

**PROCESSO** - A. I. Nº 293872.0005/18-9  
**RECORRENTE** - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0089-02/19  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 05/12/2019

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0291-11/19

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS EM RAZÃO DE APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. As saídas de mercadorias destinadas a empresas de construção civil, a partir de 01/01/16, pela vigência do Decreto nº 16.434/15, que extingue o Regime Simplificado de Tributação para empresas de construção civil e veda a inscrição das mesmas no cadastro de contribuintes do ICMS, devem ser tributadas normalmente como se destinadas a não contribuintes do imposto. A empresa destinatária não gozava da isenção prevista no art. 264, inciso LIV do RICMS/2012 – Convênio ICMS 94/2012. As alegações do sujeito passivo não se fizeram acompanhar de provas que atestassem as ocorrências citadas na peça defensiva. Mantida a infração. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL. Infração caracterizada. b) FALTA DE RETENÇÃO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. A lei atribui ao estabelecimento autuado a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de diligência e perícia técnica. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 2ª JJF em 08/05/2019 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$832.798,24, em decorrência do cometimento de três infrações.

**Infração 01.** – *Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

*Foi constatado que a empresa efetuou vendas de mercadorias com alíquotas de ICMS de “0%” quando o correto seria “17%” e “18%”. O artigo 484 do Decreto 16.434/2015 alterou o RICMS/BA vedando a inscrição de empresas de construção civil no Cadastro de Contribuintes do estado da Bahia. A partir de 01/01/2016, com*

a exclusão e descredenciamento na SEFAZ, as empresas destinatárias das mercadorias autuadas não mais possuíam a condição de fruição do benefício da isenção previsto no artigo 264, inciso LIV do RICMS/BA, conforme textos legais anexos. (RV).

**Data da Ocorrência:** Entre 31/01/2016 e 31/05/2017. **Valor:** R\$ 722.187,74.

**Infração 02.** – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Infração demonstrada no ANEXO deste Processo Administrativo Fiscal. Foi anexado ao Auto de Infração e também fornecido ao contribuinte um CD AUTENTICADO, contendo os relatórios gerados nesta infração, em função do grande volume de registros. (RV).

**Data da Ocorrência** Entre 31/12/2015 e 31/12/2017. **Valor:** R\$ 85.479,30.

**Infração 03.** – Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado.

Infração demonstrada no ANEXO deste PAF. Foi anexado ao Auto de Infração e também fornecido ao contribuinte um CD AUTENTICADO, contendo os relatórios gerados nesta infração, em função do grande volume de registros. (RV).

**Data da Ocorrência** Entre 31/12/2015 e 31/12/2017. **Valor:** R\$ 25.131,20.

O Autuado apresentou defesa administrativa face ao Auto de Infração em epígrafe (fls. 155/170), pugnando pela improcedência total do Auto de Infração.

O Autuante apresentou informação fiscal face à defesa do contribuinte (fls. 190/192), rebatendo seus argumentos, de modo que requereu fosse o Auto de Infração em epígrafe, julgado totalmente procedente.

A instrução foi concluída e os autos remetidos para apreciação pela 2ª JF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nos seguintes termos:

*“O auto de infração em discussão foi lavrado para exigir ICMS em razão da constatação de três infrações.*

*A primeira por recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, a segunda pela falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, e a última pela falta de retenção e o consequente 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 consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, ambas apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.*

*Inicialmente, verifico que o lançamento foi realizado em estrita observância às normas legais e regulamentares. A descrição da infração se apresenta clara, tendo o autuante relatado de forma detalhada os fatos que ocasionaram a infração.*

*É possível se determinar com precisão a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário em consonância com o que determina o art. 142 do CTN.*

*O sujeito passivo recebeu cópia do auto de infração, do demonstrativo de débito, dos levantamentos, inclusive gravados em mídia digital, conforme recibo às fls. 151 e 152, entregues via Aviso de Recebimento dos Correios – AR, fl. 153, o que permitiu o pleno exercício do direito de ampla defesa e do contraditório, fato comprovado pela impugnação apresentada abordando todos os pontos da autuação.*

*Portanto, inexistente qualquer vício ou falha que contamine de nulidade o auto de infração, assim como a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.*

*Rejeito preliminarmente o pedido de realização de diligência por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo, consoante art. 147, inc. I, do RPAF/99. Ademais, se deferido o pedido, a diligência se destinaria a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse da autuada, cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ela juntada aos autos.*

*Saliento, ainda, que o contribuinte não trouxe aos autos nenhum documento ou prova que, de forma ainda que diminuta, pudesse convencer este órgão julgador da necessidade de realização de diligência.*

*De igual forma, indefiro o pedido de perícia técnica formulado pela autuada por não encontrar respaldo do RPAF/99, conforme as regras estabelecidas no inc. II do art. 147, ou seja, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos e são desnecessárias em vista de outras provas produzidas.*

*Ressalto que o argumento apresentado pela defesa para justificar o pedido de diligência e perícia técnica contido na afirmação de que “No bojo de um processo administrativo, não há espaço para a análise de livros fiscais.” por trata-se “...de centenas e centenas de páginas com milhares de lançamentos contábeis, os quais somente uma perícia poderia atestar a idoneidade.”, não tem sustentação, face a sistemática adotada atualmente nos procedimentos de auditoria fiscal e exames de registros e documentos fiscais que ocorrem com base exclusivamente em dados digitais, viabilizada pelo emprego maciço de tecnologia da informação com a utilização de programas e softwares, que permitem o exame de centenas de milhares de registros fiscais e contábeis de forma rápida, segura e eficaz.*

*Na infração 01, o ICMS foi lançado em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, consoante o demonstrativo impresso às fls. 13 a 32 e em meio magnético, entregues ao contribuinte, conforme fl. 09, que reputo se tratar de prova inconteste da acusação, contrariando o argumento da defesa de que a infração carece de provas, pois elas estão claramente expostas e demonstradas.*

*O levantamento que serve de base para o lançamento, fls. 14 a 32 contempla as operações realizadas pela autuada relativas a vendas de mercadorias tributáveis destinadas a uma única empresa com atividade econômica 42.12000 - CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE ARTE ESPECIAIS, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o nº 61.522.512/0055-03 e razão social CONSTRUÇÕES E COMERCIO CAMARGO CORREA S/A.*

*Assim, na infração 01, foram arroladas as operações de vendas de mercadorias tributáveis, realizadas pela autuada com isenção do imposto, em afronta a legislação.*

*As pessoas jurídicas com atividades econômicas de construção civil, até 31/12/2015, estavam autorizadas a se inscreverem no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição NORMAL, considerada como tal, aquelas que se encontravam inscrita em um dos códigos de atividade econômica – CNAE, compreendidos nas classes das divisões 41 a 43, conforme art. 485 do RICMS/2012.*

*O Decreto nº 16.434, de 26/11/15, com efeitos a partir de 01/01/16, alterou o Capítulo XLIX do RICMS/2012, extinguindo o regime simplificado de tributação para empresas de construção civil e vedando a inscrição das mesmas no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, passando o art. 484, a ter a redação reproduzida a seguir.*

*Art. 484. Fica vedada a inscrição de empresas de construção civil no Cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, ainda que declare alguma atividade secundária sujeita ao ICMS.*

*§1º A empresa de construção civil que comprovar exercer alguma atividade secundária sujeita ao ICMS deverá constituir estabelecimento filial exclusivamente com essa atividade, com CNPJ próprio, a fim de obter a inscrição no Cadastro de contribuintes do ICMS, podendo ser localizada no mesmo endereço onde realiza as atividades sujeitas ao ISS.*

*§2º A empresa de construção civil que adquirir mercadoria de terceiro poderá autorizar o fornecedor a remetê-la diretamente para a obra, desde que no documento conste a indicação expressa do local, dentro do Estado, onde será entregue a mercadoria.*

*Desta forma, a partir de 01/01/16, o tratamento tributário atribuído às empresas de construção civil nas operações mercantis, passou a ser o mesmo dado a não contribuintes do ICMS com as alíquotas aplicáveis a cada caso.*

*Consta nos autos, à fl. 36, cópia do Parecer nº 8465/2016, emitido pela Secretaria da Fazenda, em resposta ao requerimento da empresa destinatária das mercadorias, negando o pedido de reconhecimento da condição de contribuinte do ICMS.*

*O pedido foi indeferido em 07/04/2016, cujo parecer foi disponibilizado no Sistema de Pareceres Tributários – CPT, cuja ementa segue reproduzida.*

*Pedido de reconhecimento da condição de contribuinte do ICMS. Impossibilidade. Alteração do dispositivo regulamentar - Dec. 16.434/2015 - veda a inscrição de empresa de construção civil no cadastro de contribuintes do Estado. Pelo INDEFERIMENTO na forma do parecer.*

*Justificando o indeferimento, a Secretaria da Fazenda explica a razão, assim como as consequências da decisão.*

*“Construções e Comércio Camargo Correa S/A, CNPJ/MF de n.º 61.522.512/005-03, anteriormente inscrita no cadastro de contribuinte deste Estado sob n.º 120.729.234, agora na situação baixado, requer, por seus procuradores, o reconhecimento da sua condição de contribuinte de ICMS neste Estado, petição inicial deste.*

*Posteriormente, em requerimento adicional, processo SIPRO 041.262/2016-3, folha 37 deste, retifica o pedido solicitando que “seja autorizada a manutenção do benefício de suspensão do ICMS” anteriormente concedido.*

*O Decreto 16.434/2015 alterou o RICMS/BA, em especial o artigo 484, que passa a ter a seguinte redação: “Art. 484. Fica vedada a inscrição de empresas de construção civil no Cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia.”. Tal alteração retira a empresa requerente do universo de contribuintes do Estado da Bahia. Ver folhas 38 a 40 em anexo.*

*A condição de contribuinte não mais existe. A situação jurídica do requerente não é mais a mesma de quando do exame dos processos 215.212/2014-0 e 194.478/2018-8 aqui por ele citados. Com a sua exclusão do cadastro de contribuinte por força da aplicação de dispositivo regulamentar fica ausente a condição de fruição dos benefícios previstos no artigo 264, inciso LIV, aqui pretendido pelo requerente.”*

*Não por acaso, ao mesmo pedido, foi adicionado outro requerimento no sentido de que “seja autorizada a manutenção do benefício de suspensão do ICMS”, anteriormente concedido. Pleito, também indeferido.*

*A pretendida “suspensão do ICMS” trata-se do benefício fiscal de isenção, previsto para as operações que destinavam mercadorias a empresa inscritas no cadastro de contribuintes, na forma do art. 264, inciso LIV do RICMS/2012, cujo teor transcrevo.*

*Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*(...)*

*LIV - as operações internas e interestaduais, bem como as aquisições interestaduais relativamente ao diferencial de alíquotas, com bens e mercadorias destinados a sistemas de trens urbanos e metropolitanos (metrô) e demais redes de transportes públicos sobre trilhos de passageiros, sendo que (Conv. ICMS 94/12):*

- a) o disposto neste inciso aplica-se na importação de produtos sem similar produzidos no País, cuja inexistência de similaridade seja atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo de máquinas e equipamentos, com abrangência em todo o território nacional;*
- b) a fruição do benefício de que trata este inciso fica condicionada:*
  - 1 - à comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação das redes de transportes públicos de passageiros sobre trilhos;*
  - 2 - a que o destinatário localizado no Estado da Bahia esteja credenciado pelo titular da Diretoria de Administração Tributária da região do seu domicílio fiscal;*

*A autuada, ao realizar vendas de mercadorias a uma empresa de construção civil que gozava da isenção do ICMS, prevista no art. 264, inciso LIV do RICMS/2012, Convênio ICMS 94/2012, mesmo em data posterior a 31/12/2015, continuou a aplicar o benefício do qual a destinatária não mais podia usufruir, tendo esta última, conhecimento do fato em razão do indeferimento do pedido já mencionado.*

*Cabe ressaltar, que a empresa adquirente perdeu tal condição de isenção, em função da mencionada alteração do RICMS/2012, pois, para o usufruto do benefício fiscal, as empresas deveriam estar credenciadas pelo titular da Diretoria de Administração Tributária da região do seu domicílio fiscal, consoante item 2, alínea “b” do inc. LIV do art. 264.*

*Destaco que a autuada não trouxe aos autos provas ou documentos capazes de elidir a infração, restando a seus argumentos contestar a acusação por falta de provas e que “...faz-se necessária uma análise aos livros fiscais da empresa, no intuito de comprovar que não cabe esta autuação fiscal, posto que os erros existentes já foram sanados no mesmo período...” (grifei).*

*O destacado argumento defensivo, com fulcro da necessidade do Fisco promover as provas que sustentem a acusação, conforme se depreende, se encontram em posse da autuada, pois tratam-se dos registros da Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitidas pelo próprio contribuinte.*

*Resta concluir que a destinatária das mercadorias não estando, à época da ocorrência dos fatos geradores, inscrita no Cadastro de Contribuintes, tampouco gozando do benefício de isenção do ICMS previsto no art. 264, inc. LIV do RICMS/2012, por não preencher o requisito exigido no item 2 da alínea “b” do citado dispositivo regulamentar, não poderia a autuada promover venda de mercadorias tributáveis com isenção do ICMS.*

*Ressalto que a autuada, tendo a oportunidade de demonstrar possíveis equívocos da fiscalização, não trouxe aos autos nenhum elemento, documento ou fato que elidisse a acusação.*

*As operações alcançadas pela autuação não foram tributadas como determina a legislação, portanto, a infração 01 exige o crédito tributário decorrente dessas operações conforme constam nos documentos emitidos pela autuada e constantes na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD.*

*Pelo exposto, voto pela subsistência da infração 01.*

*Quanto as infrações 02 e 03, a autuação exige o ICMS, normal e por substituição tributária, pela constatação, em levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, de saídas de mercadorias sem documentação fiscal.*

*A autuada alegou em sua defesa que “...a suposta ausência de escrituração decorre, tão somente, de erro contábil, pois as notas fiscais de entrada nº 807474, 807525, 807552 e 807568 escrituradas em 2016, se referem a movimentação no estoque que ocorreu em 2015...” apresentando a título de amostragem telas de seus registros. Justifica que “...ocorreu é que houve o registro de mercadorias que ainda se encontravam em trânsito, visto que foram contabilizadas no estoque em momento diverso daquele que efetivamente ocorreram as entradas, daí a diferença apontada...”.*

*O levantamento de estoques foi realizado em relação as mercadorias: CIMENTO CP II-Z-32-POTY- 50KG, CIMENTO CP II-Z-32 RS-POTY-50KG, CIMENTO CP II-F 32-GRANEL, ARGAMASSA CERÂMICA EXTERNA (ACII) – 20 KG, ARGAMASSA PASTILHAS – 5KG e ARGAMASSA BLOCOS DE VIDRO – 5KG conforme levantamentos apensos aos autos às fls. 43 a 145 e gravados em mídia digital à fl. 42, cujos dados foram extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitida pelo próprio contribuinte.*

*O autuante demonstra em relação a cada item nos levantamentos todas as entradas, todas as saídas e os dados registrados no Livro de Inventário nos exercícios de 2015, 2016 e 2017.*

*Do exame dos autos, constato que carece de prova o argumento da autuada, de que os estoques foram considerados em duplicidade, pelo fato da entrada das mercadorias terem sido supostamente lançadas em seu sistema de estoques no mesmo momento em que a saída foi efetuada no estabelecimento remetente, conquanto, as notas fiscais de entradas tenham sido escrituradas no livro de entradas apenas no exercício seguinte.*

*É cediço que o levantamento quantitativo de estoque é o resultado de uma equação matemática com base nas notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias, bem como das quantidades consignadas no livro Registro de Inventário do exercício anterior, estoque inicial e do final do exercício o estoque final objeto do levantamento, ou seja, estoque inicial, mais entradas, menos as saídas, igual ao estoque final (Estoque Inicial + Entradas – Saídas = Estoque Final).*

*Considerado que a autuada alega na impugnação “que ocorreu é que houve o registro de mercadorias que ainda se encontravam em trânsito, visto que foram contabilizadas no estoque em momento diverso daquele que efetivamente ocorreram as entradas, daí a diferença apontada” e que “Nesse sentido, nota-se que houve apenas mera irregularidade na apuração do estoque, decorrente de erro material”, cabe destacar o que preceitua RICMS/2012 acerca da matéria.*

*O RICMS/2012, em seu artigo 225, estabelece as regras para a escrituração do livro Registro de Inventário, in verbis.*

*Art. 225. O livro Registro de Inventário, modelo 7, destina-se a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento na data do balanço (Conv. S/Nº, de 15/12/70).*

*(...)*

*§ 2º No livro referido neste artigo, serão também arrolados, separadamente:*

*I - as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem e os produtos manufaturados pertencentes ao estabelecimento, em poder de terceiros;*

*II- as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação, de terceiros, em poder do estabelecimento.*

*(...)*

*§ 4º Os lançamentos serão feitos nas colunas próprias, da seguinte forma:*

*(...)*

*III - coluna “Quantidade”: quantidade em estoque na data do balanço; (...)*

*§ 7º A escrituração deverá ser efetuada dentro de 60 dias, contados da data do balanço referido no caput deste artigo ou, no caso do § 6º, do último dia do ano civil.*

*Da leitura dos dispositivos transcritos, resta concluir que os quantitativos lançados no livro de inventário deverão ser aqueles existentes na data do balanço ou no último dia do ano civil.*

*Logo, de forma correta, o autuante considerou no levantamento a quantidade dos produtos lançados no livro Registro de Inventário, como os existentes no estoque físico, consoante prevê a legislação.*

*Os registros constantes do livro Registro de Inventário, atestam um retrato estanque, no momento do balanço do estoque do contribuinte, não sendo admissível, tampouco possível, registrar a existência de algo através da escrituração que ainda não existe no estoque físico. Este fato seria possível se o contribuinte procedesse a escrituração de tais itens, conforme previsto no RICMS/2012, ou seja, separadamente as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem e os produtos manufaturados pertencentes ao estabelecimento, em poder de terceiros ou de terceiros, em poder do estabelecimento, o que não ocorreu.*

*Desta forma, a autuada, com os argumentos apresentados não logrou êxito em explicar e nem comprovar as diferenças apuradas em seu estoque, como no caso concreto de omissões de saídas, sendo inócua a realização de perícia ou de diligência, cujas explicações nem o próprio sujeito passivo as possui.*

*Verifico que o autuante, nos levantamentos, observou as diretrizes estribadas na Portaria nº 445/98, constatando a omissão de saídas mediante roteiro de auditoria aplicado a um determinado período, para cada item examinado, identificado pelo código próprio de referência, ao adicionar a quantidade do estoque inicial com a quantidade das entradas no exercício com notas fiscais e, do resultado apurado, subtrair a quantidade do estoque final existente, declarado pelo contribuinte no Registro de Inventário na sua EFD, determina a efetiva quantidade de saídas dessa mercadoria no período fiscalizado.*

*Para o exame da regularidade das operações e confirmação da efetiva quantidade de saídas dessa mercadorias é comparada com a quantidade de saídas com notas fiscais, no mesmo exercício, apurando-se a diferença quantitativa de saída ou de entrada sem nota fiscal da mercadoria examinada, a qual foi identificada conforme apurado no levantamento fiscal, sendo exigido ao sujeito passivo, o imposto não recolhido, por se ter apurado omissão de saída de mercadorias sujeitas ao regime de tributação normal – infração 02 e as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária – infração 03, conforme demonstrativo às fls. 43 a 145 dos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte.*

*Constato que o autuante demonstra o valor da base de cálculo, conforme previsto no art. 23-B da Lei nº 7.014/96 e art. 5º da Portaria 445/98.*

*Registro que a autuada já figurou como parte em outros Processos Administrativos Fiscais, sobre a mesma matéria, julgados procedentes e mantidos pelas Câmaras em julgamento de recurso voluntários, conforme Acórdão JJF nº 0005-05/12, decisão mantida na 1ª Câmara de Julgamento*

*Fiscal - Acórdão CJF nº 0261-11/13; Acórdão JJF nº 0015-06/16, decisão mantida na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal - Acórdão CJF nº 0211-11/16, Acórdão JJF nº 0144-04/16, decisão mantida na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal Acórdão CJF nº 0010-11/18 e Acórdão JJF nº 0212-04/13, decisão mantida na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal Acórdão CJF nº 0345-12/14.*

*Conforme já demonstrado o argumento trazido aos autos pela autuada não servem de justificativa ou prova capaz de elidir a acusação fiscal, sendo subsistentes as infrações 02 e 03.*

*Quanto a alegação defensiva do caráter confiscatório das multas, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista na Lei nº 7.014/96.*

*Assim sendo, não há que se falar em multa confiscatória quando aplicada com base em dispositivo legal vigente, e no presente caso, a multa foi aplicada corretamente, pois está em perfeita sintonia com o fato apurado.*

*Quanto ao pedido de redução das multas ao patamar de 10%, indefiro em virtude de carecer esse órgão julgador de competência legal para o atendimento, haja vista que o art. 158 do RPAF/99 somente podem reduzir ou cancelar multas por descumprimento de obrigações acessórias, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.*

*Quanto as alegações de inconstitucionalidade das multas, não devem ser apreciadas face as disposições do art. 125, inc. I do Código Tributário do Estado da Bahia – Lei nº 3.956/81 e art. 167, inc. I do RPAF/99, segundo a qual não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.*

*Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.*

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 219/236)**, sem juntada de documentos e sem preliminares, com base nas seguintes alegações:

a) Com relação à Infração 01, aduz que a Autoridade Fazendária não forneceu elementos

probatórios suficientes a caracterizar a infração imputada contra si, e que o ônus da prova é de quem alega, bem como que na ausência de elementos capazes de sustentar a infração, deverá ser observado o disposto no art. 112 do CTN, que estabelece que a interpretação da legislação tributária deve ser sempre mais favorável ao contribuinte, quando houver várias conclusões jurídicas aplicáveis sobre o fato;

- b) Além disso, afirmou que se faz necessário analisar aos livros fiscais da empresa, no intuito de comprovar que não cabe esta autuação fiscal, posto que os erros existentes já foram sanados no mesmo período, não devendo a empresa valores a título de ICMS ao Fisco, razão pela qual reitera o pedido de diligência;
- c) Com relação às Infrações 02 e 03, pontuou que a suposta ausência de escrituração decorre, tão somente, de erro contábil, pois as notas fiscais nº 807474, 807525, 807552, 807568, escrituradas em 2016, se referem a movimentação no estoque que ocorreu em 2015. A mesma situação ocorreu com relação aos materiais Arga pastilhas e Arga blocos, cujas notas emitidas em 2016, porém a movimentação no estoque ocorreu em 2015, tendo apresentado tela do sistema interno da empresa, com indicação de notas selecionadas por amostragem;
- d) Com relação ao material 6054227, ponderou que houve entrada de estoque lançada em 2016, porém o valor foi estornado em 2017. Igualmente, acostou tela do sistema interno, com indicação de notas por amostragem;
- e) Dessa forma, afirmou que, diferentemente do quanto apontado na autuação, não houve qualquer mercadoria comercializada sem o correspondente documento fiscal ou sem a respectiva escrituração, de modo que requereu que o Recurso Voluntário seja julgado procedente, extinguindo as infrações 02 e 03 em sua totalidade;
- f) Requereu, com base no princípio da verdade material, que seja deferido pedido de realização de perícia técnica também com relação à estas infrações;
- g) Por fim, alegou que, em sendo mantidas as infrações, necessário reconhecer que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, uma vez que foram determinadas nos percentuais de 60 % e 100%, a depender da infração, e assim, pleiteou a correção dos referidos percentuais, sendo alterados para o patamar de 10%.

Posteriormente, os autos foram distribuídos para esta 1ª CJF, com o objetivo de ser apreciado o Recurso Voluntário.

## VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao contribuinte o cometimento de três infrações, todas resultando na falta de recolhimento do ICMS ou o seu recolhimento a menor.

A Infração 01 se refere ao recolhimento a menor do ICMS, em razão do contribuinte ter aplicado a alíquota de 0% nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, quando deveria ter utilizado a alíquota de 17% ou 18%, a depender do período do fato gerador, conforme determinado na legislação.

Por sua vez, as Infrações 02 e 03 tratam, respectivamente, de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem a emissão e escrituração de documentos fiscais e da falta de retenção e o consequente 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 e escrituração de documentos fiscais, tendo ambas sido apuradas por meio da técnica do levantamento quantitativo de estoques.

Não tendo havido Recurso de Ofício e não havendo preliminares no Recurso Voluntário, passo a analisar o mérito deste último.

Com relação à Infração 01, o Recorrente alega na sua peça recursal que a Fiscalização não teria

fornecido documentos suficientes a caracterizar a infração imputada e que, portanto, haveria dúvida quanto ao cometimento da conduta descrita no tipo, de modo que a exigência não poderia prosperar. Além disso, alega de forma vaga que os erros existentes nos seus livros fiscais teriam sido sanados, e que seria necessário converter o feito em diligência para comprovação do descabimento da infração.

Inicialmente, é preciso destacar que não há qualquer incerteza quanto à conduta que está sendo imputada ao Recorrente, tendo sido detalhado pelo Autuante os fatos que ocasionaram a infração, e juntado demonstrativo que indicam as operações que foram consideradas para a lavratura do Auto, demonstrativos estes que foram entregues ao Recorrente, permitindo assim a sua defesa, em que pese não tenha juntado qualquer documentação aos autos.

Assim, quanto ao pedido de diligência, entendo ser desnecessário, pois, conforme já indicado pela Junta, *“os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo, consoante art. 147, inc. I, do RPAF/99. Ademais, se deferido o pedido, a diligência se destinaria a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse da autuada, cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ela juntada aos autos”*.

De fato, a Infração em comento está relacionada às operações de vendas destinadas à Empresa Construções e Comércio Camargo Correa S/A – CNPJ nº 61.522.512/0055-03, tratadas pelo Recorrente como se estivessem acobertadas pela isenção prevista no inciso LIV do artigo 264 do RICMS/12:

*Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:*

*(...)*

**LIV - as operações internas e interestaduais, bem como as aquisições interestaduais relativamente ao diferencial de alíquotas, com bens e mercadorias destinados a sistemas de trens urbanos e metropolitanos (metrô) e demais redes de transportes públicos sobre trilhos de passageiros, sendo que (Conv. ICMS 94/12):**

*a) o disposto neste inciso aplica-se na importação de produtos sem similar produzidos no País, cuja inexistência de similaridade seja atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo de máquinas e equipamentos, com abrangência em todo o território nacional;*

***b) a fruição do benefício de que trata este inciso fica condicionada:***

*1 - à comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação das redes de transportes públicos de passageiros sobre trilhos;*

***2 - a que o destinatário localizado no Estado da Bahia esteja credenciado pelo titular da Diretoria de Administração Tributária da região do seu domicílio fiscal;***

Verifica-se que a isenção em comento possui como um dos requisitos para sua fruição, que o destinatário localizado no Estado da Bahia esteja credenciado pelo Titular da Diretoria de Administração Tributária da região do seu domicílio fiscal.

Consta na fl. 36, que o destinatário das operações de venda objeto da Infração, teve pedido de reconhecimento da condição de contribuinte e de credenciamento para fins de isenção, negados pela Secretaria da Fazenda em 06/04/2016, sendo que o indeferimento foi fundamentado na alteração do art. 484 do RICMS/BA, promovida pelo Decreto nº 16.434/15, em que instituiu vedação ao cadastro estadual de empresas de construção civil.

Dessa forma, tendo em vista o não preenchimento de uma das condições para fruição da isenção prevista no inciso LIV do artigo 264 do RICMS/12, e que o Recorrente não juntou qualquer documento capaz de infirmar esse fato, forçoso reconhecer que a manutenção da Infração 01 é medida que se impõe.

No tocante às infrações 02 e 03, o Recorrente alega que a suposta ausência de escrituração decorreria de erro contábil, tendo em vista que determinadas Notas teriam sido escrituradas em um período e movimentadas em outro, bem como que houve o estorno da entrada de determinadas Notas Fiscais, acostando para lastrear suas alegações, telas dos seus registros,



indicando se tratar de amostragem.

Como cediço, a técnica de levantamento quantitativo de estoques se vale de presunções (relativas) para detectar infrações ao erário, presunção esta passível de ser elidida mediante comprovação do não cometimento da infração pelo Contribuinte. No presente caso, o Recorrente se limitou a juntar telas do seu sistema de registro, as quais são incapazes de provar o quanto alegado por ele. Assim, as Infrações 02 e 03 também são procedentes.

Por fim, com relação ao pedido de redução da multa, não há como esta CJF afastar ou reduzir a multa de ofício, uma vez que a legislação de regência só autoriza o uso de tal prerrogativa para os casos de inadimplemento de obrigação acessória, com base na ausência de dolo ou má-fé do contribuinte, hipótese que não se amolda ao caso dos autos.

Dessa forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, conseqüentemente, da PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293872.0005/18-9**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$832.798,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$747.318,94 e 100% sobre R\$85.479,30, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS