

A. I. N° - 080556.0003/13-9
AUTUADO - MARÉ CIMENTO LTDA.
AUTUANTE - VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08.10.2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0183-01/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES COM CIMENTO. PROTOCOLO ICM 11/85. Feita prova de que parte das vendas de cimento foi feita para estabelecimentos industriais para emprego como matéria-prima na fabricação de pré-moldados, sendo que, nos termos do art. 355, III, do RICMS/97, não é exigível a retenção do imposto quando a mercadoria é destinada a estabelecimento industrial para utilização como matéria-prima. Feita a revisão do lançamento, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado. Quanto à alegação de falta de proporcionalidade entre a multa aplicada e o grau de ofensividade do ato infracional e à alegação de violação ao princípio da vedação de confisco, cumpre observar que a multa questionada tem previsão legal, e não é razoável discutir o direito posto no âmbito administrativo, pois este órgão não tem competência para apreciar as objeções levantadas pela defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28.6.13, acusa falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição [estabelecido no Estado de Sergipe], relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado [Bahia], nos termos do Protocolo ICM 11/85, sendo lançado imposto no valor de R\$ 160.259,83, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 124/135) informando que seu estabelecimento tem como atividade precípua a distribuição, venda e revenda, atacadista e varejista, de cimento, materiais de construção em geral, artefatos de cimento e seus derivados, areia e brita e de respectivas matérias primas e produtos derivados. Dentre os produtos comercializados encontram-se diversas matérias-primas para a industrialização de cimento pré-moldado. Entre janeiro de 2009 e agosto de 2012, vendeu tais matérias-primas a diversas indústrias sediadas ou não no Estado da Bahia. Apesar de ser fiel cumpridor de todas as suas obrigações tributárias, foi surpreendido com a lavratura deste Auto de Infração, por entender a fiscalização que teria havido vendas de cimento para empresas baseadas na Bahia para fins de comercialização supostamente em desacordo com a legislação, alegando descumprimento das obrigações previstas nas cláusulas primeira, terceira e quinta do Protocolo ICM 11/85 e no art. 10 da Lei nº 7.014/96.

Alega que o lançamento não merece prosperar, pois grande parte dos supostos débitos se refere a vendas de matéria-prima para industrialização, o que dispensa o pagamento antecipado do ICMS, conforme art. 355, III, do RICMS, e a penalidade aplicada é confiscatória e desproporcional ao grau de ofensividade do suposto ilícito.

Sustenta sua ilegitimidade passiva, observando que o Protocolo ICM 11/85 aduz que nas operações interestaduais com cimento de qualquer espécie, entre contribuintes do imposto situados nas

unidades federadas signatárias do citado protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS. Destaca a regra do art. 121, parágrafo único, do CTN com relação ao sujeito passivo da obrigação principal, frisando que sua empresa vendeu às empresas Nova Feira Distribuidora de Cimento Ltda. (AAF dos Santos ME à época) e E.R. de Souza e Cia. Ltda. matérias-primas destinadas única e exclusivamente à industrialização de cimento pré-moldado. Em face disso, chama a atenção para o disposto no art. 355, III, do RICMS, que dispensa o pagamento antecipado do ICMS quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem. Faz ver que a legislação é clara ao destacar que a substituição tributária não se aplica nas operações de aquisição de insumos para industrialização, uma vez que foi instituída para as entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Ressalta que a empresa Nova Feira Distribuidora de Cimento Ltda., à época dos fatos, se denominava AAF dos Santos ME, e tinha então como única atividade a fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, conforme comprova a documentação anexa, e sendo assim todas as mercadorias vendidas à AAF dos Santos ME são matérias-primas para a industrialização, restando mais que comprovado que não há por que se falar em antecipação do ICMS por substituição tributária. Quanto às vendas à empresa E.R. de Souza e Cia. Ltda., ressalta que também se trata de vendas de matéria-prima para industrialização de estruturas pré-moldadas de concreto armado, conforme declaração assinada pela própria empresa adquirente, também anexa. Conclui dizendo que, por essas razões, não pode sua empresa ser considerada responsável pelo suposto crédito de ICMS lançado, haja vista que, por força do art. 355, III, do RICMS, não será feita a antecipação do ICMS nas aquisições de outras unidades da federação quando a mercadoria se destinar a industrialização, e por conseguinte sua empresa não é parte legítima para figurar como responsável, pois não se reveste da qualidade de substituta tributária, como também não poderia ter sido apontada como contribuinte, como fez o fiscal autuante.

Passa a repisar os argumentos já expendidos. Aduz considerações acerca da motivação do ato administrativo, em função da teoria dos motivos determinantes.

Alega ausência de proporcionalidade entre a multa aplicada e o grau de ofensividade do suposto ato infracional, e violação ao princípio da vedação de confisco. Cita doutrina e jurisprudência.

Pede que o Auto de Infração seja declarado insubsistente com relação às notas fiscais emitidas para as empresas Nova Feira Distribuidora de Cimento Ltda. (AAF dos Santos ME, à época) e E.R. de Souza e Cia. Ltda., uma vez que se referem a vendas de cimento como matéria-prima para utilização na industrialização de estruturas pré-moldadas de concreto armado, com base no art. 355, III, do RICMS, não sendo sua empresa portanto parte legítima para figurar no presente Auto de Infração, seja na condição de contribuinte, seja na qualidade de responsável. Pede ainda que, caso seja ultrapassado o argumento que acaba de expor, se reconheça o caráter confiscatório da multa aplicada e a desproporcionalidade da mesma ao grau de ofensividade do suposto ilícito, reduzindo-a a patamar razoável e condizente com a conduta praticada. Requer que seja determinada a expedição de guia para pagamento do valor incontroverso. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 318/322) dizendo que a fiscalização recaiu sobre o ICMS devido por substituição não retido nas Notas Fiscais de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme Convênio 81/93 e Convênio 11/85 *[sic]*. Informa que apurou o imposto após pesquisas nos sistemas da Sefaz e da receita federal, sendo que as diferenças “reclamadas” se referem às empresas E.R. de Sousa, CNPJ 04.105.652/0001-41, e Nova Feira Distribuidora de Cimento Ltda., CNPJ 89.971.920/0001-64, que constavam como comércio varejista e atacadista de cimento, respectivamente, conforme cópias anexas, o que levou à apuração do imposto

não retido. Aduz que, analisando os documentos apresentados pelo autuado, e em face de informação obtida junto à Infaz Feira de Santana, onde a empresa E.R. de Sousa é inscrita e está em atividade como fabricante de estruturas pré-moldadas, considerou que as duas empresas não são passíveis de substituição tributária, sendo que a empresa Nova Feira Distribuidora de Cimento Ltda. no período fiscalizado tinha como atividade a fabricação de estruturas pré-moldadas de cimento. Diz que, pelas novas informações, refez as planilhas sem as operações relativas às duas empresas citadas e encontrou o valor total de R\$ 9.555,39. Observa que houve mudanças relativamente aos exercícios de 2009, 2010 e 2011, mas no exercício de 2012 não houve alteração.

Conclui informando, dentre outras coisas, que os trabalhos da fiscalização foram efetuados de forma não presencial, com base nos arquivos eletrônicos. Assinala que o autuado não é inscrito no Estado da Bahia. Destaca os novos cálculos do imposto devido por substituição. Juntou planilhas.

Foi mandado dar ciência da revisão do lançamento ao sujeito passivo, e este não se manifestou.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito a falta de retenção de ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição estabelecido no Estado de Sergipe, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos termos do Protocolo ICM 11/85.

O autuado alegou e provou que parte das vendas de cimento foi feita para estabelecimentos industriais para emprego como matéria-prima na fabricação de pré-moldados, e fez ver que, nos termos do art. 355, III, do RICMS/97, não é exigível a retenção do imposto quando a mercadoria é destinada a estabelecimento industrial para utilização como matéria-prima.

A alegação do autuado foi acolhida pela autoridade fiscal responsável pelo lançamento, que refez os cálculos. O autuado foi intimado do resultado da revisão do lançamento e não se manifestou.

Acato o resultado da revisão.

O demonstrativo do débito deverá ser feito com base nas seguintes indicações, tomando por fonte o demonstrativo à fl. 333:

Data Ocorr.	ICMS remanescente
08.01.2009	R\$ 9,29
20.03.2009	R\$ 962,59
31.03.2009	R\$ 481,29
22.04.2009	R\$ 272,81
25.04.2009	R\$ 76,80
08.05.2009	R\$ 665,44
09.05.2009	R\$ 331,75
13.05.2009	R\$ 4,76
26.05.2009	R\$ 23,81
26.06.2009	R\$ 6,20
30.07.2009	R\$ 23,77
10.08.2009	R\$ 4,70
19.10.2009	R\$ 433,76
03.11.2009	R\$ 433,76
09.11.2009	R\$ 433,76
25.11.2009	R\$ 453,29
26.05.2010	R\$ 0,62
20.07.2010	R\$ 21,39
23.07.2010	R\$ 11,91
25.04.2011	R\$ 403,80
19.05.2012	R\$ 643,20
21.05.2012	R\$ 321,60

22.06.2012	R\$ 1.145,70
04.07.2012	R\$ 1.165,80
11.07.2012	R\$ 332,80
28.07.2012	R\$ 804,00
11.08.2012	R\$ 86,83
Total	R\$ 9.555,43

Quanto à alegação de falta de proporcionalidade entre a multa aplicada e o grau de ofensividade do ato infracional e à alegação de violação ao princípio da vedação de confisco, cumpre observar que não é razoável discutir o direito posto no âmbito administrativo. A multa aplicada tem previsão legal. Este órgão não tem competência para apreciar as objeções levantadas pela defesa.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **080556.0003/13-9**, lavrado contra **MARÉ CIMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.555,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR