

A. I. Nº - 282219.0901/16-3
AUTUADO - VOTORANTIM CIMENTO N/NE S/A. (CIMENTO NASSAU)
AUTUANTE - RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/03/2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-05/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO; **b)** DEIXOU DE REPROCEDER A RETENÇÃO E RECOLHIMENTO (infrações 1 e 2). As operações realizadas pelo impugnante estão sob o manto da substituição tributária na forma prevista pelos Protocolos ICMS 11/85 e Convênio ICMS 81/93, visto que ficou caracterizada a venda para contribuintes revendedores dos produtos ou mesmo o volume que caracteriza tal condição. A defesa alinha argumentos não específicos quanto aos documentos fiscais e os respectivos destinatários, que alega não serem revendedores, bem como a indicação do CFOP não determina a efetiva destinação das mercadorias constantes no documento fiscal. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/09/2016, exige crédito no valor histórico de R\$414.791,22 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015. Multa de 60% - Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$143.068,79;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de proceder a do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015. Multa de 60% - Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$271.722,43;

O autuado apresenta defesa, às fls. 54/67 dos autos, de início, relata quanto à tempestividade.

Faz sinopse fática da autuação. Diz que é pessoa jurídica de direito privado, sendo uma das empresas componentes do Grupo Votorantim, conglomerado econômico nacional e com profundas raízes no Norte / Nordeste do nosso país.

Salienta que sempre diligenciou com afinco para bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, notadamente no tocante ao cumprimento de obrigações tributárias. Pontua que foi surpreendida quando tomou ciência do presente Auto de Infração lavrado por Autoridade da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Descreve as infrações.

Diz que demonstrará que efetuou os recolhimentos com os cálculos escorreitos, conforme determinado pela legislação de regência, é que se apresenta esta Impugnação, para que reste rechaçada qualquer dúvida a respeito da legalidade na conduta da empresa e ao final seja julgado improcedente *in toto* o presente auto, impedindo a efetivação da cobrança pretendida pelo Estado da Bahia.

Suscita preliminar de nulidade quanto à tempestividade da petição, dizendo que dispõe de 60 (sessenta) dias para quitar o débito fiscal ou apresentar defesa (prazo expresso na Intimação recebida), no qual o prazo para a presente defesa finda no dia 28/11/2015, sendo absolutamente tempestiva a Impugnação ora apresentada, pelo que se requer desde já seu conhecimento.

Reclama quanto à suspensão de exigibilidade, tendo aplicação imediata dos arts. 151, III e 206 do CTN. Pontua que entre os vários direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal de 1988, não por acaso conhecida como “Constituição Cidadã”, está o direito de petição ao Poder Público, o qual se compadria com o princípio do devido processo legal (*due process of law*), que se desdobra no direito à ampla defesa e contraditório.

Destaca que tais previsões estão no art. 5º, XXXIV, “a” e LV da CF/88, os quais são “cláusulas pétreas” (núcleo imutável da Constituição, não passível de alteração por intermédio de emendas constitucionais), nos termos do art. 60, §4º da mesma Carta Suprema. Reproduz os dispositivos.

Salienta que o significado dessas diretrizes constitucionais é, na prática, um direito que pertence a toda pessoa, física ou jurídica, de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação contra ele imputada e que lhe possa trazer dano patrimonial e/ou jurídico, podendo ter por objetivo o pedido de uma reorientação da situação.

Aduz que na presente esfera jurídico-tributária estadual, constitui-se meio idôneo para suspender a exigibilidade do crédito tributário a apresentação de impugnação administrativa, aplicando-se a regra do art. 151, III, do CTN – transcreve.

Diante disso, *ab initio*, sustenta ser necessário a declaração da suspensão de exigibilidade do suposto “crédito tributário”, para todos os fins de direito, tudo nos termos do art. 206 do CTN, o que desde já se requer, sob pena de vilipêndio aos arts. 5º, LV, e 146 da Constituição Federal de 1988.

Ultrapassadas as preliminares, disse que o que só se admite por respeito ao princípio da eventualidade e amor ao debate, esta defendant passará a tratar as infrações especificamente.

No mérito, na infração 1, afirma que sequer aproximou-se de infringir as normas do Regulamento de ICMS no Estado da Bahia, de maneira que todos os seus atos foram realizados em conformidade com os ditames legais, sobretudo por ser essa conduta necessária à manutenção das suas atividades.

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.

Diante da autuação, disse que procedeu com uma análise minuciosa dos documentos fiscais envolvidos, identificando ao final que todas as notas apontadas estão sujeitas ao regime de substituição tributária e foram emitidas com o CFOP 6.401 (Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto).

Ressalta que em se tratando de operações interestaduais destinadas a contribuintes de ICMS, em que os Estados têm acordo firmado através de Protocolo ou Convênio ICMS, as operações sujeitas ao regime de substituição tributária podem ser cobradas tanto na forma de “ICMS Substituição Tributária” quanto na forma “Diferencial de Alíquotas”.

Registra que a principal diferença entre as duas formas acima descritas é a utilização, ou não, da MVA para cálculo do imposto devido. No caso *sub studio*, pontua que identificou a diferença apontada de ICMS-ST se refere basicamente a utilização da MVA no cálculo, ou seja, no levantamento da autoridade fiscal foi considerada a MVA nas operações, todavia na apuração realizada por esta impugnante, a MVA não foi considerada por se tratar de recolhimento como diferencial de alíquotas.

Para espantar qualquer dúvida, sustenta que verificou cada nota fiscal individualmente e levando

em consideração o CNAE Principal de cada cliente, não identificou nenhum que se enquadrasse como revendedor de cimento ou materiais de construção, e ainda todos considerados contribuintes de ICMS. Cita e reproduz o art. 8º, § 8º, II e IV, corroboram o entendimento da defendant.

Entende não ser devido o recolhimento via ICMS-ST (com MVA), mas sim como Diferencial de Alíquotas (sem MVA) que foi a forma recolhida pela impugnante. Por essa razão, faz-se necessária uma análise aos livros fiscais da empresa, no intuito de comprovar que não cabe esta autuação fiscal, não devendo a empresa valores a título de ICMS-ST ao Fisco.

Assim, assinala que não pode ser outra a conclusão de que o material foi utilizado para uso e consumo próprio, sendo, portanto indevida a cobrança do imposto cobrado na infração 1.

Dessa forma, pelos sólidos argumentos demonstrados, mostra-se imprescindível uma minuciosa perícia, onde ficará demonstrado com profundidade que nenhuma das alegações contra a Impugnante se baseiam em fatos, sendo na verdade lastreados em meros equívocos dos Dignos Fiscais, diante da complexa e vasta operação comercial da Impugnante.

No que pertine à infração 2, esclarece que ocorreu um equívoco quando da apuração pelo Fisco Estadual que pode ser constatado a partir da leitura da explicação seguinte. Disse que após receber a autuação, procedeu a análise de cada nota fiscal individualmente, chegando-se a alguns cenários, que serão tratados individualmente.

CENÁRIO 1: Venda de mercadoria para utilização na construção civil – não contribuinte: Não incidência de ICMS – ST. Aplicação do art. 8º, § 8º, II e IV ao caso (transcreve).

Alega que foram identificadas 165 notas fiscais emitidas para destinatários prestadores de serviços sob o CFOP 6.107 (Venda de produção do estabelecimento, destinada a não contribuinte), os quais com base no CNAE utilizarão as mercadorias para aplicação na prestação de serviços, motivo pelo qual a defendant entende ser indevida a cobrança de ICMS – ST.

CENÁRIO 2: Venda de mercadoria para atacadista. Não incidência de ICMS – ST. Aplicação do art. 8º, § 8º, II e IV ao caso (transcreve).

Afirma, também, que foram identificadas 14 notas para empresas cujo CNAE se trata de “Comércio Atacadista de Cimento”, o qual é responsável pelo pagamento do imposto face ao instituto da substituição tributária, sendo de sua responsabilidade a retenção do imposto nas operações internas subsequentes motivo pelo qual a cobrança é indevida.

Dessa forma, sustenta que resta claro que nos casos em que eram devidos, o tributo já foi recolhido por antecipação (substituição tributária), e nos demais caso não era devido, motivo pelo qual não foi recolhido, e a sua exigência neste Auto de Infração, não merece prosperar, portanto, o entendimento da autoridade administrativa, que autuou a ora Impugnante por esta “infração”, alegando que é responsável pelo pagamento do ICMS supramencionado, quando na verdade, restou demonstrada a inadequação deste pagamento.

Defende quanto à inexistência de irregularidades. Pede pela juntada de novos documentos e da busca da verdade material, solicitando realização de perícia técnica.

Destaca que um dos principais princípios que norteiam o processo administrativo é o da verdade material ou verdade real, o qual determina ao Julgador o dever de pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma, e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado.

Pontua que a verdade material é o princípio específico do processo administrativo e contrapõe ao princípio do dispositivo, próprio do processo civil. Este atributo particular do processo administrativo decorre do próprio fim visado com o controle administrativo da legalidade, eis que não havendo interesse subjetivo da administração na solução do litígio, é possível o cancelamento do lançamento baseado em evidências trazidas aos autos após a inicial.

Cita conceito de Hely Lopes *Meirelles* (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT, 16^a edição, 1991, Pág. 581), sobre o princípio da verdade material. Declara que não ocorreu a necessária apuração fiscal que comprovasse a ocorrência de qualquer tipo de irregularidade, ressaltando que o auto da infração foi lavrado com base em suposições/conjecturas desprovidas das necessárias provas comprobatórias.

Assevera que se busca no processo administrativo é a verdade material. Para efeitos de prova, serão consideradas todas as provas e fatos, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido alegados ou declarados, desde que sejam provas lícitas. Cita lição de Paulo Celso Bergstrom Bonilha (*Da prova no Processo Administrativo Tributário – Celso Bonilha*).

Com efeito, as faculdades fiscalizatórias da Administração Tributária, afirma que devem ser utilizadas para que se revele a verdade material e o seu resultado deve ser reproduzido fielmente no bojo do procedimento e do processo administrativo, constituindo dever inarredável da Administração Pública, a averiguação da existência do fato jurídico a fim de garantir a segurança do ato administrativo do lançamento tributário. Para finalizar transcreve as lições do professor Ives Gandra Martins (*Ives Gandra Martins – Revista de Direito* nº 07, página 73).

Roga para que defira o pedido de perícia técnica com o objetivo de persecução da verdade real e averiguação se de fato ou não houve infringência da legislação tributária por parte da Impugnante.

Registra que o princípio da verdade material, o qual decorre do princípio da legalidade, determina que “*a Administração não pode agir baseada apenas em presunções, sempre que lhe for possível descobrir a efetiva ocorrência dos fatos correspondentes*” (*MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo tributário. – 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010*), nas palavras do emérito doutrinador Hugo de Brito Machado Segundo. Reproduz entendimento do doutrinador Alberto Xavier (*XAVIER, Alberto. Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.138-139). Transcreve o Decreto nº 7.629/99, em seu art. 123, §3º, consagra a possibilidade de realização de perícia técnica em nome do princípio da verdade material.

Suscita a ampla defesa e o contraditório são matérias de direito e garantia individual, cláusulas pétreas, sendo inadmissível toda e qualquer forma de tolhê-los. A não garantia de princípio constitucional viola diretamente direito fundamental do contribuinte, tornando todo o processo administrativo passível de anulação.

No bojo de um processo administrativo, afirma que não há espaço para a análise de livros fiscais. Trata-se de centenas e centenas de páginas com milhares de lançamentos contábeis, os quais somente uma perícia poderia atestar a idoneidade. Junta entendimento do TRF da 5^a Região (AGTR 76190 CE 2007.05.00.020564-0. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro. 4^a Turma. Julgado em 08/07/2008. Fonte: Diário da Justiça - Data: 28/07/2008 - Página: 207 - Nº: 143 - Ano: 2008).

Roga, novamente, para que, em nome do princípio da verdade material e da economia processual, em observância a jurisprudência de Tribunal e em observância ao art. 123, §3º do Decreto nº 7.629/99, seja deferido o pedido de perícia técnica a ser realizada de acordo com as disposições seguintes.

No particular, declara que a produção de prova pericial é indispensável à ora Autuada para afastar todas as infrações apontadas, todas relativas a rubricas contábeis a serem revisitadas. Ratifica a Impugnada que efetuou o registro fiscal regular de suas operações, anotando todas as suas entradas e saídas, razão por que não prosperam as aduções em comento, sendo imprescindível a produção de prova pericial a fim de averiguar-se a correção dos atos praticados. Assim, diz que não se pode conceber que decisão de tão importante mote possa ser efetuada sem a oitiva de pessoa competente para a análise dessa situação e que de fato entenda da técnica contábil/econômica objeto da controvérsia ora instaurada, sob pena de cerceamento ao direito de defesa.

Pede pela procedência da presente impugnação administrativa, para se julgar improcedente o

Auto de Infração, em todos os seus equivocados termos, exonerando a Recorrente dessa errônea imputação.

Alega quanto à cobrança da multa confiscatória, diz ser afronta às garantias constitucionais.

No presente caso, inobstante o Auto de Infração imposto à Impugnante, adverte de que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios (*in casu*, 60%, 100% e 150%), em afronta direta às garantias constitucionais do contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Destaca que as autoridades públicas brasileiras praticam atos e mais atos em absoluto desacordo com o ordenamento jurídico vigente, em especial em desrespeito às garantias individuais dos cidadãos. Esta época já findou e a prova cabal disto é que com o contencioso administrativo abre-se a oportunidade para que todos possam defender-se perante aquele que pratica o ato.

Afirma ser explícito e inequívoco o exagero nas multas aplicadas, de 60%, 100% e até mesmo 150%. Nelas, foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país. Disse que tais multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal à aplicação de multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.

Frisa que já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração. Cita Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (*RTJ* 96/1354. relator: Moreira Alves; *Xavier De Albuquerque* "DJ de 13.6.75) é absolutamente explícito em reconhecer a auto-aplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal. Relembra as lições do Ilustre Prof. RUI BARBOSA NOGUEIRA (*in Curso de Direito Tributário*, ed. Saraiva, São Paulo, 14ª edição, p. 124 e ss.).

Assinala que é nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal. Deve-se, portanto, atentar ao fato de que, por mais que assuma caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ela ser antes proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos. Portanto, nossa Carta Magna, em seus artigos 145, § 1º, e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espalham por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara previdenciária.

Desta forma, diz restar clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve ser corrigida, como ora se requer para chegar ao patamar de 10% (dez por cento).

Pede e requer que:

- Seja recebida a presente Impugnação, posto que tempestiva, em seu efeito suspensivo da exigibilidade de todo montante do presente Auto de Infração, para que surta todos os efeitos de direito;
- Seja deferida a prova pericial/diligência fiscal requerida, visto que imprescindível para o deslinde da questão suscitada e em harmonia com a complexidade do caso em epígrafe, tudo em nome do princípio da verdade real que rege o processo administrativo fiscal;
- No mérito, que seja julgada procedente a Impugnação ora apresentada, declarando-se a improcedência total do Auto de Infração, visto nunca terem ocorrido os alegados recolhimentos a menor e/ou o não recolhimento de ICMS, atestando a conduta da Requerente absolutamente de acordo com a legislação de regência.

Requer, ainda, provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente

apresentação de novos documentos, diligências e perícia técnica, desde já requerida e tendo como assistente técnica a Sra. Andréa Saraiva da Silva, Contadora, que recebe notificações e intimações no endereço da Impugnante. Por aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal, do art. 425, IV do NCPC, os causídicos subscritores do presente petitório declaram que as cópias anexas são autênticas, idênticas aos documentos originais.

Na informação fiscal, fls. 71/72, inicialmente, reproduz as imputações e faz resumo da impugnação:

1 – Preliminar de tempestividade da contestação e suspensão da exigibilidade.

2 – Quanto ao mérito alega o seguinte:

2.1 – Em relação à Infração 01 que todas as notas fiscais autuadas nesta Infração fora calculadas como Diferença de Alíquota tendo como base a CNAE Principal de cada cliente, não tendo sido identificado nenhum que se enquadrasse como revendedor de cimento ou materiais de construção.

2.2 – Infração 02 – Alega que não efetuou a retenção do ICMS-ST por dois motivos:

- Venda de mercadoria para utilização na construção civil – Não contribuinte*
- Venda de mercadoria para Atacadista – Não incidência de ICMS-ST*

2.3 – Cobrança de Multa com caráter confiscatório

Nas contrarrazões da informação fiscal de mérito, aborda que o autuado não conseguem elidir a Ação fiscal, conforme as seguintes premissas:

- Os Estados da Bahia e Sergipe são signatários dos Protocolos ICMS 11/85, inclusive na época do período fiscalizado.
- A empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito sob o número 070.305.107 no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário estando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas no retro citado Protocolo, bem como as do Convênio ICMS 81/93 que estabelece as normas gerais da substituição tributária, em todas as suas operações de mercadorias para o Estado da Bahia com os produtos a eles vinculados.

No intuito de evidenciar o caráter de revendedor de cimento ou materiais de construção dos destinatários, anexa cópias de Comprovantes de Inscrição e de Situação Cadastral da Receita Federal das empresas destinatárias da mercadoria, evidenciando-se ora o nome de fantasia, ora a atividade principal do estabelecimento, ora outras atividades secundárias regularmente cadastradas naquele órgão, comprovando de forma inequívoca a atividade de revendedor da mercadoria. Em alguns poucos casos foram desqualificadas as atividades dos destinatários tendo como situação de fato o grande volume de compra da mercadoria que igualmente evidencia o intuito de comercialização da mercadoria objeto desta fiscalização.

Conclui e entende estar o Auto de Infração devidamente caracterizados com os elementos que ensejaram a pertinente ação fiscal na forma prevista na legislação em vigor. Ratifica a autuação e solicita deste Conselho de Fazenda a total Procedência.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla duas infrações, já devidamente relatadas, por descumprimento de obrigação principal.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de

diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

O sujeito passivo requer a suspensão da exigibilidade, já processada, uma vez que o mesmo ingressou com defesa administrativa, conforme art. 151, III do CTN, e cessará com a finalização do presente processo administrativo.

A exigência tributária, tanto para a infração 1 como para a infração 2, é relativa à retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, bem como a falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição localizado em Sergipe, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, conforme Protocolos ICMS 11/85.

Em relação às duas infrações, entende não ser devido o recolhimento via ICMS-ST (com MVA), mas sim como Diferencial de Alíquotas (sem MVA) que foi a forma recolhida pela impugnante, uma vez que assegura ter efetuado as vendas para adquirentes que não iriam efetuar a revenda de cimento.

O sujeito passivo, que é inscrito como contribuinte substituto tributário na Bahia, sob o número 070.305.107, nas operações com cimento, regidas pelo Protocolo ICMS 11/85, bem como as do Convênio ICMS 81/93 que estabelece as normas gerais da substituição tributária, cabendo o sujeito passivo observância aos aludidos acordos em todas as suas operações com as aludidas mercadorias para o Estado da Bahia.

Determina a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93, que nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída à responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

No intuito de evidenciar o caráter de revendedor de cimento ou materiais de construção dos destinatários, o autuante anexa cópias de Comprovantes de Inscrição e de Situação Cadastral da Receita Federal das empresas destinatárias da mercadoria, alinhando em sua informação fiscal que: *fica evidenciado ora o nome de fantasia, ora a atividade principal do estabelecimento, ora outras atividades secundárias regularmente cadastradas naquele órgão, comprovando de forma inequívoca a atividade de revendedor da mercadoria. Em alguns poucos casos foram desqualificadas as atividades dos destinatários tendo como situação de fato o grande volume de compra da mercadoria que igualmente evidencia o intuito de comercialização da mercadoria objeto desta fiscalização.*

Assim, entendo que as operações realizadas pelo impugnante estão sob o manto da substituição tributária na forma prevista pelos Protocolos ICMS 11/85 e Convênio ICMS 81/93, portanto, com aplicação da MVA, constante do aludido acordo, visto que ficou caracterizada a venda para contribuintes revendedores dos produtos ou mesmo o volume que caracteriza tal condição. A defesa alinha argumentos não específicos, genéricos, quanto aos documentos fiscais e os respectivos destinatários, que alega não serem revendedores, bem como a indicação do CFOP não determina a efetiva destinação das mercadorias constantes no documento fiscal.

A defesa argui suposta ilegalidade das multas incidentes sobre o imposto devido pela autuada. O inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante as multas previstas na Lei nº 7.014/96, todas no percentual de 60%, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente

oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, *"Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar"*, 7^a edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissos que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **282219.0901/16-3**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTO N/NE S/A. (CIMENTO NASSAU)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$414.791,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2017.

ÂNGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA