

**PROCESSO** - A. I. N° 282219.0901/16-3  
**RECORRENTE** - VOTORANTIM CIMENTO N/NE S/A. (CIMENTO NASSAU)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0024-05/17  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 20/04/2023

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0073-11/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO; **b)** DEIXOU DE PROCEDER À 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. Após diversas diligências revisou argumentos específicos quanto aos documentos fiscais e os respectivos destinatários finais, com a indicação do CFOP que determina a efetiva destinação das mercadorias constantes no documento fiscal. Infrações parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão recorrida. Indeferido a proposta da redução da multa. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 20/09/2016, o qual exige crédito no valor histórico de R\$414.791,22 em razão das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1 (008.009.002)** - *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 (008.009.003)** - *Deixou de proceder a retenção 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;*

Após a devida instrução processual, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente, por unanimidade, o Auto de Infração, pelos seguintes termos abaixo colacionados:

**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 a 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", 7ª 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 omissor 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 inconstitucionalidade 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.*

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação a Decisão de Primeira Instância pelos seguintes fundamentos abaixo reproduzidos:

Após tecer um breve relato dos fatos, informa a tempestividade do presente recurso e suscita a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 206 do CTN.

No mérito da infração 01, a qual trata de *recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas*, alegou novamente que o contribuinte que procedeu 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).

Ressaltou 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”. Alegou que a principal diferença entre as duas formas citadas e descritas é a utilização, ou não, da MVA para cálculo do imposto devido.

Informou que identificou que 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.

Asseverou 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 o art. 8º, § 8º, II e IV, o qual corrobora seu entendimento. Assim, defendeu não ser devido o recolhimento via ICMS-ST (com MVA), mas sim como Diferencial de Alíquotas (sem MVA) que foi a forma recolhida.

Requeru que seja feita uma minuciosa perícia, a fim de demonstrar o quanto alegado, de que nenhuma das alegações contra a recorrente se baseiam em fatos, sendo na verdade lastreados em meros equívocos, diante da complexa e vasta operação comercial da recorrente.

Quanto à infração 2, a qual trata de *ausência de retenção e recolhimento de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, em vendas para contribuintes deste Estado, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015*, atesta que não incorreu na autuação que lhe foi imputada.

Informou que procedeu com 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. Afirmou 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 defendente 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. Assinalou 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 entende ser a cobrança indevida.

Assim, aduz 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.

Ato contínuo, alega a imprescindibilidade da realização de diligência / perícia técnica, uma vez que a busca pela verdade material deve nortear o processo administrativo.



Cita doutrinas, jurisprudência e o art. 123, § 3º do Decreto nº 7.629/99, objetivando o deferimento do pedido de perícia técnica a ser realizada de acordo com as disposições seguintes.

Ratificou 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.

Defendeu também, a realização de diligência com auxílio de um expert para que possa descortinar o tema no que tange à prova de que o preço de transferência praticado pela Requerente é composto exclusivamente de custos oriundos do seu processo industrial.

Teceu alegações sobre a confiscatoriedade da multa aplicada e, por fim, requer:

- a) Declare a improcedência *in totum* do Auto de Infração, reconhecendo a absoluta legalidade da conduta da Requerente, dando-se baixa definitiva no débito objeto do Auto de Infração em epígrafe;
- b) Que seja deferida a imprescindível perícia tantas vezes suplicada e justificada nos presentes autos, por apego à ampla defesa e contraditório, cláusulas pétreas da CF/88;
- c) Que seja deferido o pedido para que a Recorrente realize sustentação oral com fundamento no art. 163 do Decreto nº 7.629/1999, bem como intimação dos patronos da causa no endereço: Rua Frederico Simões, nº 85, sala 601, Caminho das Árvores, Salvador-BA, CEP 41.870-774 (Dr. Aldemir Augusto), acerca da data a ser designada a sessão de julgamento do presente Recurso Voluntário;
- d) Por aplicação ao caso prático do Princípio Processual da Eventualidade, caso algum valor do Auto de Infração seja mantida, o que se cogita por amor ao debate, que dele seja afastada a desarrazoada, desproporcional e confiscatória multa aplicada.

Na sessão do dia 19/12/2017, a então relatora da época (Laís de Carvalho Silva), junto com este colegiado deliberou converter os autos em diligência à PGE/PROFIS para opinativo sobre o questionamento da recorrente de *“não ser devido o recolhimento via ICMS-ST (com MVA), mas sim como Diferencial de Alíquotas (sem MVA) que foi a forma recolhida pela empresa, ora recorrente, uma vez que assegura ter efetuado as vendas para adquirentes que não iriam efetuar a revenda de cimento”, no entanto “compulsando os demonstrativos e Comprovantes de Inscrição e de Situação Cadastral da Receita Federal anexados pelo autuante, vislumbra-se que empresas do ramo da construção civil, que são destinatárias finais do cimento, estão presentes na autuação”* que são:

1. P.R.O DE CARVALHO ME – PR CARVALHO CONSTRUÇÕES E REFORMAS, tendo como atividade principal a construção de edifícios (fl. 85);
2. INTERBUILD CONSTRUÇÕES LTDA – INTERBUILD SOMAR CONSTRUÇÕES LTDA, tendo como atividade principal obras de engenharia civil (fl. 89);

Também, na diligência foi solicitado o encaminhamento à INFAZ DE ORIGEM no sentido de o autuante refizesse *“os demonstrativos, excluindo da autuação as empresas de construção civil acima elencadas, destinatárias finais do cimento comercializado pela empresa recorrente”*.

No opinativo da PGE/PROFIS, a Procuradora Dra. Leila Ramalho opinou que, examinando a documentação dos autos, que identificou empresas do ramo da construção civil, atividade esta, que consta na forma do item 07 da Lista de Serviços anexa na LC nº 116/2003, submetida à incidência do ISS municipal. Assinalou que não vislumbra divergência normativa, pois o Convênio ICMS 11/85 – Cláusula Primeira, somente estabelece a obrigatoriedade de retenção e antecipação tributária nas operações interestaduais realizadas entre contribuintes do ICMS, não colidindo, portanto, com a regra do supracitado art. 8º, § 8º da Lei nº 7.014/96, pois tal regra harmoniza pela dispensa e antecipação quando a mercadoria se destinar a estabelecimento prestador de serviço sobre o qual incide o ISS.

A procuradora sustenta que inexistente conflito de normas apontadas, portanto opina pela exclusão da autuação os valores relativos àquelas vendas cujos destinatários comprovadamente dediquem a tal ramo de atividade. A procuradora assistente acompanhou o pronunciamento.

Os autos retornaram a relatora que converteu os autos à INFAZ DE ORIGEM para que o autuante procedesse o refazimento dos *“demonstrativos, excluindo da autuação as empresas de construção civil acima elencadas, destinatárias finais do cimento comercializado pela empresa recorrente”*, após a PGE/PROFIS confirmar as alegações do recorrente.

Na conclusão da diligência feita pelo autuante, fls. 178-79, que refez o demonstrativo, no qual excluiu do levantamento as empresas de construção civil e outros destinatários não contribuintes, consumidores finais de cimento, reduzindo o valor da infração 1 para R\$38.961,11, conforme fls. 180/193.

Após intimado, o contribuinte, patrono se manifesta nas fls. 204/207, onde fez uma síntese dos fatos da autuação, relatou quanto tempestividade peça manifestativa e verificou que a diligência proferida reduziu a infração 1 de R\$143.068,79 para R\$38.961,11. Todavia, sustenta que não ficou claro os critérios do trabalho do preposto fiscal. Pontua que o mesmo critério devia ser aplicado na infração 2 que infelizmente foi olvidado e requereu nova diligência para o alegado. Pugna ao preposto fiscal realize a diligência para refazer o demonstrativo, excluindo da autuação as empresas de construção civil ou outros destinatários não contribuintes, consumidores finais do cimento comercializado na infração 02.

Na conclusão da 2ª diligência, fls. 209/211, o autuante esclareceu quanto ao critério adotado para revisão da Infração 01 e disse que se procedeu à exclusão de todas as empresas de construção civil – e não apenas das duas construtoras exemplificadas. Excluiu-se também os destinatários industriais que não têm como atividade secundária a comercialização do mesmo produto.

Assinala que os destinatários mantidos apresentam como atividade principal ou secundária o *comercio varejista (ou atacadista) de materiais de construção*, ou mesmo o *comercio atacadista de cimento*. Desse modo, as operações a estes destinadas não podem ser excluídas do âmbito da substituição tributária.

Reconhece procedente o pleito de que o mesmo procedimento seja aplicado à Infração 02, uma vez que também contempla destinatários do ramo da construção civil – inclusive, mas não só – aquelas exemplificadas. Além de outros de natureza industrial, desde que não pratiquem a comercialização como atividade secundária.

Afirma que procedeu as exclusões e correções cabíveis, o valor original de R\$271.722,43 foi reduzido para R\$172.098,50. Cabe registrar o tratamento dado às operações destinadas à CONTIMASSA INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI, pois conforme se vê no seu registro cadastral junto a esta SEFAZ (fl. 214), a mesma tem como atividade principal a *“2330305 - Preparação de massa de concreto e argamassa para construção”* e como atividade secundária *“4679699 – Comercio atacadista de materiais de construção em geral”*. Como já firmado acima, a atividade principal ensejaria a exclusão das operações da aplicação da substituição tributária. Contudo, como também já consignado, é devida a aplicação do mecanismo da substituição por conta da sua atividade secundária. Optamos neste particular por um tratamento intermediário. Calculamos o ICMS substituição tributária sem a aplicação do MVA sobre a base de cálculo, imputando na prática apenas a complementação de alíquota. Isto porque, se calculado com a inclusão do MVA o valor resultante (cerca de R\$302.700,00) ultrapassaria aquele inicialmente reclamado na Infração 02, o que não se admite por princípio.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 219/222, o patrono, após verificar a redução feita pelo autuante da infração 2 de R\$271.722,41 para R\$172.098,50, salienta que concorda com os resultados parciais das duas diligências não se opondo quanto às reduções.

Destaca que, ainda na infração 02, o pedido recebido da CONTIMASSA INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI foi um pedido de compra na condição de insumo, tendo a empresa

constatado no SINTEGRA que a atividade do destinatário da operação é a preparação de massa de concreto e argamassa, de modo que não havia razão para agir diferente do que foi feito.

Suplica que nos casos em que a atividade principal do destinatário da operação não é a venda das mercadorias adquiridas, como demonstrado no caso da CONTIMASSA INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI, cuja declaração foi juntada aos autos, fl. 234, deve ser afastada a alegada infração, conforme expressa previsão do art. 149, IV e VIII do CTN.

Na 3ª diligência, fls. 227-28, o autuante destacou que a previsão para que o fabricante ‘agisse diferente do que foi feito’ está definida na Cláusula nona, inciso III do Convênio ICMS 142/18: *“III - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, desde que este estabelecimento não comercialize o mesmo bem ou mercadoria”*.

Afirma o destinatário em questão tem como atividade secundária *“4679699 – Comercio atacadista de materiais de construção em geral”*, o que enseja a manutenção da cobrança. Manteve os valores das infrações 1 e 2, conforme as diligências feitas.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 231/33, volta a suplicar os mesmos fatos da última manifestação, reproduz o art. 149, IV e VIII do CTN. Junta declaração da empresa que pede pela exclusão dos valores referente a empresa CONTIMASSA INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI, onde descreve código: 23-30-3-05 (Preparação de massa de concreto e argamassa para construção).

O autuante se manifesta, fls. 239-40, pois a recorrente diz que não tem como determinar se a aquisição se destinaria a uso ou revenda, razão pela qual não poderia ser responsabilizada. De fato, a fabricante não pode ser responsabilizada pelo tipo de operação subsequente nas vendas que realiza.

Informa que a fabricante – por força do Convênio ICMS 142/18 – está obrigada à verificação dos códigos de atividades dos adquirentes. Assim é que o mencionado convênio condiciona a não aplicação da substituição tributária nas vendas a estabelecimentos industriais *“desde que este estabelecimento não comercialize o mesmo bem ou mercadoria.”* (Cláusula nona, III).

Salienta que não é o caso da CONTIMASSA, que tem como atividade secundária o CNAE *“4679699 – Comercio atacadista de materiais de construção em geral”*. Para que este estabelecimento goze da exceção prevista para destinatários industriais é imprescindível que o mesmo pratique atividades exclusivamente industriais. A mera declaração não tem prevalência sobre o que prevê a norma.

Em seguida, os autos foram redistribuídos a esta relatora para apreciação, em virtude do encerramento do mandato da I. Cons. Laís de Carvalho Silva.

## VOTO

Acuso a tempestividade do Recurso Voluntário nos termos do art. 171 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), desta forma cabe a sua apreciação.

Nesta fase recursal, o patrono da recorrente veio aos autos tentar modificar a Decisão recorrida que a 5ª JJF julgou pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado pelo cometimento de duas infrações:

**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 retenção 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;*



Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, aprecio diretamente o mérito.

Em sua peça recursal, inicialmente, a recorrente apresentou as mesmas alegações da sua defesa inicial, como bem destacou o julgador de piso, quando sintetizou seu o principal argumento:

*“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”*

Em seguida, no tocante a infração 01, disse que analisou todas as notas e não identificou nenhuma que se enquadrasse como revendedor de cimento ou materiais de construção, daí arguiu não ser devido o recolhimento de ICMS-ST (com MVA), mas sim como Diferencial de Alíquotas (sem MVA) que foi a forma recolhida. Ressalte-se que dentre os destinatários estão presentes na autuação empresas do ramo da construção civil, que são destinatárias finais do cimento”, dentre elas:

1. P.R.O DE CARVALHO ME – PR CARVALHO CONSTRUÇÕES E REFORMAS, tendo como atividade principal a construção de edifícios (fl. 85);
2. INTERBUILD CONSTRUÇÕES LTDA – INTERBUILD SOMAR CONSTRUÇÕES LTDA, tendo como atividade principal obras de engenharia civil (fl. 89);

Já quanto a infração 02, alegou ter vendido mercadorias para utilização na construção civil – não contribuinte, cuja operação não tem incidência de ICMS-ST, afirmou que foram identificadas 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 recorrente entende ser indevida a cobrança de ICMS – ST.

Analisando a documentação acostada pela recorrente, a relatora há época (Laís de Carvalho Silva) encaminhou um questionamento a PGE que se pronunciou sentido da aplicação da regra do art. 8º, § 8º da Lei nº 7.014/96, pois a mesma dispensa a retenção ou antecipação quando a mercadoria se destinar a estabelecimento prestador de serviço sobre o qual incide o ISS, como é o caso das empresas da Construção Civil. Daí, opinou pela exclusão da autuação os valores relativos às vendas cujos destinatários comprovadamente dedicassem a essa atividade. Vejamos o que diz a regra:

*“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:*

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

*(...)*

*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.”*

Diante desse opinativo, o processo foi encaminhado em diligência por duas vezes, a primeira, fls. 178/179, o autuante excluiu as empresas do ramo da construção civil na Infração 01, no entanto só o fez na infração 02, na diligência seguinte, acostadas às fls. 209/211, onde também exclui outras empresas prestadoras de serviços. Após os refazimentos, a infração 01 foi reduzida de R\$143.068,79 para R\$ 38.961,11 e a infração 02, R\$271.722,43 para R\$172.098,50.

Destarte, nesta última diligência, em relação a infração 02, o autuante registrou que deu um tratamento diferente às operações destinadas à empresa CONTIMASSA INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI, pois segundo o registro cadastral junto a esta SEFAZ (fl. 214), a mesma tinha como atividade principal o código “2330/3-05 - Preparação de massa de concreto e argamassa para construção” e como atividade secundária “4679699 – Comercio atacadista de materiais de

SECRETARIA  
DA FAZENDA

*construção em geral*”, reiterou que a atividade principal enseja na exclusão das operações da aplicação da substituição tributária, entretanto segundo ele, é devida a aplicação do mecanismo da substituição por conta da sua atividade secundária. Daí, optou por um tratamento intermediário, aplicando a ICMS substituição tributária sem a aplicação do MVA sobre a base de cálculo, imputando na prática apenas a complementação de alíquota, ou seja, o Diferencial de Alíquota propriamente dito.

A recorrente inconformada, alegou que concordava com os resultados, exceto no tocante a cobrança da empresa supracitada, reitera que foi um pedido de compra na condição de insumo, onde foi constatado que a empresa, em consulta do cadastro no SINTEGRA, que é um site para consulta pública, a única atividade que aparece é a industrial – assim descrito: **Preparação de massa de concreto e argamassa (print abaixo)**. Para corroborar com sua afirmação, junta declaração da empresa CONTIMASSA INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI, fl. 234, onde a mesma afirma ter destinado toda sua aquisição de cimento, junto a recorrente, nos anos de 2014 e 2015, na preparação de massa de concreto e argamassa para construção.

IDENTIFICAÇÃO			
CNPJ:	08.156.186/0001-84	Inscrição Estadual:	069.421.408
UF:	BA		
Razão Social:	CONTIMASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA		
ENDEREÇO			
Logradouro:	RUA DA PEDREIRA ARATU		
Número:	S/N	Complemento:	
Bairro:	BARRAGEM DE IPITANGA		
UF:	BA	Município:	SALVADOR
CEP:	41410200		
Endereço Eletrônico:	FISCAL@ORGANIZACAOSILVEIRA.COM.BR		Telefone:
		(71 ) 21045400	
INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES			
Atividade Econômica:	Preparação de massa de concreto e argamassa para c		
Data da Inscrição Estadual:	19/07/2006	Usuário SEPD :	-----
Situação Cadastral Atual:	Habilitado	Data desta Situação Cadastral:	26/04/2019
Condição:	NORMAL		
Observações:			
Regime de Apuração de ICMS:	C/CORRENTE FISCAL		

Na busca da verdade material, passei a analisar todos os SPEDs EFD - Escrituração Fiscal Digital, nos períodos de 2014 e 2015, de modo a identificar possíveis comercializações dos produtos adquiridos da recorrente, e assim pude extrair que a mesma realizou as seguintes operações:

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS														PERÍODO DE AFUPURAÇÃO: 01/01/2014 a 31/01/2014		
CONTRIBUINTE CONTRAMASSA INDUSTRIA DE ARIGMASSA LTDA										UF:BA MUNICÍPIO: Salvador - BA						
CNPJ/CPF: 08.156.196/0001-84										INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408						
Data emissão	Data Saída	Item	Modo	Final	RP	Equipat	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Rede social		
		CST/ICMS			CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base do Cálculo ICMS		Valor ICMS		Base do Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST	Valor IPI
RESUMO - TOTAIS																
Saída	CST/ICMS		CFOP	Alíquota ICMS		Total Operação		Base do Cálculo ICMS		Valor ICMS		Base do Cálculo ICMS ST		Total ICMS ST		Total IPI
00	5101			12,00		5.101 1.935.002,50		1.935.002,50		328.950,45		0,00		0,00		0,00
00	5101			12,00		27.200,00		27.200,00		3.264,00		0,00		0,00		0,00
00	6201			12,00		288,35		288,35		34,60		0,00		0,00		0,00
00	040			555,4		147.300,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	050			6915		3.710,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
				TOTAL		2.113.500,90		1.962.490,90		332.249,05		0,00		0,00		0,00

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS													
CONTRIBUINTE: CONTINASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA										PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/02/2014 a 28/02/2014			
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408										UF: BA MUNICÍPIO: Salvador - BA			
Data emissão	Data saída	Nº Doc.	Nº Nota	Nº Valor	Base de Cálculo ICMS	Valor ICMS	Base de Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST	Valor IPI	Resultado social			
		Intenç.	Recup.	Recibo	CFOP	Alíquota ICMS	Base de Cálculo ICMS	Valor ICMS	Base de Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST	Valor IPI		
RESUMO - TOTAIS													
Situação	CFOP	Alíquota ICMS	Total Operações	Base de Cálculo ICMS	Total ICMS	Base de Cálculo ICMS ST	Total ICMS ST	Total IPI					
00	5101	17.00	1.507.191,66	1.507.191,66	256.222,63	0,00	0,00	0,00					
00	6101	0,00	4.500,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00					
00	6101	12,00	9.600,00	9.600,00	1.152,00	0,00	0,00	0,00					
00	5554	0,00	65.000,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00					
00	6913	0,00	895,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00					
00	6915	0,00	2.762,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00					
<b>TOTAL</b>			1.589.948,66	1.516.791,66	257.374,63	0,00	0,00	0,00					

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS														
CONTRIBUINTE: CONTINISSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA										PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/03/2014 a 31/03/2014				
CNPJ/CPF: 08.156.186/0001-84				INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408				UF: BA		MUNICÍPIO: Salvador - BA				
Data emissão	Data Saída	Nº Doc.	Modal.	Modo	Nº caixa	EQ/SAT	Serie	Subserie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UP	Município	Resido social
		Inicial	Fiscal											
			CONTING		CRDP					Base do Cálculo ICMS	Valor ICMS		Base do Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST
														Valor IPI
RESUMO - TOTAIS														
Situação	CONTING	CRDP			Alíquota ICMS	Total Operação	Base do Cálculo ICMS	Total ICMS	Base do Cálculo ICMS ST	Total ICMS ST	Total IPI			
00	000	5101			17,00	1.051.341,16	1.051.341,16	178.728,02	0,00	0,00	0,00			0,00
00	040	5554			0,00	45.000,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00			0,00
					TOTAL	1.096.341,16	1.051.341,16	178.728,02	0,00	0,00	0,00			0,00



REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS														
CONTRIBUINTE CONTIMASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA														
CNPJ/CPF: 08.156.186/0001-84				INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408				UF: BA		MUNICÍPIO: Salvador - BA		PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/04/2014 a 30/04/2014		
Data emissão	Data Saída	Nr. Doc.		Modelo	Nº Caixa	ECF/SAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Receita simplificada
		Inicial		Fiscal										
		CST/ICMS		CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base de Cálculo ICMS	Valor ICMS	Base de Cálculo ICMS ST		Valor ICMS ST	Valor IPI
RESUMO - TOTAIS														
Situação	CST/ICMS	CFOP	Alíquota ICMS		Total Operação		Base de Cálculo ICMS		Total ICMS		Base de Cálculo ICMS ST		Total ICMS ST	Total IPI
00	000	5101	17,00		1.329.055,27		1.329.055,27		225.939,41		0,00		0,00	0,00
00	000	5910	17,00		40,00		40,00		6,80		0,00		0,00	0,00
00	020	5202	17,00		550,00		323,53		55,00		0,00		0,00	0,00
00	040	5554	0,00		45.000,00		0,00		0,00		0,00		0,00	0,00
00	050	5909	0,00		12.201,00		0,00		0,00		0,00		0,00	0,00
TOTAL					1.386.846,27		1.329.418,80		226.001,21		0,00		0,00	0,00

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS															
CONTRIBUINTE CONTIMASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA										PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/05/2014 a 31/05/2014					
CNPJ/CPF: 08.156.186/0001-84										INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408					
UF: BA										MUNICÍPIO: Salvador - BA					
Data emissão	Data Saída	Nr. Doc.		Modelo	Nº caixa	ECF/SAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	
		Inicial	Fiscal												
CST/ICMS				CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base de Cálculo ICMS		Valor ICMS	Base de Cálculo ICMS ST		Valor ICMS ST	Valor IPI
RESUMO - TOTAIS															
Situação	CST/ICMS	CFOP	Alíquota ICMS		Total Operação		Base de Cálculo ICMS		Total ICMS		Base de Cálculo ICMS ST		Total ICMS ST		Total IPI
00	000	5101	17,00		1.877.717,01		1.877.717,01		319.211,95		0,00		0,00		0,00
00	000	6101	12,00		111.795,00		111.795,00		13.415,40		0,00		0,00		0,00
00	040	5554	0,00		45.000,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	040	5949	0,00		22.235,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	040	6554	0,00		300,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
TOTAL					2.057.047,01		1.989.512,01		332.627,35		0,00		0,00		0,00

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS															
CONTRIBUENTE CONTIMASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA															
CNPJ/CPF: 08.156.186/0001-84															
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408															
UF: BA															
MUNICÍPIO: Salvador - BA															
PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/06/2014 a 30/06/2014															
Data emissão	Data Saída	Nº Doc.		Modelo	Nº caixa	ECF/SAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Resultado	
		Inicial	Fiscal												
		CST/ICMS		CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base de Cálculo ICMS		Valor ICMS		Base de Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST	Valor IPI
RESUMO - TOTAIS															
Situação	CST/ICMS	CFOP	Alíquota ICMS		Total Operação		Base de Cálculo ICMS		Total ICMS		Base de Cálculo ICMS ST		Total ICMS ST		Total IPI
00	000	5101	17,00		1.541.255,91		1.541.255,91		262.013,48		0,00		0,00		0,00
00	000	6101	12,00		66.120,00		66.120,00		7.934,40		0,00		0,00		0,00
00	040	5913	0,00		18.000,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	040	6554	0,00		300,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	050	6913	0,00		1.867,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
TOTAL					1.627.542,91		1.607.375,91		269.947,88		0,00		0,00		0,00

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS															
CONTRIBUINTE CONTIMASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA															
CNPJ/CPF: 08.156.186/0001-84      INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408      UF: BA      MUNICÍPIO: Salvador - BA      PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/07/2014 a 31/07/2014															
Data emissão	Data Saída	Nº Doc.		Modelo	Nº caixa	ECF/SAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	
		Inicial	Fiscal												
CST/ICMS				CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base de Cálculo ICMS		Valor ICMS		Base de Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST	Valor IPI
RESUMO - TOTAIS															
Situação	CST/ICMS	CFOP	Alíquota ICMS		Total Operação		Base de Cálculo ICMS		Total ICMS		Base de Cálculo ICMS ST		Total ICMS ST		Total IPI
00	000	5101	17,00		1.825.620,10		1.825.620,10		310.355,45		0,00		0,00		0,00
00	000	6101	12,00		95.700,00		95.700,00		11.484,00		0,00		0,00		0,00
00	040	5554	0,00		73.100,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	040	6556	0,00		3.750,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
TOTAL					1.998.170,10		1.921.320,10		321.839,45		0,00		0,00		0,00

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS															
CONTRIBUINTE CONTIMASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA															
CNPJ/CPF:08.156.186/0001-84															
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408															
UF:BA															
MUNICÍPIO: Salvador - BA															
PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/08/2014 a 31/08/2014															
Data emissão	Data Saída	Nr. Doc.		Modelo	Nº caixa	ECF/SAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	
		Inicial	Final												
		CST/ICMS		CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base de Cálculo ICMS		Valor ICMS	Base de Cálculo ICMS ST		Valor ICMS ST	Valor IPI
RESUMO - TOTAIS															
Situação	CST/ICMS	CFOP	Alíquota ICMS		Total Operação		Base de Cálculo ICMS		Total ICMS		Base de Cálculo ICMS ST		Total ICMS ST		Total IPI
00	000	5101	17,00		1.817.322,14		1.817.322,14		308.944,78		0,00		0,00		0,00
00	000	6101	12,00		107.300,00		107.300,00		12.876,00		0,00		0,00		0,00
00	040	6554	7,00		570,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
TOTAL					1.925.192,14		1.924.622,14		321.820,78		0,00		0,00		0,00

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS															
CONTRIBUINTE CONTIMASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA															
CNPJ/CPF:08.156.186/0001-84															
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408															
UF:BA															
MUNICÍPIO: Salvador - BA															
PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/09/2014 a 30/09/2014															
Data emissão	Data Saída	Nr. Doc.		Modelo	Nº caixa	ECF/SAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	
		Inicial	Fiscal												
		CST/ICMS		CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base de Cálculo ICMS		Valor ICMS	Base de Cálculo ICMS ST		Valor ICMS ST	Valor IPI
RESUMO - TOTAIS															
Situação	CST/ICMS	CFOP	Alíquota ICMS		Total Operação		Base de Cálculo ICMS		Total ICMS		Base de Cálculo ICMS ST		Total ICMS ST		Total IPI
00	000	5101	17,00		1.708.593,25		1.708.593,25		290.490,88		0,00		0,00		0,00
00	000	5556	0,00		50,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	000	6101	12,00		152.250,00		152.250,00		18.270,00		0,00		0,00		0,00
00	040	5554	0,00		235.000,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	050	6915	0,00		895,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
TOTAL					2.096.788,25		1.860.843,25		308.730,88		0,00		0,00		0,00

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS															
CONTRIBUINTE CONTIMASSA INDUSTRIA DE ARGAMASSA LTDA						INSCRIÇÃO ESTADUAL: 69421408			UF:BA		MUNICÍPIO: Salvador - BA		PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/11/2014 a 30/11/2014		
CNPJ/CPF:08.156.186/0001-84															
Data emissão	Data Saída	Nr. Doc.		Modelo	Nº caixa	ECF/SAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	
		Inicial	Final												
CST/ICMS				CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base de Cálculo ICMS		Valor ICMS		Base de Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST	Valor IPI
RESUMO - TOTAIS															
Situação	CST/ICMS	CFOP	Alíquota ICMS		Total Operação		Base de Cálculo ICMS		Total ICMS		Base de Cálculo ICMS ST		Total ICMS ST		Total IPI
00	000	5101	17,00		1.447.409,75		1.447.409,75		248.099,70		0,00		0,00		0,00
00	000	6101	12,00		34.800,00		34.800,00		4.176,00		0,00		0,00		0,00
00	040	5554	0,00		105.000,00		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
00	040	5949	0,00		1.119,70		0,00		0,00		0,00		0,00		0,00
TOTAL					1.588.329,45		1.482.209,75		250.235,70		0,00		0,00		0,00







CFOP	Descrição
5101/6101	Venda de produção do estabelecimento
5116/6116	Venda de produção do estabelecimento originada de encomenda para entrega futura
5118/6118	Venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente
5201/6201	Devolução de compra para industrialização ou produção rural
5202/6202	Devolução de compra para comercialização
5551/6551	Venda de bem do ativo imobilizado
5554/6554	Remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora do estabelecimento
5556/6556	Devolução de compra de material de uso ou consumo
5901/6901	Remessa para industrialização por encomenda
5909/6909	Retorno de bem recebido por conta de contrato de comodato
5910/6910	Remessa em bonificação, doação ou brinde
5913/6913	Retorno de mercadoria ou bem recebido para demonstração
5915/6915	Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo
5922/6922	Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura
5923/6923	Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem
5949/6949	Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado

Posto isto, resta comprovado que a mesma não realizou qualquer **Venda de Mercadoria**, seja normal cujo CFOP seria **5.102/6102** -Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, ou ainda **5.403/6403** - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto ou sequer como o código **5.405/6405** - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído.

De tal forma, assiste razão a recorrente, no tocante a infração 02, devendo dela ser excluídas as operações realizadas para a empresa CONTIMASSA INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI, ficando assim reduzida para o valor de R\$22.659,98.

No tocante ao argumento de caráter confiscatório da multa aplicada, foge da competência dos órgãos julgadores administrativos sua apreciação, à luz do quanto dispõe o Art. 167, I do RPAF/BA, enquanto que o pedido de redução da multa também falece competência para tal por este órgão julgador. Acrescente-se que a penalidade aplicada é a legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96, portanto, deve ser mantida.

De tal forma, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, ficando as infrações 01 e 02 reduzidas para R\$61.621,09, como segue:

OCORRÊNCIA	INFRAÇÃO 1		INFRAÇÃO 2	
	Vlr. LANÇADO	Vlr. JULGADO	Vlr. LANÇADO	Vlr. JULGADO
JAN.2014	6.155,74	2.643,65	3.826,37	0,00
FEV.2014	3.452,10	1.301,52	7.187,31	0,00
MAR.2014	3.761,86	1.313,87	3.712,98	0,00
ABR.2014	2.951,07	1.115,10	3.712,98	0,00
MAI.2014	2.389,12	1.335,12	2.227,79	0,00
JUN.2014	2.633,58	1.613,59	2.970,38	647,88
JUL.2014	3.203,52	2.659,52	3.987,16	647,88
AGO.2014	5.356,12	1.936,38	4.239,55	0,00
SET.2014	7.012,51	4.393,14	3.061,32	0,00
OUT.2014	6.358,70	5.194,54	3.275,55	0,00
NOV.2014	5.095,33	3.849,14	2.230,09	0,00
DEZ.2014	8.236,79	3.875,10	3.817,85	0,00
JAN.2015	5.734,74	1.615,35	2.759,34	0,00
FEV.2015	5.046,79	526,91	5.000,42	0,00
MAR.2015	2.543,66	837,76	6.139,25	0,00
ABR.2015	10.619,01	1.123,16	12.295,09	0,00
MAI.2015	7.706,66	287,15	11.210,56	0,00
JUN.2015	9.069,14	871,92	11.456,65	0,00
JUL.2015	9.961,14	1.063,43	17.024,25	0,00
AGO.2015	5.495,66	0,00	17.882,05	645,26
SET.2015	4.304,41	272,07	29.109,88	0,00
OUT.2015	8.335,87	283,17	66.269,89	20.718,96

NOV.2015	11.283,13	283,17	32.034,92	0,00
DEZ.2015	6.362,14	566,35	16.290,80	0,00
<b>TOTAL</b>	<b>143.068,79</b>	<b>38.961,11</b>	<b>271.722,43</b>	<b>22.659,98</b>
<b>TOTAL DO AUTO DE INFRAÇÃO (Infração 1 + 2)</b>				<b>61.621,09</b>

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVIDO** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 282219.0901/16-3, lavrado contra **VOTORANTIM CIMENTO N/NE S/A. (CIMENTO NASSAU)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 61.621,09**, acrescido da 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, 27 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS