

N. F. Nº - 269616.0016/19-7

NOTIFICADO - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.

NOTIFICANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR

ORIGEM - IFEP COMÉRCIO

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/05/2021

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0036-04/21NF-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS ST. PROTOCOLO ICMS Nº 11/85. RECOLHIMENTO A MENOS. Considerações de defesa elidem a autuação. Comprovado que, de fato, os valores retidos de ICMS ST, atestados pelos próprios notificantes no demonstrativo de débito da autuação, são os mesmos valores de ICMS ST devido e calculado na forma da legislação pertinente, resta então insubstancial a autuação. Notificação Fiscal IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 09/05/2019, refere-se à exigência de R\$1.324,99 de ICMS, mais multa de 60%, no valor de R\$794,99, e acréscimo moratório de R\$46,64, que perfaz o montante de R\$2.166,62, por ter procedido 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, em relação ao mês de outubro de 2018, conforme demonstrativo “*RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA*”, de fls. 3 dos autos.

Enquadramento legal: Art. 10, da Lei nº 7.014/96, c/c cláusulas terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/85.

O notificado apresentou impugnação às fls. 12/23 do PAF, com manifestações e razões de esclarecimento quanto a irregularidade apontada, que a seguir passo a descrever:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, sendo uma das empresas do Grupo Votorantim, conglomerado econômico nacional e com profundas raízes no Norte/Nordeste do país.

Neste sentido, pontua, como é de praxe do Grupo, sempre diligenciou com afinco para bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público, notadamente no tocante ao cumprimento de obrigações tributárias.

Após descrever os termos da autuação, registra que, conforme restará demonstrada, não é cabível a penalidade de multa no presente caso.

#### I. DAS PRELIMINARES

##### I.1 DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE PETITÓRIO

Aponta que tomou ciência da intimação da presente Notificação Fiscal em 04/07/2019 (quinta-feira) dispendo de 60 (sessenta) dias para quitar o débito ou apresentar defesa.

Sendo assim, diz que o prazo para a presente defesa finda no dia 01/09/2019 (domingo), devendo ser prorrogado para o primeiro dia útil subsequente, 02/09/2019 (segunda-feira), logo absolutamente tempestiva apresente Impugnação, pelo que se requer desde já seu conhecimento.

*I.2 DA RECLAMAÇÃO/DEFESA COM SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. APLICAÇÃO IMEDIATA DOS ARTS. 151, III E 206 DO CTN*

Registra que, entre os vários direitos e garantias consagrados pela CF/88, está o direito de petição ao Poder Público, o qual se compadria com o princípio do devido processo legal, que se desdobra no direito à ampla defesa e contraditório.

Tais previsões dizem estar no art. 5º, XXXIV, “a” e LV da CF/88, os quais pontua que são cláusulas pétreas nos termos do art. 60, §4º da mesma Carta Suprema, que destaca.

Explica 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.

Especialmente 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, II, do CTN

Diante disso, pontua que, necessário se faz a declaração da suspensão de exigibilidade do suposto crédito tributário, para todos os fins de direito, tudo nos termos do art. 206, do CTN. É que, desde já, se requer.

## II. DO DIREITO

Diz que a Fiscalização lavrou a Notificação Fiscal nº 269616.0016/19-7, contra a Votorantim Cimentos NNE, cobrando o complemento do recolhimento do ICMS ST da competência de outubro de 2018 nos termos descrito na inicial dos autos.

Em conjunto com a Notificação Fiscal nº 269616.0016/19-7, recebeu a composição das notas fiscais, objeto da autuação, conforme segue:

DATA	NF	OPER	NCM	CFOP	BC	%	ICMS	RETIDO	MVA	BC ST	ST DEV	DIF
05/10/18	1082939	Cont. ST	25232910	6401	613,42	12	73,61	68,58	28,78%	789,96	142,19	73,61
05/10/18	1082941	Cont. ST	25232910	6401	4.293,92	12	515,27	480,08	28,78%	5.529,71	995,35	515,27
05/10/18	1082940	Cont. ST	25232910	6401	6.134,17	12	736,10	685,82	28,78%	7.899,58	1.421,93	736,11

Destaca que, ao ser analisadas tais notas fiscais, detectou que na emissão do documento, não foi destacado o ICMS de operação própria (Sergipe) e, consequentemente o imposto também não foi recolhido.

Registra que, como a operação se trata de uma venda de cimento (NCM 25232910) destinada para contribuinte cadastrado no Estado da Bahia, conforme a cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/95, o estabelecimento industrial é responsável pela retenção do ICMS ST devida

Para fins de recolhimento do ICMS ST, conforme a cláusula terceira do citado Protocolo, é diminuído do valor devido para o Estado da Bahia o valor do ICMS próprio pago na operação.

Neste caso, diz que não recolheu o ICMS Próprio de modo que a Fiscalização está realizando a cobrança do complemento do ICMS ST, porém observa que o ICMS próprio é devido ao Estado de origem (Sergipe) e não é de competência do Estado da Bahia realizar essa cobrança.

Após apresentar outras considerações, com embasamento em dispositivos do CTN, além de decisões do STJ, diz que não há sobra de dúvidas de que a cobrança que se quer realizar na presente autuação é completamente indevida.

## III. DA COBRANÇA DE MULTA COM CARÁTER CONFISCATÓRI. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Após traçar outras considerações de defesa, em sede de direito, sob o argumento da inexistência de irregularidade, invocando o princípio da verdade material, pontua que, no presente caso, vale a advertência de que está sendo aplicada multa em valores nitidamente confiscatório, em afronta direta às garantias constitucionais, configurando-se, com esta autuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Assim, registra que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada. Após destacar trechos das ementas dos Recursos Extraordinários RE Nº 91.707 (RTJ/1354-Relator:

Moreira Alves) e RE Nº 81.550 (DJ de 13.6.75 – Relator Xavier de Albuquerque), diz que é nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a constitucionalidade de tal exigência, por afronta ao artigo 150, inc. IV, da CF/88. Pede, então, que seja corrigida para se chegar a um patamar razoável.

#### IV. DO PEDIDO

Feita essas considerações diz concluir que a cobrança, em tela, é completamente indevida, o que se pede seja reconhecido imediatamente, posto que:

- a) Seja recebida a presente impugnação, posto que tempestiva, em seu efeito suspensivo da exigibilidade de todo o montante da presente Notificação Fiscal, para que surta todos os efeitos de direito;
- b) Que os fatos já comprovados na presente defesa, se for entendido como necessário, sejam averiguados minuciosamente por meio de perícia/diligência fiscal, o que se suplica desde já;
- c) No mérito, que seja declarado a improcedência total da Notificação Fiscal, visto ter demonstrado que os impostos apontados não são devidos, restando comprovada a sua ilegalidade.

À fl. 57 dos autos, têm a Informação Fiscal produzida pela agente Fiscal Autuante, que assim posiciona:

Diz que em sua peça de defesa a autuada equivoca-se quando ao objeto da autuação. Por não haver destacado nas 3(três) operações o ICMS Próprio – devido ao Estado de origem – entendeu que a presente reclamação se refere a tal parcela, o que efetivamente se caracterizaria como usurpação da competência tributária pelo Estado da Bahia, uma vez que tal titularidade compete ao Estado de Sergipe.

Neste sentido, diz que basta a simples verificação do demonstrativo acostado à fl. 3 dos autos para constatar que:

1. Ainda que o ICMS próprio não tenha sido devidamente destacado, consideraram nos cálculos o valor devido ao Estado, preservando integralmente a respectiva competência tributária, reclamando apenas a diferença a menor do ICMS ST devido ao Estado da Bahia.
2. Nos cálculos apresentados formaram a base de cálculo do ICMS ST – cimento – agregando ao valor da operação original do MVA de 28,78% estabelecido no Protocolo 11/85, aplicando a seguir os percentuais de 18% previsto para as operações internas, deduzindo-se do resultado o valor devido ao Estado de Origem.
3. A agregação do MVA justifica-se pelo fato de que os produtos se destinaram à revenda, conforme a natureza do estabelecimento destinatário, cuja atividade principal consta do seu cadastro como: 4744099 – comércio varejista de materiais de construção geral.

Assim, dizem que o presente lançamento não incorre em qualquer hipótese de improcedência, pelo que manifestam por sua manutenção.

À fl. 72, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

#### VOTO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 09/05/2019, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditores Fiscais lotados na Unidade IFEP COMÉRCIO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, constituíram o presente lançamento fiscal de R\$1.324,99 de ICMS, mais multa de 60%, no valor de R\$794,99, e acréscimo moratório de R\$46,64, que perfaz o montante de R\$2.166,62, por ter procedido 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, em relação ao mês de outubro de 2018, conforme demonstrativo “RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA”, de fls. 3 dos autos.

Enquadramento legal: Art. 10 da Lei nº 7.014/96, c/c cláusulas terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/85.

Trata-se de operações de circulação de mercadorias – *cimento* – através das notas fiscais relacionadas no demonstrativo “RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA”, de fls. 3 dos autos, abarcadas pelo o instituto da substituição tributária na forma do Protocolo ICMS nº 11/85, oriundas do Estado de Sergipe com destino ao Estado da Bahia.

Como a operação se trata de uma venda de cimento (NCM 25232910), destinada a contribuinte cadastrado no Estado da Bahia, conforme a cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/85, o estabelecimento industrial, a VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A, inscrita no CNPJ 10.656.452/0023-95, Contribuinte Autuado, é responsável pela retenção do ICMS ST devida e, por conseguinte, seu recolhimento aos cofres do Estado destino.

É o que se observa da leitura da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/1985, com a nova redação dada pelo Prot. ICMS 128/2013, efeitos a partir de 01.02.2014, vigente à época dos fatos:

*Clausula primeira. Nas operações interestaduais com cimento de qualquer espécie, classificado na posição 2523 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM-SH), entre contribuintes do ICMS situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador na qualidade de sujeito passivo por substituição a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subsequentes saídas ou na entrada para o uso ou consumo do destinatário.*

Sobre a incidência do ICMS ST nas operações, objeto da autuação, não há qualquer discordância do Contribuinte Autuado. Sua irresignação é em relação à base de cálculo levantada pela Fiscalização, que apurou o ICMS ST retido e recolhido aos cofres do Estado da Bahia a menor no valor de R\$1.324,99, dando azo a presente Notificação Fiscal de nº 269616.0016/19-6, em tela, ora em lide.

Para fins de recolhimento do ICMS ST, conforme a cláusula terceira do citado Protocolo, é diminuído do valor devido para o Estado da Bahia o valor do ICMS próprio devido na operação ao Estado de origem, no caso em tela Sergipe.

É o que se observa da leitura da cláusula terceira do Protocolo ICMS 11/85, vigente à época dos fatos:

*Cláusula terceira O imposto retido pelo contribuinte substituto será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pela operação do próprio fabricante.*

Neste caso, diz o Contribuinte Autuado, que não recolheu o ICMS Próprio, objeto das operações, ao Estado de Sergipe, de modo que a Fiscalização está realizando a cobrança do complemento do ICMS ST, que corresponde ao ICMS próprio devido ao Estado de origem (Sergipe), **o que não seria de competência do Estado da Bahia realizar essa cobrança.**

Registraram os agentes Fiscais Autuantes, em sede de Informação Fiscal, ainda que o ICMS próprio não tenha sido devidamente destacado nos documentos fiscais, consideraram nos cálculos o valor devido ao Estado de Sergipe, preservando integralmente a respectiva competência tributária, reclamando apenas a diferença a menor do ICMS ST devido ao Estado da Bahia.

Complementaram, os agentes Fiscais Autuantes, que nos cálculos apresentados, formaram a base de cálculo do ICMS ST, agregando ao valor da operação original a MVA de 28,78%, estabelecido no Protocolo ICMS 11/85, aplicando a seguir os percentuais de 18%, previsto para as operações internas no Estado da Bahia, deduzindo-se do resultado o valor devido de ICMS Próprio de competência da unidade da Federação de origem das operações, objeto da presente Notificação Fiscal, no caso em tela o Estado de Sergipe.

Neste contexto, alegam os agentes Fiscais Autuantes não incorrer em qualquer hipótese de improcedência na autuação, para os valores apontados no demonstrativo “*RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA*”, de fls. 3 dos autos, que abaixo reproduzo:

<b>DATA</b>	<b>NF</b>	<b>BC</b>	<b>%</b>	<b>ICMS</b>	<b>RETIDO</b>	<b>MVA</b>	<b>BC ST</b>	<b>ST DEV</b>	<b>DIF</b>
05/10/18	1082939	613,42	12	73,61	68,58	28,78%	789,96	142,19	73,61
05/10/18	1082941	4.293,92	12	515,27	480,08	28,78%	5.529,71	995,35	515,27
05/10/18	1082940	6.134,17	12	736,10	685,82	28,78%	7.899,58	1.421,93	736,11
<b>TOTAL</b>									<b>1.324,99</b>

Compulsando detidamente o demonstrativo que fundamenta a autuação, acima reproduzido vejo o cometimento de um erro cometido pelos agentes Fiscais Autuantes na apuração do ICMS ST, representado no demonstrativo acima, através da coluna “*ST DEV*”. Esta coluna é apurada pela subtração da coluna “*BC ST*” e a coluna “*ICMS Próprio*” calculado pela alíquota interestadual de 12%. Neste sentido, não vejo como correto essa subtração, sem antes aplicar a alíquota interna de 18% sobre a coluna “*BC ST*”.

Na realidade, os agentes Fiscais Autuantes deveriam aplicar a alíquota interna de 18% sob a coluna “*BC ST*”, calculada com a MVA de 28,78%, então subtrair os valores da coluna “*ICMS Próprio*”, calculado pela alíquota interestadual de 12%, de competência da Unidade da Federação de origem da operação.

Pois bem! Desenvolvendo assim o cálculo do ICMS ST das operações, objeto da autuação, como deveria ter sido desenvolvido pelos agentes Fiscais Autuantes, quando da constituição do lançamento fiscal, vê-se que se encontra os mesmos valores de ICMS ST retido e recolhido aos cofres do Estado da Bahia, pelo Contribuinte Autuado, à época dos fatos, não ensejando qualquer cobrança de ICMS ST nos termos da presente Notificação Fiscal.

É o que se demonstra no quadro abaixo elaborado por este Relator Julgador, mantendo a mesma disposição gráfica do demonstrativo “*RETENÇÃO A MENOR DO ICMS SUBST TRIBUTÁRIA*”, de fls. 3 dos autos, que fundamenta a autuação, com o adendo, agora, no novo demonstrativo, o indicativo das fórmulas que se utilizou para encontrar os valores de cada coluna:

<b>DATA</b>	<b>NF</b>	<b>BC</b>	<b>%</b>	<b>ICMS</b>	<b>RETIDO</b>	<b>MVA</b>	<b>BC ST</b>	<b>%</b>	<b>ST DEV</b>	<b>DIF</b>
(1)	(2)	(3)	(4)	(5=3*4)	(6)	(7)	(8=3*7+3)	(9)	(10=8*9-5)	(11=10-6)
05/10/18	1082939	613,42	12%	73,61	68,58	28,78%	789,96	18%	68,58	-
05/10/18	1082941	4.293,92	12%	515,27	480,08	28,78%	5.529,71	18%	480,08	-
05/10/18	1082940	6.134,17	12%	736,10	685,82	28,78%	7.899,58	18%	685,82	-
<b>TOTAL</b>										-

Em sendo assim, comprovado que, de fato, os valores retidos ICMS ST, atestados pelos próprios notificantes no demonstrativo de débito da autuação, são os mesmos valores de ICMS ST devido calculado acima, resta, então, insubsistente a Notificação Fiscal nº 269616.0016/19-7, em tela.

Após traçar outras considerações de defesa, em sede de direito, sob o argumento da inexistência de irregularidade, invocando o princípio da verdade material, pontua o sujeito passivo, que no presente caso, vale a advertência de que está sendo aplicada multa em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais, configurando-se, com esta autuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Em relação a essa alegação da defesa, de inconstitucionalidade da multa aplicada, sob o manto que a mesma foi fixada em patamares nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais, configurando-se, com esta autuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal, destaco que falece competência esta instância administrativa apreciar tal alegação. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da infração, objeto em análise, art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal, em tela.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal nº 269616.0016/19-7, lavrada contra a **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2021.

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – PRESIDENTA EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR