

**PROCESSO** - A. I. Nº 207104.0008/20-7  
**RECORRENTE** - DURATEX S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão 5ª JJF nº 0054-05/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 17/08/2023

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF Nº 0223-12/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REMETENTE ESTABELECIDO NO ESTADO DE SÃO PAULO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUÍNTES SITUADOS NA BAHIA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST. MVA AJUSTADA APLICADA MENOR QUE A PREVISTA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Para apuração do ICMS-ST, a partir do valor do produto, aplica-se a MVA vigente no período, encontrando-se a base de cálculo do ICMS-ST, a qual reduz-se de modo que resulte na carga tributária prevista de 8,8% do ICMS-ST. Excluídas às vendas de mercadorias destinadas a uso e consumo ou para consumidores finais não inscritos. Razões recursais capazes à reforma parcial do Acórdão recorrido. Indeferido pedido de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata de Auto de Infração, lavrado em 24/09/2020 e com ciência em 23/12/2020 (fl. 282), para exigir do remetente, situado no Estado de São Paulo, o ICMS retido e recolhido a menos de R\$ 192.666,74, mais multa de 60%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, inscrito no Estado da Bahia sob nº 19.712.406, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, relativos aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2019, conforme acusação a seguir:

**“Infração 01 - 08.49.02:**

*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.*

*Apurado conforme o quadro resumo e demonstrativos que seguem anexos (reproduzidos em arquivos magnéticos com cópias para o contribuinte), através dos quais encontra-se o montante do ICMS ST devido nas vendas relacionadas e respectivas diferenças do imposto a serem recolhidas para o Estado da Bahia”.*

A Decisão recorrida, após constatar que o lançamento atende ao devido processo legal e indeferir o pedido de diligência, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, com os seguintes fundamentos:

**VOTO**

[...]

*Na sequência, como preliminar de mérito, passo ao exame da arguição de decadência dos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a novembro do exercício de 2015.*

[...]

*No caso em lide, observo que: (i) houve registro das notas fiscais que acobertaram as operações objeto da Infração 01, na EFD do contribuinte, possibilitando que o autuante auditasse os lançamentos efetuados pela autuada e identificasse os fatos considerados infracionais que deram origem a este A.I; (ii) houve pagamento, mesmo que parcial, do imposto, referente às mencionadas operações, conforme indicado na coluna “ICMS RETIDO P/EUCATEX” dos Demonstrativos de fls. 14 a 276v; e (iii) não há comprovação nos autos da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, para justificar a aplicação do art. 173, I do CTN, consoante a*

manifestação da Procuradoria Fiscal adrede mencionada, de que “... é mister que seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.” Assim, concluo que deve ser aplicada a regra do art. 150, § 4º do CTN.

Então, considerando que o A.I. em exame foi lavrado em 24/09/2020 e que o ato de lançamento por ele formalizado se tornou perfeito e acabado com a ciência do Contribuinte verificada em 18/12/2020, entendo que os fatos geradores anteriores a dezembro/2015, relacionados com a Infração 01, ocorridos até 30/11/2015 foram fulminados pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados naqueles períodos ficam extintos, por força do art. 156, V do CTN, a seguir reproduzido:

[...]

Desta forma, devem ser excluídas as parcelas correspondentes aos fatos geradores ocorridos nos períodos compreendidos entre os meses de janeiro a novembro, do exercício de 2015, conforme demonstrativo abaixo inserido. (R\$ 13.212,46)

[...]

No que tange ao mérito da autuação referente à Infração 01, que versa sobre o “... 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”, percebo que o fulcro da lide se concentra em dois pontos.

O primeiro ponto, se concretiza na divergência quanto a MVA Ajustada que deveria ter sido aplicada para apuração da base de cálculo do ICMS ST. Entende a autuada que, para os produtos (válvulas NCMs 8481.80.93, 8481.80.95, 8481.80.99) tal MVA Ajustada deveria ser no percentual de 47,86%, o qual calculou mediante a aplicação da fórmula:  $MVA \text{ Ajustada} = [(1 + MVA \text{ ST original}) \times (1 - Alq. \text{ Interna}) / (1 - Alq. \text{ Intra})] - 1$ . Por sua vez, entende o autuante que a MVA Ajustada a ser utilizada pelo contribuinte é aquela correspondente a 62,47% (até 09/03/2016) e 64,45% (a partir de então), indicadas no Anexo I do RICMS/BA (DECRETO Nº 13.780/2012) para as operações interestaduais com as mercadorias (NCMs 8481.80.93, 8481.80.95, 8481.80.99), arroladas no levantamento fiscal, sujeitas à alíquota de 7%.

O segundo ponto de discussão, diz respeito a alegação defensiva de que parte das operações arroladas pelo autuante foram destinadas ao uso/consumo dos adquirentes e, portanto, não seria aplicável a MVA para a obtenção da base de cálculo do ICMS ST, visto que aquelas mercadorias não seriam revendidas.

Quanto ao primeiro ponto divergente, verifico que, de fato, o Anexo I do RICMS/BA (DECRETO Nº 13.780/2012) estabelece que nas operações interestaduais com as mercadorias (NCMs 8481.80.93, 8481.80.95, 8481.80.99), objetos da ação fiscal sujeitas à alíquota de 7%, como é o caso em apreço, a MVA Ajustada era de 62,47%, até 09/03/2016 e 64,45%, a partir de 10/03/2016. Entendo que o sujeito passivo não poderia utilizar-se de outra MVA Ajustada, por ele calculada, tendo em vista que ele, na condição de substituto tributário devidamente cadastrado na SEFAZ/BA, está sujeito às normas postas pelo Estado da Bahia, por força da extraterritorialidade conferida pelo Protocolo ICMS 104/2009. E tais normas definem de forma específica qual a MVA Ajustada a ser utilizada pelo contribuinte para definição da base de cálculo do ICMS ST, nas operações em comento. Concluo, portanto, que a fiscalização aplicou corretamente a MVA Ajustada na apuração do valor da exigência fiscal em combate.

[...]

No que concerne ao segundo ponto divergente, constato que as NFs nos s 2378902 e 2268559 (fls. 316v e 317), acostadas pela defesa, contemplam observação no campo “DADOS ADICIONAIS” de que os produtos por elas acobertados se destinavam a consumo no estabelecimento adquirente. E que, a NF nº 2268559, está lançada no Registro de Entradas da EFD (mês 11/2018), do adquirente no CFOP 2.407 (Compra de mercadoria para uso ou consumo cuja mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária), conforme excerto da EFD, abaixo inserido, demonstrando a legitimidade da alegação defensiva quanto a este documento. Entendo que o mesmo raciocínio se aplica em relação à NF nº 2378902 (fls. 316v), salientando, contudo, que a verificação do registro desta NF na escrita fiscal do adquirente não pôde ser realizada em razão da inexistência da EFD do destinatário, que é optante do Simples Nacional, no banco de dados do SPED. Concluo que, comprovado que os produtos acobertados pelas NFs mencionadas linhas acima não se destinaram para revenda, não há aplicação da MVA para a apuração do ICMS ST, pois não haverá operações subsequentes, devendo as parcelas da exigência fiscal referentes às mencionadas NFs, nos montantes respectivos de R\$ 290,99 (outubro/2018) e R\$ 41,40 (janeiro/2019), ser excluídas do total exigido.

[...]

Neste diapasão, julgo que no presente caso está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do ICMS apurado nos levantamentos fiscais consubstanciados nos documentos de fls. 12 a 276, e na mídia de CD de fls. 281, que dão supedâneo à autuação em apreço, referente à Infração 01, descrita na fl. 01 deste PAF, em especial pelo fato do contribuinte: (i) não ter utilizado as MVAs Ajustadas previstas no Anexo I do RICMS/BA (DECRETO Nº 13.780/2012) quando da apuração da base de cálculo do ICMS ST e (ii) não ter trazido aos autos a totalidade dos elementos probatórios, capazes de comprovar todas as operações que afirma ter sido destinadas a uso/consumo dos seus clientes, embora dispusesse do prazo de 60

(sessenta) dias para fazê-lo, e assim obliterar in totum a imputação fiscal de número 01, descrita na peça de lançamento, vez que, na dicção do Art. 123, § 5º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia à Autuada apresentar todas as provas capazes de elidir a exigência fiscal correspondente à Infração contestada, na fase de Impugnação do Lançamento.

[...]

In fine, concluo que a ação fiscal cujos resultados se apresentam demonstrados nos autos, por intermédio dos documentos de fls. 12 a 276, e da mídia de CD de fl. 281, apurou 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, os quais propiciam a substância necessária para legitimar as Infração 01 descrita no Auto de Infração que deu origem ao presente PAF, como parcialmente consistente, ficando reduzido o valor histórico principal lançado de R\$ 192.666,74 para R\$ 179.121,89, conforme tabela abaixo inserida.

[...]

Pelas razões acima expostas voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, às fls. 349 a 362 dos autos, no qual aduz que deve ser reformada, afastando integralmente a exigência fiscal, do que como prova de suas alegações anexa documentos às fls. 403 a 691, diante das seguintes alegações:

1. Da correta aplicação do Convênio ICMS 52/91 e cálculo da MVA das operações com válvulas sob NCM: 8481.80.93; 8481.80.95 e 8481.80.99, cujas mercadorias submetem-se a redução da base de cálculo do ICMS, conforme Convênio ICMS 52/91, de modo que a carga tributária seja equivalente a 8,80% (art. 266, I, “a”, do RICMS/BA). E que, nos termos previstos no art. 289, § 14, do RICMS/BA, para determinação da base de cálculo da substituição tributária, o percentual da margem de valor agregado a ser aplicado sobre o valor da operação deverá ser ajustado e calculado segundo a fórmula: “MVA Ajustada = [(1+ MVA ST original) x (1 – ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1”, do que destaca que o ajuste da MVA tem a finalidade de equalizar a base de cálculo da operação interestadual com a interna, de modo a evitar a concorrência desleal de aquisições de fora e de dentro do Estado, consoante disposto no art. 152 da Constituição Federal.

Aduz que, de acordo com o art. 289, inciso III, do § 14 do RICMS/BA, está expresso que no cálculo do ICMS-ST o contribuinte pode considerar como alíquota interna o coeficiente correspondente à alíquota interna ou **percentual de carga tributária efetiva**, do que exemplifica para concluir que a operação não acarreta a redução em duplicidade do imposto devido, pois, como o ICMS compõe a própria base de cálculo, se não houver o ajuste da MVA de acordo com o ICMS efetivamente pago, haverá a inclusão na base presumida de uma alíquota maior do que aquela realmente praticada, o que, segundo o apelante, comprova-se que os valores recolhidos de ICMS-ST estão de acordo com as legislações em vigor (Protocolo ICMS 104/09; Convênio ICMS 52/91 e art. 289, § 14 do RICMS/BA).

2. Operações de vendas destinadas ao uso e consumo dos clientes, as quais não cabem a inclusão da MVA no cálculo da DIFAL, do que, como prova de sua alegação, às fls. 405 a 691 dos autos, anexa notas fiscais que indicam no campo “DADOS ADICIONAIS” a sigla “CUP – Consumo”, cuja situação ocorreu com todas as operações acobertadas pelas 211 notas fiscais (excluindo-se o período de janeiro a novembro/2015), disponibilizadas pelo recorrente em fase fiscalizatória, sendo incabível a alegação da JJF, em relação às Notas Fiscais nºs 2378902 e 2268559, anexadas a título de exemplos, de que caberia à autuada apresentar todas as provas capazes de elidir a exigência fiscal;

Observa que em todas as notas que constam a informação “CUP – Consumo”, o DIFAL foi corretamente recolhido por substituição tributária, contudo sem a MVA, já que não se trata de mercadoria para revenda e sim para uso ou consumo dos clientes, como atestou a própria JJF.

3. Requer a redução da multa aplicada de 60% ao patamar de 20% do valor do tributo, tendo em vista o nítido caráter confiscatório, como já reconhecido pelo STF no julgamento do RE 582461.
4. Pede que o Recurso Voluntário seja conhecido para reformar a Decisão recorrida, julgando o



Auto de Infração improcedente, do que protesta pela juntada posterior de documentos e pela baixa dos autos em diligência para confirmação dos cálculos de ICMS-ST recolhidos corretamente, bem como da venda das mercadorias para uso ou consumo. Por fim, que todas as notificações e intimações sejam endereçadas à sua Gerência Jurídica Tributária e Previdenciária, à Av. Paulista, nº 1938, 8º andar, CEP nº 01310-942, São Paulo (SP).

À fl. 697 dos autos, consta que a 2ª CJF converteu o PAF em diligência ao autuante para se pronunciar sobre as provas e alegações documentais trazidas pelo recorrente, analisando-as e justificando se elidem, mesmo que parcialmente, a citada exigência e, finalmente, caso necessário, apresente novos demonstrativos do valor remanescente.

Às fls. 701 a 703 dos autos, em atenção à diligência fiscal lhe encaminhada, quanto à MVA aplicável, o autuante aduz que, conforme já dito na informação fiscal, o entendimento adotado para fins de cálculo do débito apurado é no sentido de que a MVA aplicável, para definição da base de cálculo do ICMS-ST devida, é aquela prevista na legislação interna, neste caso 62,47% para operações ocorridas até 09/03/2016 e 64,45% para o período seguinte, como previsto no item 8.79 do Anexo I do RICMS/BA.

E que, em seguida, reduziu-se os montantes individuais encontrados para valores correspondentes aos percentuais de 51,17% aplicável ao período em que a alíquota interna do ICMS era de 17% e para 48,88% para o período subsequente (18% de ICMS), obtendo-se assim a redução prevista conforme a cláusula primeira, inciso II do Convênio ICMS 52/91.

Assim, têm-se que a carga final do ICMS incidente sobre os produtos comercializados pelo autuado (NCM's nºs 8481.90.93/80.95/80.97 e 80.99), corresponde somente ao percentual de 8,8% da base de cálculo acima referida, conforme apresentado através do Demonstrativo de fls. 13 a 276.

Observa que, se a 2ª CJF decidir validar o procedimento adotado pelo contribuinte, onde reduz primeiramente a MVA incidente sobre as suas operações (47,86% em qualquer situação) e em seguida faz uma nova redução da mesma base a pretexto de adequar à carga prevista pelo Convênio ICMS 52/91 (8,8%), é certo que não persiste o débito reclamado, conforme demonstra (fl. 701v).

Inerentes às vendas de mercadorias para uso ou consumo final, o autuante entende que assiste razão parcial ao autuado, visto que alguns dos referidos destinatários foram assim identificados. Porém, grande parte dos mesmos são comerciantes varejistas/atacadistas de materiais de construção ou similares e, portanto, sujeitos a retenção do ICMS na fonte, conforme relaciona às fls. 702 e verso,

Assim, informa que foram refeitos os cálculos de fls. 13 a 276, preservando o entendimento de que não cabe a dupla redução de base invocada pelo apelante, mas excluindo-se os valores cobrados sobre as vendas de bens de uso/consumo ou consumidores finais identificados e também para afastar o período afetado pela decadência, apresentando novo demonstrativo de cálculo com débitos mensais e analíticos, no total de R\$ 171.939,05, consoante documentos às fls. 704 a 772 dos autos.

Às fls. 777 a 785 dos autos, em nova manifestação, o recorrente reitera suas razões recursais quanto à MVA aplicável no cálculo do ICMS-ST e no tocante às vendas de bens de uso ou para consumidores finais, do que enfatiza que, caso os julgadores necessitem de maiores detalhes, como verificação da EFD dos clientes que não estão pelo regime do Simples Nacional, dever ser determinada nova diligência para tal fim, tendo em vista que não possui meios para tal pesquisa.

Por fim, à fl. 865 dos autos, o autuante reitera seus entendimentos e finaliza que o autuado insiste que no novo lançamento ainda estariam incluídas operações destinadas a uso e consumo, mas não lhe assiste razão, do que destaca que o Protocolo ICMS 104/09 é objetivo no sentido de afirmar que as vendas de materiais de construção oriundas do Estado de São Paulo destinados a contribuintes do ICMS estabelecidos no Estado da Bahia ficam sujeitas a retenção do ICMS, sendo esta a regra. Assim, se, por ventura, algum destinatário destes produtos utilizá-los como no próprio estabelecimento, a legislação interna é dotada de mecanismos que asseguram a

restituição do imposto eventualmente retido além do DIFAL. Porém, não cabe ao vendedor, obrigado a fazer a retenção, afastar sua obrigação ancorado somente em mecanismos internos, contrariando a determinação legal.

Diz que conforme relação, às fls. 735v, assim como as fichas cadastrais, de fls. 736 a 772 dos autos, têm-se a identificação da atividade desenvolvida pelos destinatários das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 705 a 734, de onde foram afastadas as cobranças referentes às operações destinadas a uso e consumo ou para consumidores finais não inscritos, do que salienta que os exemplos indicados pelo autuado (fls. 743 e 759) são varejistas de materiais de construção, sujeitos, portanto, à retenção do ICMS pelo remetente situado no Estado de São Paulo, como determina o Protocolo ICMS 104/09, integralmente incorporado a legislação baiana.

Este é o Relatório.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, proferida pela 5ª JJF - Acórdão JJF nº 0054-05/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$ 179.121,89, após excluir os valores relativos aos meses de janeiro a novembro de 2015, extintos por decadência, de cujo lançamento de ofício original, lavrado em 24/09/2020, o contribuinte foi cientificado em 23/12/2020 (fl. 282), sob a acusação de ter procedido a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$ 192.666,74, acrescido da multa de 60%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, inscrito no Estado da Bahia sob nº 19.712.406, referente às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, relativos aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2019.

As razões recursais de mérito delimitam-se às alegações de que:

1. Para correta aplicação do Convênio ICMS 52/91 a MVA das operações com válvulas sob NCMs: 8481.80.93; 8481.80.95 e 8481.80.99 deverá resultar na carga tributária efetiva equivalente a 8,80% e que os valores recolhidos de ICMS-ST estão de acordo com as legislações em vigor (Protocolo ICMS 104/09; Convênio ICMS 52/91 e arts. 266, I, “a” e 289, § 14 do RICMS/BA).
2. Operações de vendas destinadas ao uso e consumo dos clientes, as quais não cabem a inclusão da MVA no cálculo da DIFAL, do que, como prova de sua alegação, às fls. 405 a 691 dos autos, anexa notas fiscais que indicam no campo “DADOS ADICIONAIS” a sigla “CUP – Consumo”, cuja situação ocorreu com todas as operações acobertadas pelas 211 notas fiscais (excluindo-se o período de janeiro a novembro/2015).

Da análise das peças processuais, especialmente o demonstrativo analítico às fls. 705 a 734v dos autos, no qual apura o valor remanescente de R\$ 171.939,05 em razão da diligência desta 2ª CJF (fl. 697), verifica-se que para efeito da apuração do ICMS-ST, o autuante, a partir do valor do produto, aplicou a MVA vigente no período, encontrando a base de cálculo do ICMS-ST, a qual foi reduzida de modo que resultasse na carga tributária de 8,8% do ICMS-ST, previsto no art. 266, I, “a” do RICMS/Ba, conforme recortes a seguir:

DATA	NF Nº	PROD.	Vlr. Aq	B.C.	ICMS	MVA %	BC-ST	BC Red	ICMS-ST	ICMS-ST Dev.	ICMS-ST ret.	Dif..
02/12/2015	1505508	b. reg. Gav	1.313,76	964,69	67,53	62,47%	<b>2.134,47</b>	1.104,80	<b>187,82</b>	120,29	103,40	16,89
10/03/2016	1557246	b. reg. Gav	290,88	213,59	14,95	64,45%	<b>478,35</b>	233,82	<b>42,09</b>	27,14	22,90	4,24
30/12/2019	2717497	b. reg. Gav	489,12	359,16	25,14	64,25%	<b>804,36</b>	393,17	<b>70,77</b>	45,63	38,50	7,13

Observa-se que no levantamento fiscal a carga tributária resultante é de 8,8% (R\$ 187,82 / R\$ 2.134,47), enquanto no cálculo do contribuinte a carga tributária foi de 8% [(R\$ 103,40 + R\$ 67,53) / R\$ 2.134,47].

Assim, constata-se o acerto da apuração da fiscalização já que a Súmula CONSEF nº 6 estabelece que:

*“Nos casos de redução de base de cálculo, com carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da referida carga tributária. Já nos casos de redução da base de cálculo, sem carga tributária definida, o imposto a ser incorporado à base de cálculo corresponderá à aplicação da alíquota prevista para a operação.”*

Portanto, as razões recursais quanto a carga tributária efetiva resultar em 8,80% não prospera, pois, efetivamente, assim procedeu a autoridade fiscal na apuração do imposto, ora exigido, sendo, também, em consequência, desnecessária a diligência requerida, neste sentido.

Inerente à alegação de ocorrências de operações de vendas destinadas ao uso e consumo dos clientes, as quais não cabem a inclusão da MVA no cálculo da DIFAL, identificadas através das notas fiscais que indicam no campo “DADOS ADICIONAIS” a sigla “CUP – Consumo”, do cotejo do levantamento analítico, às fls. 705 a 734v dos autos, com os documentos de fls. 735 a 772 dos autos, verifica-se que para efeito da apuração do ICMS-ST o autuante apenas considerou os adquirentes com atividades de atacadistas/varejistas de materiais de construção ou similares, tendo, quando da diligência, excluídos valores sobre as vendas de materiais para uso ou consumo ou para consumidores finais, resultando no ICMS-ST de R\$ 171.939,05 (fl. 704).

Válido registrar que o Protocolo ICMS 104/09 – que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno - estabelece para o remetente, localizado no Estado de São Paulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, sendo ato superveniente e incerto, quando dos fatos geradores, a utilização pelos adquirentes como materiais de uso ou consumo, em razão das suas atividades de atacadistas ou varejistas de materiais de construção ou similares, como faz crer o recorrente, cujo fato futuro e incerto, à época, não cabe ao apelante mensurar naquele momento, restando aos adquirentes, nesta hipótese futura, adotar o procedimento fiscal previsto na legislação para imobilização das mercadorias.

Em consequência, indefere-se a diligência requerida para confirmação das vendas das mercadorias para uso ou consumo aos seus clientes com a atividade de materiais de construção ou similares.

Assiste razão ao recorrente apenas quanto às vendas de mercadorias destinadas a uso e consumo ou para consumidores finais não inscritos. Remanesce a exigência do ICMS-ST de R\$ 171.939,05 (fl. 704), conforme transcrevo abaixo:

MÊS/ANO	2015	2016	2017	2018	2019
JANEIRO	0,00	775,90	2.889,87	3.298,86	4.736,49
FEVEREIRO	0,00	1.667,56	2.779,58	5.276,73	4.288,09
MARÇO	0,00	3.183,22	2.764,76	4.358,02	3.023,83
ABRIL	0,00	2.162,00	1.960,19	2.945,83	2.506,39
MAIO	0,00	2.412,47	2.946,55	2.043,76	7.405,94
JUNHO	0,00	2.018,23	2.694,92	3.165,05	3.517,11
JULHO	0,00	3.701,37	1.917,91	2.711,34	4.391,40
AGOSTO	0,00	1.755,91	3.917,02	4.878,28	7.544,65
SETEMBRO	0,00	3.359,97	3.495,17	4.292,39	4.421,58
OUTUBRO	0,00	3.037,79	3.086,77	5.520,15	5.029,07
NOVEMBRO	0,00	3.179,04	3.062,80	4.824,64	5.447,32
DEZEMBRO	2.105,69	2.510,89	3.051,92	6.339,74	3.534,89
<b>TOTAIS/ANO</b>	<b>2.105,69</b>	<b>29.764,35</b>	<b>34.567,46</b>	<b>49.654,79</b>	<b>55.846,76</b>
<b>TOTAL DO DÉBITO DE ICMS APURADO – VALOR NOMINAL</b>					<b>171.939,05</b>

Por fim, quanto à pretensão recursal para redução da multa aplicada de 60% ao patamar de 20% do valor do tributo, tendo em vista o nítido caráter confiscatório, como já reconhecido pelo STF no julgamento do RE 582461, ressalto que a penalidade é a prevista no art. 42, II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 para o caso concreto e, de acordo com o art. 125, incisos I e III do COTEB, Lei nº 3.956/81, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, razão para me abster de qualquer juízo.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, recomendando-se que as notificações sejam endereçadas à Gerência Jurídica Tributária

e Previdenciária do sujeito passivo, à Av. Paulista, nº 1938, 8º andar, CEP nº 01310-942, São Paulo (SP).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207104.0008/20-7, lavrado contra **DURATEX S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 171.939,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS