

PROCESSO - A. I. Nº. 269616.0021/19-0
RECORRENTE - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0321-06/21VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/01/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0330-11/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. 1. “COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA”. INFRAÇÃO 01. Nos termos do art. 17 § 1º, I da Lei nº 7.014/96, integra a base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Infração 01 caracterizada. 2. VENDAS PARA ADQUIRENTES REVENDEDORES. INFRAÇÃO 02. Infração 02 parcialmente elidida, em decorrência de revisão elaborada pelo Fisco e de alterações efetuadas de ofício por esta Junta na citada revisão. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado no dia 09/05/2019, para formalizar a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 96.502,24, sob a acusação do cometimento das duas (02) seguintes irregularidades:

Infração 01 – Falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado (01 a 12/2018). Consta que se refere à cobrança de “complementação de alíquota” nas vendas de cimento destinadas a contribuintes inscritos, para uso e consumo ou ativo fixo. R\$ 387.073,67 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – Falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado (01, 02, 03, 06, 10, 11 e 12/2018). “Vendas destinadas à revenda”. R\$ 9.428,57 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 6ª JJF:

VOTO

Todos os elementos necessários para o julgamento da lide estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

O defendente afirmou que o tributo já havia sido recolhido por substituição tributária, em face do art. 150, § 7º da CF/88 e do art. 356 do RICMS/97 (sem vigor), motivo pelo qual não haveria mais nada a pagar. Localizado em Laranjeiras-SE, a maior parte das aquisições que efetua são provenientes de sua matriz industrial.

Alegou, por isso, a existência de bis in idem.

Ocorre que não há neste PAF (Processo Administrativo Fiscal) indícios de que o seu fornecedor, segundo disse, a matriz industrial, tenha recolhido ICMS-ST em favor do Estado da Bahia.

O auditor juntou aos autos, à fl. 52, cópia da nota 1.007.351, para comprovar a falta de destaque do ICMS-ST nas operações fiscalizadas. Intimado, o contribuinte nada disse a este respeito, o que faz incidir a norma do art. 140 do RPAF/99.

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

O autuado também se insurge contra o fato de o Fisco ter usado a base de cálculo do tributo por dentro (ICMS-ST, coluna “K” do demonstrativo de fls. 06 a 10), na qual no valor da operação deve estar embutido o montante do imposto, ao passo que agiu em conformidade com a cláusula segunda, § 1º do Convênio ICMS 93/15, norma transcrita à fl. 22.

Nos termos do art. 17, §1º, I da Lei 7.014/96, integra a base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Infração 01 caracterizada.

Quanto à infração 02, a Fiscalização expôs, às fls. 50/51, os cadastros de todos os estabelecimentos destinatários, ao lado de cada operação autuada.

Do levantamento, constatou que os estabelecimentos de Inscrições Estaduais 042.767.158 (2330301 – fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda) e 066.928.010 (2330302 – fabricação de artefatos de cimento para uso na construção) são, de fato, industriais, razão pela qual, corretamente, deduziu os respectivos valores do levantamento.

As operações com revendedores de cimento tiveram as quantias correlatas mantidas na exigência, também de forma acertada.

O destinatário de Inscrição Estadual 057.594.442 (4772500 – comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal), sendo contribuinte do imposto, mas não revendedor de cimento, nas palavras do auditor, “teve a cobrança do ICMS-ST reduzida” (MVA de 0%), “corrigindo-se seu cálculo para a natureza de complementação de alíquota”. Passou a cobrar a DIFAL, o que significa alteração desautorizada no fulcro da autuação (fundamento de fato e de direito). Por isso, na revisão de fl. 50, a cifra de R\$397,16 da coluna “ST” deve ser retirada.

A Inscrição Estadual 105.357.3243 revelou-se inconsistente. Consulta ao CNPJ respectivo demonstrou tratar-se de contribuinte não inscrito, “razão pela qual a cobrança foi reduzida nos termos da Emenda Constitucional 87/15, que determinou a partilha do ICMS em vendas para consumidor final”, o que também significa alteração desautorizada no fulcro da autuação (fundamento de fato e de direito).

Por isso, na revisão de fl. 50, a cifra de R\$ 820,33 da coluna “ST” deve ser retirada.

Acolho a revisão de fls. 50/51, elaborada pelo Fisco, mas com a ressalva de que o valor de R\$397,16 deva ser deduzido do período de março de 2018 (que passa para a quantia de R\$297,09), assim como o montante de R\$820,33 deduzido do período de junho do mesmo ano, que passa a não ter valor a cobrar.

Infração 02 parcialmente elidida, de R\$9.428,57 para R\$3.019,97, conforme tabela abaixo:

DATA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO
31/01/2018	3.257,51	2.098,81
28/02/2018	317,00	317,00
31/03/2018	1.037,14	297,09
30/06/2018	1505,71	0,00
31/10/2018	1.236,89	0,00
30/11/2018	307,07	307,07
TOTAL	9.428,57	3.019,97

Quanto à multa, este órgão não tem competência para reduzir, cancelar, exercer controle de constitucionalidade ou negar eficácia a normas emanadas de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Irresignado com o valor remanescente, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso.

Inicialmente, tece um breve relato dos fatos e informa a tempestividade da peça recursal.

No mérito, diz que o tributo já foi recolhido por substituição tributária, em face do art. 150, § 7º da CF/88 e do art. 356 do RICMS/97, motivo pelo qual não há mais nada a pagar. Afinal, localizado em Laranjeiras/SE, a maior parte das aquisições que efetua são provenientes de sua matriz industrial.

Alega que a primeira imputação que lhe foi atribuída refere-se “a suposto não recolhimento de DIFAL-ST” de 420 notas fiscais de venda. Observa que nas referidas notas a substituição tributária

foi destacada, o que comprova o recolhimento da “DIFAL-ST”.

Explica que a Fiscalização utilizou a base de cálculo do tributo por dentro, na qual no valor da operação deve estar embutido o montante do imposto, ao passo que o defendente agiu em conformidade com a cláusula segunda, § 1º do Convênio ICMS 93/15, norma transcrita à fl. 22.

Salienta que a Junta se baseou na análise somente de uma nota fiscal para reconhecer a cobrança, desconsiderando as alegações da recorrente. Assim, requer a realização de diligência fiscal para comprovar a ilegalidade da cobrança.

Quanto à infração 02, aduz que os adquirentes não revendem o cimento para aplicação na construção civil, pelo que o imposto devido é a DIFAL, por se tratar de material de uso e consumo ou do ativo imobilizado, e não a substituição tributária, o que afirma com base no art. 8º, § 8º da Lei nº 7.014/96.

Salienta que foi apontado a ausência de recolhimento do ICMS ST de 32 (trinta e duas) notas fiscais de venda de operação interestadual e, conforme os documentos anexos na impugnação, juntados a título de amostragem, o cliente é consumidor final, sendo constatado que o mesmo está cadastrado como revendedor no SAP, porém, conforme atividades cadastradas no cartão CNPJ, os produtos revendidos não são destinados à construção civil.

Desta forma, o imposto devido na presente operação, trata-se do DIFAL, devido ao produto se enquadrar como uso/consumo ou incorporação de ativo imobilizado, ou seja, o ICMS ST não é devido.

Ademais, argumenta que a multa tem natureza de confisco, em razão de que deve ser corrigida, reitera o pedido de diligência e encerra pleiteando o acolhimento das razões recursais.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de falta de retenção do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, conforme especificações contidas no relatório acima.

Em relação à infração 01, a recorrente argumenta que não há imposto a ser pago tendo em vista que este já foi recolhido por substituição tributária. Todavia, observa-se que a recorrente, repisando os termos da defesa inicial, não traz ao processo nenhum elemento fático que corrobore com o quanto alegado.

Ademais, em manifestação fiscal, o auditor, a título de amostragem, juntou aos autos cópia da Nota 1.007.351, para comprovar a falta de destaque do ICMS-ST nas operações fiscalizadas, não tendo a recorrente se pronunciado, muito menos trazido aos autos alguma prova que advogasse contra o quanto demonstrado pela autoridade fiscalizadora, ou seja, que demonstrasse o recolhimento defendido.

No pertinente à alegação de erro na utilização da base de cálculo do tributo por dentro, onde a recorrente manifesta-se dizendo que agiu em conformidade com a cláusula segunda, §1º do Convênio ICMS 93/15, observa-se que a Lei nº 7.014/96, em seu art. 17, §1º, I determina a integração na base de cálculo do montante do próprio imposto.

Assim, pelo quanto exposto, resta caracterizada integralmente a infração 01.

Em relação à infração 02, que imputa o cometimento de falta de retenção do imposto nas vendas para revenda, a recorrente insiste na alegação de venda para consumidor final, o que descaracterizaria a presente infração.

Reconhecendo parte das alegações da recorrente na informação fiscal, o autuante constatou que os estabelecimentos de Inscrições Estaduais nº 042.767.158 (2330301 – fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda) e 066.928.010 (2330302 – fabricação de

artefatos de cimento para uso na construção), são de fato industriais, tendo excluído os respectivos valores do levantamento.

Ademais, o julgador de piso observou a alteração do fulcro da autuação em relação a operação envolvendo o destinatário de Inscrição Estadual nº 057.594.442 (4772500 – comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal), o qual teve a cobrança do ICMS-ST reduzida (MVA de 0%), tendo o autuante corrigido seu cálculo para a natureza de complementação de alíquota, o que não pode ocorrer, motivo pelo qual, o valor de R\$ 397,16 da coluna “ST” foi devidamente excluído.

Também foi excluído pela Junta o valor de R\$ 820,33 da coluna “ST”, tendo em vista que a inconsistência da Inscrição Estadual 105.357.3243 também significa alteração desautorizada no fulcro da autuação.

No mais, a recorrente mais uma vez não apresenta fatos novos capazes de ensejar outra revisão da infração. Caso consiga apresentar documentos que comprovem inequivocamente o caráter de consumidores finais e não vendas para revenda, é possível o controle da legalidade junto à PGE/PROFIS.

Nestes termos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a decisão de piso.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **269616.0021/19-0**, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$390.093,64**, somado à multa de 60%, prevista no art. 42 II “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2021

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS