de saída em levantamento quantitativo de estoque – regime fechado) e 3 (parcelas do ICMS-ST das omissões apuradas), correlatas entre si, informou o fiscal autuante que o Levantamento Fiscal Quantitativo por Espécie de Mercadorias foi 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.

O fiscal diligente concordou com os demonstrativos elaborados, visto que não foram verificados os equívocos nem as distorções apontadas pela então Recorrente.

As alegações recursais apontam como causa da inviabilidade da infração 2: a) erros quantitativos nos arquivos magnéticos quanto aos produtos indicados; b) ocorrência de presunção de valores das mercadorias para o lançamento do tributo, incorrendo o Fisco em arbitramento e c) os créditos da Recorrente são suficientes para a cobertura das operações, não existindo prejuízo ao Fisco.

Ocorre que foram utilizados valores informados pelo próprio Contribuinte, vez que foram consideradas as notas e livros fiscais entregues pela empresa autuada, restando fragilizada as alegações da Recorrente, que somente repisam as mesmas argumentações da defesa inicial, sem embasamento em documentos probantes capazes de alterar o entendimento aqui adotado.

Deste modo, mantêm-se as infrações 2 e 3.

Quanto à infração 04, a qual se refere a antecipação do ICMS na qualidade de sujeito passivo por ST, o autuante aponta dois casos em que se enquadram as mercadorias autuadas:

- a) mercadorias oriundas de MG em que o autuado, nas suas aquisições creditou-se das duas parcelas (ICMS normal e ICMS ST), sendo que o ICMS normal foi lançado na infração 1;
- b) mercadorias adquiridas pela autuada através da transferência da sua unidade fabril localizada em Sergipe, sendo que nessas operações de transferência a remetente de Sergipe não fez a retenção do ICMS ST por força do parágrafo único da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 11/85.

Em relação ao item a, como já nos debruçamos sobre o ICMS na infração 1, aproveito os argumentados ali defendidos para derrubar a cobrança em relação ao ICMS ST, vez que o imposto já foi devidamente pago na origem.

Observo que como fundamentado na apreciação das razões de mérito da infração 1, o ICMS-ST foi recolhido pelo estabelecimento remetente, aos cofres do Estado da Bahia, encerrando todas as fases de tributação nas operações subsequentes e não cabe a exigência do ICMS normal nas operações de saída da mercadoria do estabelecimento autuado.

Da mesma forma, com relação ao produto cimento irajazinho – 1 KG, originário do Estado de Sergipe, tendo apreciado no mérito da infração 1, que o recolhimento do ICMS-ST promovido pelo estabelecimento remetente encerra a tributação nas operações subsequentes, não é cabível exigir ICMS-ST nesta infração, relativo às operações de comercialização do mesmo produto.

Assim, resta improcedente a infração 4.

No pertinente a infração 5, a qual trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, informa a autoridade fiscalizadora que o Recorrente creditou-se utilizando a alíquota de 17% em algumas notas fiscais oriundas de Sergipe, quando deveria fazê-lo utilizando a alíquota de 12%.

Em suas razões recursais, aduz tão somente que tal infração não pode prosperar sem a análise do seu livro registro, sendo imprescindível a realização de perícia.

Ora, as GNRE acostadas são suficientes para a apuração da alíquota utilizada, a qual deve estar em conformidade com o permitido na legislação fiscal.

Assim, foi constatado que em algumas notas fiscais, ao invés da alíquota de 12%, constava a alíquota de 17%, as quais foram autuadas.

O revisor fiscal manteve a autuação, apontando 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*”.

Deste modo, não tendo a recorrente se insurgido objetivamente sobre a infração, e em conformidade com os documentos e instrução do processo, inegável a procedência da infração 5, tendo a recorrente incorrido em creditamento indevido.

Quanto à alegação de multa confiscatória e sua afronta às garantias constitucionais, este Órgão Julgador não tem competência para analisar a constitucionalidade da multa aplicada.

Por fim, diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, entendendo pela improcedência das infrações 1 e 4, mantendo inalterada as infrações 2, 3 e 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279694.0302/11-0**, 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\$570.659,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$364.925,81 e 70% sobre R\$205.733,84, previstas no art. 42, incisos II, “e”, III, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de Julho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS