

A. I. N° - 269616.0007/18-0
AUTUADO - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S.A.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.01.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209-05/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO EM OPERAÇÕES DECLARADAS EM NOTA FISCAIS. REMESSAS DE CIMENTO. Excluídas, da exigência fiscal, as operações destinadas a consumidor ou usuário final do produto, hipótese em que o contribuinte procedeu corretamente a retenção e recolhimento do ICMS-ST do diferencial de alíquotas, na forma do Protocolo 11/85. Mantidos os cálculos do ICMS-ST com base em MVA (margem de valor agregado) alterada em razão da modificação da alíquota interna do imposto de 17% para 18%. Exigência fiscal objeto de redução de valor pelos próprios autuantes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 24/08/2018, para exigir ICMS no valor principal de R\$145.209,44, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, contendo a seguinte descrição:

Infração 01 – 08.09.02: Procedeu à retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O contribuinte, com estabelecimento situado no Estado de Sergipe e inscrito na Bahia na condição de substituto tributário, foi notificado do lançamento, via correios, em 11/09/2018. Ingressou com defesa administrativa protocolada em 08/11/2018, em petição subscrita por seus advogados com procuração nos autos (doc. fls. 28/29 e fl. 30 – substabelecimento).

Inicialmente, declara que a Requerente 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.

Em seguida, após fazer uma sinopse fática da autuação afirmou que, inobstante a Autuada ter recolhido o ICMS de seus produtos nos percentuais corretos, com as deduções e isenções a que faz jus, observando fielmente as legislações pertinentes, o Fisco Estadual Baiano entendeu que as reduções e isenções utilizadas pela Impugnante afrontam a legislação de regência.

Ressaltou ainda a tempestividade da peça impugnatória e os efeitos suspensivos produzidos pela interposição da defesa administrativa nos termos do disposto no art. 151, III e art. 206 do Código Tributário Nacional, além da garantia do devido processo legal e do direito de petição inseridos no art. 5º da Carta Magna de 1988, 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.

Ao ingressar nas questões de mérito, a Impugnante fez referência a dois supostos equívocos cometidos pela fiscalização na constituição do crédito tributário, passíveis de revisão em diligência/perícia técnica.

Cenário 1: Notas fiscais com o **adquirente classificado como consumidor final**. Neste caso, a retenção de ICMS deve ser na modalidade “diferencial de alíquota” e com a aplicabilidade das

alíquotas de 5% ou 6%. Nesses temos, afirma a defesa, foram identificadas notas fiscais emitidas para destinatários finais, e a autoridade fiscal teria erroneamente desconsiderado tal informação.

Acrescentou que, na situação *sub examine*, a Impugnante procedeu com a retenção do ICMS de diferencial de alíquota, em atendimento ao que preceitua a legislação de regência, uma vez que se tratam de consumidores finais, não havendo o que se falar em ICMS ST como tentou fazer crer a Fiscalização.

Reiterou que essa desconformidade pode e deve ser aferida em perícia/diligência técnica.

Cenário 2: Notas fiscais com o cliente classificado como revenda – diferença entre a MVA aplicada pela empresa, de 27,23%, e aquela que teria aplicada incorretamente pela Fiscalização, 28,78%, aplicável somente a partir do ano de 2017.

Na análise, a defesa informa que foram identificadas na auditoria, notas fiscais que foram emitidas para revendedores de mercadoria, com retenção do ICMS ST. Para essas notas fiscais com aplicação de ICMS ST, a diferença diz respeito à aplicação da alíquota correta da MVA. Explica que o contribuinte aplicou o percentual de 27,23%, de acordo com os ditames do protocolo ICMS 11/1985, enquanto o fisco entende ser correto o percentual de 28,78%.

Entende que a MVA correta nas operações auditadas é no percentual de 27,23%, visto que o Decreto nº 17.303, de 27/12/2016, que alterou o MVA de 27,23% para 28,78%, só começou a surtir efeitos a partir de **01/02/2017**, o que tem extrema importância para o deslinde da situação, na medida que as notas fiscais autuadas se referem ao período de 01/2016 a 12/2016, portanto, sob a correta MVA de 27,23%.

Pede também, em relação a essa alegada desconformidade, que a mesma seja revisada através de perícia/diligência técnica.

Mais à frente, a defesa afirmou ser imprescindível que se proceda a juntada de novos documentos e que se busca a verdade material, inclusive com a realização de perícia técnica no levantamento fiscal ora impugnado.

Ressaltou 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. Que a verdade material é o princípio específico do processo administrativo e se 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.

Nesse sentido, e sobre essa temática, transcreveu lições doutrinárias de juristas de renome nacional e internacional, entre eles, Hely Lopes Meirelles, Paulo Celso Bergstrom Bonilha, Ives Gandra Martins, Hugo de Brito Machado Segundo, Alberto Xavier.

Enfatizou ainda, que no bojo de um processo administrativo, 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. Nessa linha de entendimento transcreveu trecho de voto proferido no TRF da 5ª Região, com o seguinte conteúdo:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. PERÍCIA. INDEFERIMENTO. AGRESSÃO À AMPLA DEFESA. SUSPENSÃO DO CRÉDITO E EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. - O indeferimento de perícia contábil no processo administrativo-fiscal, sob alegação de os elementos documentais serem suficientes à comprovação das alegações, constitui agressão ao direito do contribuinte à ampla defesa. Precedentes. - Vício que macula de nulidade o procedimento e que permite assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito, com a expedição de certidão positiva com efeito de negativa em

benefício da empresa executada. - Agravo de instrumento não provido. - AGTR 76190 CE 2007.05.00.020564-0. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro. 4ª Turma. Julgado em 08/07/2008. Fonte: Diário da Justiça - Data: 28/07/2008 - Página: 207 - Nº: 143 - Ano: 2008.

Pede que sejam observadas ainda as disposições do art. 123, § 3º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), para que seja deferido a realização de perícia técnica.

Em razões subsidiárias, a defesa sustenta que a multa aplicada no lançamento de ofício é em valor nitidamente confiscatório (*in casu*, 60%), e afronta diretamente as garantias constitucionais do contribuinte, configurando, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Ressaltou que tais multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal a aplicação de multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.

Nesse sentido, afirmou que o **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** é absolutamente explícito em reconhecer a auto aplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal. Transcreveu trechos de decisões da Excelsa Corte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 91.707: “ICMS. REDUÇÃO DE MULTA DE FEIÇÃO CONFISCATÓRIA. Tem o STF admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido. Votação unânime.” RTJ 96/1354. relator: Moreira Alves (grifos nossos).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 81.550: “1. ICMS. Cooperativa de consumo. Incidência do tributo desde o advento do decreto-lei n.º 406/68, consoante orientação ultimamente firmada no supremo tribunal multa moratória de feição confiscatória. Redução a nível compatível com a utilização do instrumento da correção monetária. Recurso extraordinário conhecido e provido, em parte. Relator: Xavier De Albuquerque” DJ de 13.6.75 (grifos nossos).

À luz de todo o exposto, requer a Autuada que:

- a) 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;
- b) 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;
- c) No mérito, que seja **JULGADA PROCEDENTE** a Impugnação ora apresentada, declarando-se a improcedência *in totum* 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.

Por derradeiro, requer-se provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente apresentação de novos documentos, diligências e **perícia técnica, já requerida**.

Por aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal, do art. 425, IV do CPC/15, os causídicos subscritores do presente petitório declaram que as cópias anexas são autênticas, idênticas aos documentos originais.

Prestada a informação fiscal pelos autuantes, em peça juntada às fls. 33/35 autos, firmada em 29/05/19. Em relação aos reclamos da defesa, os autuantes declararam que procederam ao cálculo do imposto nas operações fiscalizadas considerando todas as vendas com substituição tributária, com mercadorias destinadas à revenda, aplicando a MVA segundo o Protocolo ICMS 11/85. Disseram que o erro foi cometido pela autuada que descreveu no campo das notas fiscais eletrônica (NFe) que as saídas se referiam a operações de “*venda de produção do estabelecimento com ST na condição de contribuinte substituto*”.

No que se refere ao pedido de diligência/perícia e mirando a agilidade processual, se anteciparam a eventual concessão do pleito e revisaram a infração para excluir da autuação as operações que tinham por destino consumidores finais dos produtos, cujos montantes destacados a título de ICMS-ST correspondem às cobranças por diferenças de alíquotas, sem aplicação de MVA. O mesmo se deu em relação às remessas de cimento para industrialização, quando o produto é utilizado como matéria-prima e não se submete a exigência antecipada do imposto. Porém, foram mantidos na autuação todas as vendas para destinatários com atividade principal ou secundária de revenda de materiais de construção, sendo incluídos também os destinatários de inscrição estadual 047.763.788 (comércio varejista de produtos alimentícios) e inscrição estadual 055.919.245 (comércio varejista de móveis), que realizaram, respectivamente, 18 (dezoito) aquisições e 72 (setenta e duas) aquisições, durante o exercício de 2016.

Quanto ao erro na aplicação da MVA, os autuantes declararam que, conforme consta no Anexo I do RICMS/12, até 09/03/2016, o percentual de valor agregado era de 27,23%, sendo majorado a partir de 10/03/16 para 28,78%.

Após as correções, foi elaborado novo demonstrativo da infração, anexado às fls. 36/37 e mídia digital (CD), à fl. 38, por período mensal. O débito foi reduzido de R\$145.209,44 para R\$70.453,52.

Intimado o contribuinte para se manifestar acerca da revisão processada pelos autuantes na fase de informação, foi atravessada nova petição nos autos, apensada às fls. 43/47, datada de 04/07/19, ocasião em que a defesa:

- 1 concordou parcialmente com a revisão dos valores autuados, discordando das cobranças relativa às 90 notas fiscais destinadas às inscrições estaduais 047.763.788 (comércio varejista de produtos alimentícios) e 055.919.245 (comércio varejista de móveis), por não se tratar de contribuintes dedicados à revenda de materiais de construção;
- 2 no tocante às demais notas fiscais afirmou que a diferença apurada é alusiva ao percentual de MVA, tendo em vista que a empresa aplicou 27,23% e o fisco considerou o percentual de 28,78%. Reiterou a informação de que só houve alteração do percentual no Anexo I do RICMS, com a publicação do Decreto 17.303/16, com efeitos a partir de 01/02/2017.

Ao final, reiterou o pedido de IMPROCEDÊNCIA total do Auto de Infração.

Os autuantes, em nova informação fiscal (fls. 69/70), declararam que em relação às inscrições estaduais dos destinatários não atuavam na atividade principal ou secundária de revenda de materiais de construção, a cobrança remanesceu devida em razão da contumácia das suas operações - respectivamente, 18 (dezoito) aquisições e 72 (setenta e duas) aquisições, durante o exercício de 2016.

Quanto ao índice percentual da MVA, afirmaram que a alteração no valor não se deu em 2017, a partir de 01/02, e sim, a partir de 10/03/2016, por ocasião da alteração da alíquota interna do ICMS, de 17% para 18%, conforme modificação processada no Anexo I, do RICMS/12.

Finalizam a peça informativa, pedindo que o CONSEF julgue o valor pendente do presente Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única infração relacionada à retenção a menor do ICMS devido por substituição tributária nas operações de remessa de cimento, originárias do estabelecimento autuado situado no Estado de Sergipe e inscrito na Bahia na condição de substituto tributário, com destino a contribuintes (substituídos tributários), localizados no território baiano. A exigência totalizou a cifra principal de R\$145.209,44, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte, por ocasião da defesa, contestou a totalidade da cobrança afirmando que o lançamento padecia de duas inconsistências. A primeira, relacionada à cobrança de ICMS sobre operações de remessa de mercadorias que se destinavam a consumidores finais, portanto, não destinadas à revenda em etapas subsequentes de circulação. Neste caso, a retenção de ICMS foi efetuada na modalidade “diferencial de alíquota” e com a aplicabilidade das alíquotas de 5% ou

6%. Nesses termos, afirma a defesa, foram identificadas notas fiscais emitidas para destinatários finais, e a autoridade fiscal teria erroneamente desconsiderado tal informação. Acrescentou que na situação *sub examine* a Impugnante procedeu à retenção do ICMS do diferencial de alíquotas, em atendimento ao que preceitua a legislação de regência, uma vez que os destinatários das mercadorias são consumidores finais, não havendo o que se falar em ICMS ST como tentou fazer crer a Fiscalização.

A segunda inconsistência diz respeito às operações acobertadas por Notas fiscais onde o cliente destinatário foi classificado como revendedor da mercadoria, com retenção do ICMS ST. Para essas notas fiscais, a diferença diz respeito à aplicação do percentual de MVA (margem de valor agregado). Explica o contribuinte que aplicou o percentual de 27,23%, de acordo com os ditames do Protocolo ICMS 11/1985, que dispõe sobre a retenção do imposto nas operações interestaduais com cimento de qualquer espécie, enquanto o fisco entendeu ser correto o percentual de 28,78%.

Observo que os pontos controvertidos expostos na inicial defensiva não demandam a produção de prova técnica ou pericial. É desnecessária a remessa dos autos para a realização de diligência e/ou perícia fiscal, visto que a matéria de ordem fática quanto à forma de tributação adotada nas remessas das mercadorias para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em operações sujeitas à retenção do ICMS por substituição tributária, por força do Protocolo 11/85, foi precisamente esclarecida pela impugnante, que apontou as inconsistências de cálculo incorreto da MVA e na retenção a maior do imposto nas operações destinadas a consumidores finais. Assim, com fulcro no art. 147, I, “a”, e II, “a” e “b” do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), indefiro o pedido de prova pericial/diligência, por ser desnecessária, já que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento deste órgão julgador. Diante dos fatos resta-nos aplicar o direito, ingressando diretamente nas questões de mérito do presente lançamento de ofício.

Em relação à primeira inconsistência, acima detalhada, observo que os autuantes, ainda na fase de informação fiscal, procederam à exclusão das operações que tinham por destino consumidores finais, cujos montantes destacados a título de ICMS-ST corresponderam às cobranças por diferenças de alíquotas, sem aplicação de MVA. Em relação a essas operações os cálculos foram corretamente aplicados pelo contribuinte. O mesmo se deu em relação às remessas de cimento para industrialização, quando o produto é utilizado como matéria-prima e não se submete a exigência antecipada do imposto. Procedidas as exclusões dessas operações, o valor do débito foi reduzido para o montante de R\$70.453,52, **conforme Demonstrativo**.

Foram mantidos, porém, na autuação todas as vendas para destinatários com atividade principal ou secundária de revenda de materiais de construção, sendo incluídos também nessa cobrança os destinatários de inscrição estadual 047.763.788 (comércio varejista de produtos alimentícios) e inscrição estadual 055.919.245 (comércio varejista de móveis), que realizaram, respectivamente, 18 (dezoito) aquisições e 72 (setenta e duas) aquisições, durante o exercício de 2016, totalizando 90 (noventa) aquisições. Nessas duas últimas situações restou caracterizado, pelo volume de operações realizadas, o intuito comercial das vendas, de forma que neste caso se sustenta a cobrança do ICMS-ST, vez que a Lei Complementar nº 87/96, estabelece no caput do art. 4º que: “*Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*”.

(grifos nossos)

Ademais, no caso em exame, o contribuinte autuado não apresentou qualquer prova que afastasse a exigência do ICMS-ST das operações em que houve remessa de cimento em volume que caracterizou intuito comercial, ainda que por meio de declaração do adquirente, no sentido de demonstrar que as remessas para as inscrições 047.763.788 (comércio varejista de produtos alimentícios) e inscrição estadual 055.919.245 (comércio varejista de móveis), tinham por destino o consumo ou uso final.

No que se refere à segunda inconsistência, a defesa alega que a MVA correta nas operações auditadas é no percentual de 27,23%, visto que o Decreto nº 17.303, de 27/12/2016, que alterou o MVA de 27,23% para 28,78%, só começou a surtir efeitos a partir de **01/02/2017**. Por sua vez, os autuantes declararam que conforme consta no Anexo I do RICMS/12, até 09/03/2016, o percentual de valor agregado era de 27,23%, sendo majorado a partir de 10/03/16 para 28,78%, por conta da majoração da alíquota interna do ICMS no Estado da Bahia, de 17% para 18%.

A redação do Anexo 1, do RICMS/Ba (Decreto nº 13.780/12), com os novos percentuais, foi dada pelo Decreto nº 16.499, de 23/12/15, DOE de 24/12/15, efeitos de 10/03/2016 a 31/01/2017. Essa alteração decorreu da modificação operada pela Lei Estadual nº 13.461/2015, que majorou a alíquota interna do ICMS de 17% para 18%. Portanto, correto os percentuais aplicados pelos autuantes, conforme tabela abaixo:

5.0 CIMENTOS

5.1 05.001.00 2523 Cimento

Prot. ICMS 11/85 Todos (exceto AM)

40,49% (Aliq. 4%) 36,10% (Aliq. 7%) 28,78% (Aliq. 12%)

40,49% (Aliq. 4%) 36,10% (Aliq. 7%) 28,78% (Aliq. 12%)

20%

O valor do débito da infração, após revisão processada pelos autuantes, passa a ter a seguinte composição, por período mensal:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
08.09.02	1	31/01/2016	09/02/2016	5.924,79	4.880,27
08.09.02	1	29/02/2016	09/03/2016	10.304,03	10.304,03
08.09.02	1	31/03/2016	09/04/2016	21.006,70	20.740,09
08.09.02	1	30/04/2016	09/05/2016	12.630,69	9.778,53
08.09.02	1	31/05/2016	09/06/2016	2.529,84	1.223,19
08.09.02	1	30/06/2016	09/07/2016	9.565,66	3.723,65
08.09.02	1	31/07/2016	09/08/2016	19.553,04	12.088,20
08.09.02	1	31/08/2016	09/09/2016	10.775,24	6.248,36
08.09.02	1	30/11/2016	09/12/2016	30.850,55	0,00
08.09.02	1	31/12/2016	09/01/2017	22.068,90	1.467,20
TOTAL				145.209,44	70.453,52

Quanto ao pedido subsidiário de adequação da multa de 60% aplicada no presente Auto de Infração, observo que os argumentos defensivos estão fundamentados no princípio do não confisco, positivado no art. 150, inc. IV da CF/88. Esta questão não pode ser apreciada por esta JJF, pois não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Importante consignar, em acréscimo às razões acima expendidas, que a penalidade aplicada na ocorrência que compõe o presente Auto de Infração, correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto que deixou de ser recolhido pelo contribuinte, pode ser objeto de redução. Há inclusive previsão de redução da penalidade na própria da peça de lançamento. Os percentuais de redução variam de 90%, caso o imposto fosse pago integralmente antes do encerramento do prazo de impugnação, a 70%, em caso de pagamento não integral, podendo atingir até 25%, se pago o débito antes do ajuizamento da execução fiscal, de forma que as multas lançadas podem ser submetidas a expressivas reduções, conforme previsto na própria lei de regência do ICMS na

Bahia (Lei nº 7.014/96), no seu art. 45. O percentual da multa indicado no Auto de Infração é, portanto, variável e submetido às expressivas reduções previstas em lei.

Isto posto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o brilhante e fundamentado voto do i. Relator, peço vênia para proferir divergência em relação a cognição proposta pela PROCEDÊNCIA do feito em relação à infração 01, que se refere a suposta retenção do ICMS-ST a menos quando da venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária, especificamente no que diz respeito à exigência do ICMS-ST nas operações de vendas realizadas pela autuada para as empresas: COMÉRCIO VAREJISTA DE MÓVEIS IE 47.763.788 e ELETROMÓVEIS TUCANO IE 55.919.245.

Como é sabido, para os casos em que a aquisição não seja para fins de comercialização, ou seja, quando se trata de aquisições para uso e consumo ou imobilizado, o estabelecimento alienante das mercadorias se obriga apenas quanto à retenção do ICMS a título de DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA.

Porém, o que se observou dos autos foi que diversas operações realizadas para estabelecimentos cuja atividade constante do cadastro de contribuintes do Estado da Bahia não se enquadravam como atividade de comércio que envolvesse o produto comercializado pela autuada (CIMENTO). Foram objeto da autuação para fins de exigência do ICMS-ST, quando deveria ter sido exigido o ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS, situação que não resultaria em autuação, pois para estes casos a autuada calculou e recolheu corretamente o DIFAL, restando reclamado apenas a diferença, posto que os autuantes adotaram a base de cálculo acrescida da MVA.

Convencidos do equívoco, os autuantes refizeram os cálculos excluindo as empresas cujo cadastro não se vinculavam a comercialização de cimento. Todavia, com relação às empresas acima indicadas, objeto da presente divergência, os autuantes entenderam que o volume comercializado permitia a presunção de que se tratavam de aquisições para comercialização e mantiveram a exigência que foi também mantida no voto do i. Relator.

Divirjo dessa decisão pelos seguintes motivos:

1. Por não existir norma que obrigue o remetente de mercadorias sujeitas à substituição tributária em avançar para além das informações cadastrais do adquirente para investigar se o cadastro obtido junto ao Estado da Bahia, de fato, condiz ou não com a efetiva atividade comercial exercida;
2. Conforme é sabido a em respeito ao princípio da legalidade não se pode exigir conduta do contribuinte sem que lei anterior tenha lhe imposto;
3. Apenas pelo volume de aquisição não é crível presumir que se trata de aquisições para fins comerciais, trata-se de um indício que submete o fisco a uma investigação *in loco* e junto ao movimento fiscal da empresa adquirente, sobretudo para verificar a ocorrência de comercialização das referidas mercadorias;
4. Só após levada a cabo a investigação por agente revestido de competência da autoridade própria se poderia evidenciar qual o intuito das referidas aquisições;
5. E ainda que a conclusão fosse que de fato as mercadorias foram adquiridas com intuito comercial nenhuma responsabilidade poderia ser transferida ao estabelecimento vendedor sem que antes estivesse comprovado eventual cumplicidade.

De modo que, voto pela improcedência do feito quanto à parcela atinente à exigência do ICMS-ST nas operações de vendas realizadas pela autuada para as empresas: COMÉRCIO VAREJISTA DE MÓVEIS IE 47.763.788 e ELETROMÓVEIS TUCANO IE 55.919.245.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269616.0007/18-0,

lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.453,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

ARIVADO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE