

**A. I. N°.** - 140780.0013/20-2  
**AUTUADO** - ABS POLIESTIRENO LTDA.  
**AUTUANTE** - MAGNO DA SILVA CRUZ  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 19/05/2022

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0055-03/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RESPECTIVO RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO NO ESTADO DA BAHIA. Autuado não apresenta elementos com o condão de elidir integralmente a acusação fiscal. Ajustes realizados pelo Autuante reduz o valor originalmente lançado. Infração parcialmente caracterizada. Não acatadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/03/2020, exige ICMS no valor de R\$ 897.777,04, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção e o consequente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018. (Infração 07.02.03).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.57/61. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Diz apresentar impugnação, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Declara que para que seja possível a cobrança do crédito tributário, é necessária a comprovação de sua existência. Todo aquele que é credor e, portanto, tem direito a receber uma obrigação, deve possuir provas da existência de seu direito. Geralmente, essa prova é feita por meio de um título ou documento.

Afirma que a documentação da existência da dívida tributária é feita por meio de um ato administrativo que formaliza o crédito tributário denominado lançamento. Portanto, o lançamento é um ato de concretização da lei tributária efetuada pela autoridade administrativa competente para arrecadar e fiscalizar o tributo. Porém, ao documentar a existência do crédito tributário, a administração pública está impedida de praticar o que se denomina de ato administrativo discricionário. A administração está impedida de seguir caminho diverso daquele apontado por lei. Não pode ultrapassar seus limites, sob pena de agir com abuso de poder. Logo, ato administrativo vinculado a lei.

Contudo, diz que o presente Auto de Infração ora guerreado, apresenta erro na construção do lançamento tributário, pois, as alegações do fisco conforme demonstrativos anexos 01/02 e 02/02, não procedem, vez que, as Notas Fiscais Eletrônicas apontadas, não foram emitidas para clientes com o objetivo de comercialização, e sim, com o objetivo de serem utilizadas na industrialização, prestação de serviços e também para uso e consumo próprio do cliente, conforme faz prova os comprovantes de inscrição e situação cadastral no CNPJ (Cadastro

Nacional da Pessoa Jurídica) em arquivo PDF, onde constam as atividades principal e secundárias do contribuinte e planilha eletrônica 01 e 02 elaboradas pelo Autuado.

Afirma que os dados apresentados no demonstrativo elaborado pelo fisco, com a informação de que as compras consignadas naquelas notas fiscais eletrônicas foram para industrialização, prestação serviço e também para uso e consumo próprio do cliente em arquivo *XLS (Excel)*, ambos armazenados no mesmo CD da peça defensiva. Frisa que não se aplica nestes casos, a retenção do ICMS por substituição tributária, conforme determina o artigo 8º, § 8º, III e IV da Lei 7.014/1996.

Isto posto, diz que um dos elementos necessários ao lançamento tributário como ato administrativo é a motivação pela descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que lhe serviram de fundamento. Logo, para que seja quantificado o tributo, compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e se for o caso, impor a multa cabível, conforme o art. 142 do Código Tributário Nacional que reproduz.

Diante do exposto, pede a anulação do Auto de Infração, por vício material insanável na construção do lançamento, ao calcular o montante do tributo devido, com fundamento no artigo 142 do Código Tributário Nacional, cancelando o débito fiscal exigido, para perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Prossegue afirmando que se porventura, for ultrapassada a matéria preliminar exposta, torna-se indispensável o exame do mérito, vez que a suposta irregularidade alegada pelo Fisco Estadual é improcedente pelos motivos que passa a expor.

Repete que a imputação de irregularidade não se materializa, porque não houve nenhuma falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, vez que as notas fiscais eletrônicas apontadas no demonstrativo deste Auto de Infração, não foram emitidas para clientes com o objetivo de comercialização, e sim, com o objetivo de serem utilizadas na industrialização, prestação de serviços e também para uso e consumo próprio do cliente, conforme faz prova os Comprovantes de Inscrição e Situação Cadastral no CNPJ (Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica) em arquivo *PDF*, onde constam as atividades principal e secundaria do contribuinte.

Desta forma, a autuação originou-se de um erro na apuração elaborada pelo fisco, quando deixou de verificar que não se tratava de venda para comercialização, e sim, para serem utilizadas na industrialização, prestação de serviços e também para uso e consumo próprio do cliente, neste caso, requer a improcedência da ação fiscal, cancelando o débito fiscal exigido, por ser de direito e merecida Justiça.

Ante ao exposto: a) requer a apreciação da preliminar arguida para que seja anulado o Auto de Infração, em face do erro na construção do lançamento, eis que o auditor fiscal utiliza critério diverso daquele que a legislação prescreve para a realização do lançamento, violando o artigo 142 do Código Tributário Nacional, que impõe a sua nulidade; b) se afastada a preliminar, no mérito, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer seja acolhida a impugnação, para fim de assim ser decidido, julgando totalmente improcedente este Auto de Infração, pelo absurdo que o mesma retrata e produz, cancelando-se o débito fiscal reclamado, eis que, os valores são indevidos, por não se tratar de vendas para comercialização, e sim, para industrialização, prestação de serviços e para uso e consumo próprio do cliente.

O Autuante presta a informação fiscal fls.67/71. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Afirma que a informação fiscal apresentada tem a finalidade de contestar os argumentos da defesa e informar que, a bem da verdade, as alegações preliminares e do mérito do autuado são improcedentes.

Afirma que a infração do presente Auto de Infração foi constatada mediante fiscalização com a utilização do SIAF-Sistema Integrado de Auditoria Fiscal (V-3.0.01-PA-007) que, com base nos arquivos das Notas Fiscais de Venda e a EFD, apurou a referida diferença de ICMS.

Esclarece que desenvolveu todo o roteiro de fiscalização conforme as normas estabelecidas nos manuais e orientações técnicas, alimentando o SIAF com todos os valores de recolhimento do ICMS (*IncInc*) do período fiscalizado, alimentando também, o sistema com todos os dados do contribuinte, importados da Ordem de Serviço nº 500432/20, e com a realização da parametrização dos dados fiscais e dos itens constantes nas notas fiscais. Dessa forma, o sistema (SIAF) finalizou o resultado da auditoria, apurando o recolhimento a menor do ICMS conforme infração descrita. Sobre os argumentos da defesa, discorda das alegações preliminares conforme justificativas expostas a seguir.

Diz que da leitura atenta dos argumentos e alegações da autuada, não vislumbra erros na descrição da infração, nem na construção do lançamento tributário, visto que os fatos estão claramente descritos e comprovados, a infração está devidamente tipificada, assim como, a multa aplicada, o autuado está identificado, o fato gerador do imposto devido perfeitamente verificado, o cálculo do montante do imposto devidamente comprovado.

Assim, afirma que não há violação ao pressuposto de fato, nem que se falar em anulação do Auto de Infração por vício material insanável na construção do lançamento, pois não há violação ao artigo 18 e incisos respectivos, do RPAF/99, e mesmo que remotamente ocorresse tal violação, teria amparo dos §§ 1º e 2º do artigo citado, e também o artigo 19 do mesmo diploma legal.

Esclarece que os demonstrativos anexados ao Auto de Infração, relacionam as NF'e de vendas com os cálculos das diferenças do ICMS devido, entretanto só identifica o destinatário das mercadorias pelo CNPJ, considerando que todos eles são contribuintes do ICMS. Entretanto, para que sejam determinadas as atividades econômicas por eles desenvolvidas, as quais ensejariam as retenções do ICMS devido por aquelas operações, necessário se faz conhecê-las, motivo pelo qual, na Informação Fiscal apresenta novos demonstrativos, com a indicação, além do CNPJ, a razão social e pelo menos uma atividade econômica desenvolvida pelos destinatários, que os caracterize como contribuintes do ICMS localizados neste Estado.

Informa que as pesquisas da razão social e das atividades econômicas relacionadas tiveram como fonte, consultas na página da RFB-Receita Federal do Brasil, em Emissão de Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, disponível em <https://servicos.receita.fazenda.gov.br>. Também foram consultados os Dados Cadastrais no INC – Informações do Contribuinte, na página da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, disponível em [www.sefaz.ba.gov.br](http://www.sefaz.ba.gov.br) que resultaram nas informações da razão social e atividades econômicas desenvolvidas.

Esclarece que a metodologia que foi utilizada, identifica através do CNPJ na página da RFB, a situação cadastral e de lá extraí a razão social e uma das atividades econômicas, dentre os CNAE's relacionados – principal e secundários, que justificassem a condição de contribuinte adquirente das mercadorias para revenda.

Informa que os novos demonstrativos anexados a Informação Fiscal, elencam as razões sociais e respectivas atividades econômicas passíveis de tributação pelo ICMS, pesquisadas a partir do CNPJ, conforme relação que reproduz, pois são empresas que têm como atividade principal o comércio varejista de materiais para construção, desfazendo assim, as alegações da autuada de que as operações de vendas conforme NF'e relacionadas nos Demonstrativos “*não foram emitidas para clientes com o objetivo de comercialização e sim, com o objetivo de serem utilizadas na industrialização, prestação de serviços e também para uso e consumo próprio do cliente, ...*”.

Assevera que esta relação comprova que os demonstrativos da autuada estão incorretos, considerando que ela listou apenas, atividades, sem identificar os respectivos códigos e razões

sociais, além disso, curiosamente, não relaciona nenhuma atividade de comércio varejista de materiais de construção, como as que ora demonstra.

Reitera que a metodologia utilizada, foi identificar através do CNPJ na página da RFB a situação cadastral e de lá extrair a razão social e uma das atividades econômicas, dentre os CNAE's relacionados – principal e secundários, que justificasse a condição de contribuinte adquirente das mercadorias para revenda. Dá exemplo do CNPJ 20.416.167/0001-45, razão social Ampliato Construções & Serviços Ltda, CNAE principal é 41.20-4-00 - Construção de edifícios, e entre os CNAE's secundários consta nº 47.44-0-99 - Comércio varejista de materiais de construção em geral.

Acrescenta que a autuada tomou como único e verdadeiro o CNAE secundário 23.30-3-01 Fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, desprezando os demais CNAE's secundários, inclusive o 47.44-0-99 - Comércio varejista de materiais de construção em geral, alegando que essa operação não se destinava a comercialização.

Entende que na citada operação de venda (NFe 20947 emitida em 03/01/2017), a autuada não tem condições de afirmar categoricamente, que o destinatário usou a mercadoria em serviços de construção civil, pois poderia ter adquirido para revenda, haja vista que possui Inscrição Estadual 138.162.342, e CNAE apropriado para a operação, e nessa condição, estaria sujeita à retenção do ICMS.

Nesse contexto, diz ser imprescindível acrescentar, que a autuada não considerou para tributação do ICMS ST, todas as atividades relacionadas aos códigos 23.30-3-01 - fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, 23.30-3-02 - fabricação de artefatos de cimento para uso na construção e correlatas, onde se incluem as treliças e as vigotas "T" que são longarinas compostas de concreto (cimento) e ferro e utilizadas paralelamente nas lajes de piso e de cobertura.

Comenta que os fabricantes desses produtos, vendem as longarinas mencionadas, e compram da autuada para revenda, as placas planas de isopor para compor as lajes. Printa fotos dos referidos produtos. Na figura diz que se pode identificar as treliças de concreto e ferro e as placas planas de isopor, estas, fabricadas e fornecidas pela autuada, ficando comprovado que as vendas relacionadas no demonstrativo fiscal e destinadas aos clientes que têm como atividade – 23.30-3-01 fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, 23.30-3-02 fabricação de artefatos de cimento para uso na construção e correlatas – não são para industrialização, muito menos para prestação de serviços, são sim, venda de mercadorias para revenda.

Sustenta que os novos demonstrativos anexados na Informação Fiscal, elencam as razões sociais e respectivas atividades econômicas passíveis de tributação pelo ICMS ST, pesquisadas a partir do CNPJ, pois são empresas que têm como atividade as retromencionadas, desfazendo assim, as alegações da autuada. Aponta relação que comprova, que os demonstrativos da autuada estão incorretos, considerando que não considerou essas atividades como tributáveis pelo ICMS ST.

Fundamentado nesta metodologia, elabora novos demonstrativos para os exercícios fiscalizados, onde mantém os dados dos demonstrativos anteriores, acrescentando as colunas da razão social e das atividades econômicas, e assim, identifica aquelas atividades econômicas que de fato correspondem a industrialização, prestação de serviços e uso próprio do adquirente, tingidas na cor amarela, e exclui os valores do ICMS anteriormente calculado como devido, o que reduz o valor original do Auto de Infração.

Informa que todas as relações dos contribuintes apresentadas anteriormente, são desmembramentos dos novos demonstrativos anexados na Informação Fiscal. Discorda das alegações preliminar e do mérito da autuada, pois ambas são iguais, e apresenta provas infundadas, e por que, por todo o exposto fica comprovado e demonstrado que os destinatários, excetuando aqueles que, de fato constata-se que têm atividades econômicas incompatíveis com o

ICMS ST identificadas nos novos demonstrativos com a cor amarela, são contribuintes do ICMS, realizaram as compras para comercialização estando sujeitos ao pagamento do ICMS devido pelas operações subsequentes.

Dessa forma, assevera que a autuada deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme novos demonstrativos ora anexados, ficando os valores do ICMS devido apresentados no Quadro Resumo do Débito que elabora.

Assim, ante aos fatos relatados, e conforme os novos demonstrativos e anexos apresentados, ratifica toda a ação fiscal para a cobrança do ICMS recolhido a menor no valor de R\$ 366.933,56 referente ao exercício de 2017, e de R\$398.378,42 referente ao exercício de 2018, devidamente corrigidos conforme tabelas elaboradas.

Espera que o presente Auto de Infração seja julgada procedente, com as alterações elencadas.

Ao tomar ciência, o autuado volta a se manifestar fls.124/129. Sintetiza os termos da infração e de sua impugnação inicial. Afirma que a informação fiscal apresentada pelo autuante tem como objetivo iludir este Colegiado, com alegações sem fundamento jurídico, sem amparo no art. 142 do CTN, nem na legislação tributária estadual.

Diz que, da leitura dos argumentos do fisco, extrai que o autuante para rebater sua argumentação, de que as vendas que realizou foram para comercialização, utiliza metodologia de identificar através do CNPJ na página da RFB a situação cadastral e de lá extrair a razão social e uma das atividades econômicas, dentre os CNAE's relacionados - principal e secundários, que justificasse a condição de contribuinte adquirente das mercadorias para revenda e de forma subjetiva.

Comenta que, o que caracteriza a retenção do ICMS é a venda para comercialização. Portanto, a interpretação subjetiva do Autuante de que a razão social e uma das atividades econômicas, dentre os CNAE's relacionados - principal e secundários, justifica a condição de contribuinte adquirente das mercadorias para revenda, não possui nenhum fundamento legal, pois o direito empresarial admite o registro de empresas com atividade comercial, industrial e prestação de serviços que é o caso das empresas relacionada pelo CNPJ em discussão na informação fiscal, e o art. 109 do CTN não permite que os princípios gerais de direito privado, seus institutos e conceitos sejam apontados pra efeito de interpretação da legislação tributária.

Além disso, sustenta que a alegação do Autuante, de que não teria condições de afirmar categoricamente, que o destinatário usou a mercadoria em serviços de construção civil, pois poderia ter adquirido para revenda, também não possui nenhum fundamento legal, porque a relação de compra e venda de mercadoria está disciplinada no Código Civil nos artigos 481 a 504. Desta forma, se o comprador pessoa jurídica de direito privado celebra um contrato de compra e venda, escrito ou verbal e apresenta sua Inscrição Estadual com atividades principal e secundárias de Indústria, comércio e serviços e diz que a compra das mercadorias será destinada a industrialização, não cabe ao vendedor ir verificar se as mercadorias compradas pelo cliente foi efetivamente empregada na industrialização e sim, ao fisco quando o fiscalizar, pois nem o Código Civil, nem o Código de Defesa do Consumidor permite tal procedimento, art. 422 CC/2002.

Alega ainda o autuante, que a autuada não considerou para tributação do ICMS/ST todas as atividades relacionadas aos códigos - 23.30-3-01 fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, 23.30-3-02 - fabricação de artefatos de cimento para uso na construção e correlatas, onde se incluem as treliças e as vigotas "T", que são longarinas compostas de concreto (cimento) e ferro e são utilizadas paralelamente nas lajes de piso e de cobertura.

Explica que os fabricantes de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, e os fabricantes de artefatos de cimento para uso na construção e correlatas, vendem

o produto laje pré-moldada sobre encomenda no tamanho certo da área construída em que a laje pré-moldada será concretada, portanto, as placas de isopor é matéria-prima da laje pré-moldada que só pode ser adquirida sobre encomenda por motivo da metragem. Assim, o fabricante de laje pré-moldada, não vende o isopor separado e sim, o produto laje pré-moldada, que é composta de longarinas, vergalhões, tela de aço e o isopor que substituiu os antigos blocos de cerâmica para laje pré-moldadas.

Diante disso, assevera que a relação apresentada pelo Autuante na informação fiscal é improcedente, pois é fruto de uma interpretação subjetiva, desconsiderando as atividades primárias ou secundárias quando forem atividades industrial ou prestação de serviços, para considerar apenas, a atividade comercial que pode ser tanto primária, quanto secundária, com o objetivo de cobrar o ICMS/ST de empresas que tem mais de uma atividade (industrial, comercial e prestação de serviços).

Sobre a alegação do Autuante, de que não teria violado a legislação vigente, na construção do lançamento, diz que o dispositivo violado foi o artigo 142 do Código Tributário Nacional, que trata das normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, por vício material insanável, ao calcular o montante do tributo devido.

Diante do exposto, comenta que a informação fiscal prova que o Autuante agiu de forma subjetiva na interpretação do fato gerador do ICMS ST, com o objetivo de cobrar o referido tributo sem amparo legal, o que causa um enriquecimento ilícito da Fazenda Pública.

## VOTO

Preliminarmente, o defendente arguiu nulidade do Auto de Infração. Disse que o Autuante agiu de forma subjetiva, na interpretação do fato gerador do ICMS/ST, com o objetivo de cobrar tributo sem amparo legal. Alegou que o lançamento de ofício teria violado a legislação vigente, artigo 142 do Código Tributário Nacional, que trata das normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, por vício material insanável, ao calcular o montante do tributo devido.

Observe que o art.142 do CTN assim dispõe: *compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Sendo assim, compulsando os elementos que compõem o presente PAF, constato que todos os requisitos exigidos pelo citado dispositivo legal se encontram retratados neste processo. Portanto, carece de suporte fático ou jurídico tal alegação. Verifico que neste auto de infração o procedimento fiscal foi desenvolvido de acordo com as normas legais, em conformidade com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA, como também, observando as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente as contidas no seu art. 39. A autoridade fiscal é competente e se encontrava no desempenho de suas funções fiscalizadoras, estando claramente identificadas a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, permitindo o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório pelo contribuinte.

O defendente afirmou que valores indevidos consignados no levantamento fiscal para calcular o montante do tributo devido, torna o lançamento nulo por vício material insanável.

Não acato esta alegação. Destaco que não implica nulidade da autuação fiscal as eventuais incorreções, haja vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, o autuado entendeu a irregularidade que lhe foi imputada e se defendeu citando dados do levantamento fiscal. Ademais, em sede de informação fiscal, o Autuante reconheceu a ocorrência de valores indevidos que foram devidamente excluídos da exigência fiscal, ajustando o levantamento fiscal, em total consonância com o § 1º, do art. 18 do RPAF/99.

Sendo assim, considero purgadas as eventuais incorreções ou omissões que foram devidamente supridas, não havendo cerceamento ou mesmo mitigação ao amplo direito de defesa concedido ao autuado, razões pelas quais, não acolho as arguições de nulidades alinhadas pelo defendente.

Nesta senda, não foi identificada qualquer violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal, ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes à irregularidade imputada.

Dessa forma, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente processo exige ICMS, sob a acusação de que o autuado não efetuou a retenção do referido imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018. (Infração 07.02.03).

A matéria encontra-se normatizada nos termos do art.8º, inciso II da Lei 7.014/96, *in verbis*:

*Art. 8º. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;*

Dúvidas não há, sobre a obrigação do contribuinte em realizar a retenção, com o consequente recolhimento do ICMS, nos termos expostos pela lei, no dispositivo acima reproduzido.

No entanto, a lide se instalou no caso em discussão, porque o Autuado apresenta o entendimento de que se enquadraria nas exceções previstas no § 8º, incisos III e IV do mesmo diploma legal, conforme reproduzo:

*Art.8º (. . .)*

*§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:*

*( . . . )*

*III - 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;*

*IV - a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos municípios, sendo a mercadoria destinada a emprego na prestação de tal serviço, a menos que haja indicação expressa de lei complementar acerca da incidência do ICMS nos fornecimentos a serem efetuados pelo prestador.*

Nessa toada, o defendente alegou que a acusação fiscal não procede, pois não se aplicaria a retenção do ICMS por substituição tributária, nas operações elencadas no demonstrativo elaborado pelo fisco, visto que as compras consignadas naquelas notas fiscais eletrônicas foram realizadas para industrialização, prestação de serviço e também para uso e consumo próprio do cliente.

Por sua vez, o Autuante, em sede de informação fiscal, esclareceu que todas as operações constantes das notas fiscais consignadas no levantamento fiscal foram vendas direcionadas a contribuintes do ICMS, com a finalidade de comercialização.

Explicou que para maior clareza a respeito da irregularidade apurada, considerando que o levantamento fiscal só identificava o destinatário das mercadorias pelo CNPJ, e como prova de que as atividades econômicas por eles desenvolvidas ensejam a obrigação do autuado pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelo regime de Substituição Tributária, decidiu apresentar novos demonstrativos com total detalhamento a respeito da identificação, além do CNPJ, razão social e atividade econômica desenvolvida pelos destinatários, para que não restassem dúvidas a respeito da respectiva caracterização dos citados clientes do autuado como contribuintes do ICMS.

Esclareceu o procedimento utilizado na apuração da irregularidade. Disse ter identificado através do CNPJ, na página da Receita Federal do Brasil, a situação cadastral, a razão social, a atividade econômica, dentre os CNAE's relacionados – principal e secundários, que caracterizam a condição de contribuinte adquirente de mercadorias para revenda. Acrescentou que as citadas empresas têm como atividade principal o comércio varejista de materiais para construção.

Fundamentado nesta metodologia, elaborou novos demonstrativos para os exercícios fiscalizados, onde manteve os dados dos demonstrativos anteriores, acrescentando as colunas da razão social e das atividades econômicas, e assim, identificou as atividades econômicas que de fato correspondessem à industrialização, prestação de serviços e uso próprio do adquirente, valores tingidos na planilha pela cor amarela, excluindo os valores de ICMS correspondentes do levantamento fiscal, o que reduziu o valor originalmente lançado no Auto de Infração.

Remata que todos os destinatários são contribuintes do ICMS, realizaram as compras para comercialização, estando sujeitos ao pagamento do ICMS devido pelas operações subsequentes, excetuando aqueles que de fato constata-se que têm atividades econômicas incompatíveis com o ICMS/ST, identificados pelos valores nos novos demonstrativos com a cor amarela.

O defendente insistiu que a acusação fiscal é subjetiva, pois é frágil a alegação do Autuante, de que não se pode afirmar se o destinatário usou a mercadoria em serviços de construção civil, como alegado pela defesa, visto que poderia ter adquirido para revenda. Disse que tal argumento não possui nenhum fundamento legal, e que a relação de compra e venda de mercadoria está disciplinada no Código Civil nos artigos 481 a 504. Acrescentou que se o comprador, pessoa jurídica de direito privado celebra um contrato de compra e venda, escrito ou verbal e apresenta sua inscrição estadual com atividades, principal e secundária, de Indústria, comércio e serviços, declarando que as mercadorias serão destinadas à industrialização, não cabe ao vendedor verificar se as mercadorias compradas pelo cliente foram efetivamente empregadas na industrialização, e sim ao fisco, no desempenho da fiscalização.

Observe que cabe ao sujeito passivo o zelo pela legitimidade de suas operações comerciais, e as informações cadastrais dos contribuintes são públicas, estão disponíveis no endereço eletrônico da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e da Receita Federal do Brasil. Cabe salientar, que nos termos do art. 23 do RICMS/2012, *“o contribuinte é responsável pela verificação, via Internet, da regularidade cadastral do contribuinte que com ele promover transação comercial”*.

Nessa linha de entendimento, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Autuado não se desincumbiu de comprovar suas alegações, com dados e provas que tivessem o condão de elidir a irregularidade apurada.

Assim, conforme os novos demonstrativos e anexos apresentados, acolho as conclusões do Autuante que ajustou o levantamento, reduzindo a exigência fiscal para o valor de R\$ 366.933,56 para o exercício de 2017, e R\$ 398.378,42, referente ao exercício de 2018, conforme tabelas elaboradas em sede de informação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140780.0013/20-2**, lavrado contra **ABS POLIESTIRENO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 765.311,98**, acrescido da multa de 60%, prevista alínea ‘e’, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR