



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 065.637.2012-9

Acórdão nº 560/2015

Recursos HIE/VOL/CRF-302/2014

1º Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

1º Recorrida: ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A.

2º Recorrente: ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A.

2º Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora : RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante: CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ.

Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO
TRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA
OPERAÇÃO PARA USO E CONSUMO DOS ADQUIRENTES.
FATO INFRINGENTE DESCONHECIDO. AUTO DE INFRAÇÃO
IMPROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO SINGULAR.
RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO
PROVIDO.**

A substituição tributária decorre de expressa disposição legal, atribuindo ao sujeito passivo a responsabilidade pela retenção do imposto em relação aos fatos geradores antecedentes, concomitantes ou subsequentes a que esteja vinculada a obrigação tributária. No caso dos autos foi aplicado tratamento tributário previsto em Protocolo que dispõe sobre a substituição tributária com cimento aos fatos geradores concomitantes, porém os lançamentos indiciários formulados pela fiscalização tiveram base imprecisa de informação por não se comprovar a hipótese de entrada para uso ou consumo dos destinatários, e sim, como insumos em processo de industrialização, não restando configurada a infração denunciada na inicial.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

Relatório

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos **RECURSOS HIERÁRQUICO, por regular, e VOLUNTÁRIO** por regular etempestivo, e quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO e PROVIMENTO DO SEGUNDO** para reformar a decisão singular, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.000001108/2012-07**, lavrado em 4 de junho de 2012, contra **ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A, CCICMS nº 16.999.424-4**, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 09 de novembro de 2015.

**João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator**

**Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente**

Participaram do presente julgamento os Conselheiros,

GLAUCO CAVALCANTI MONTENEGRO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO .

Assessora Jurídica

Recurso HIE/VOL CRF nº 302/2014

1º Recorrente : GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

1º Recorrida : ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A.

2º Recorrente : ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A.

2º Recorrida : GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora : RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante : CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ.

Relator : CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO
TRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA
OPERAÇÃO PARA USO E CONSUMO DOS ADQUIRENTES.
FATO INFRINGENTE DESCONHECIDO. AUTO DE INFRAÇÃO
IMPROCEDENTE. REFORMA DA DECISÃO SINGULAR.
RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO
PROVIDO.**

A substituição tributária decorre de expressa disposição legal, atribuindo ao sujeito passivo a responsabilidade pela retenção do imposto em relação aos fatos geradores antecedentes, concomitantes ou subsequentes a que esteja vinculada a obrigação tributária. No caso dos autos foi aplicado tratamento tributário previsto em Protocolo que dispõe sobre a substituição tributária com cimento aos fatos geradores concomitantes, porém os lançamentos indiciários formulados pela fiscalização tiveram base imprecisa de informação por não se comprovar a hipótese de entrada para uso ou consumo dos destinatários, e sim, como insumos em processo de industrialização, não restando configurada a infração denunciada na inicial.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc....

R E L A T Ó R I O

Examinam-se, neste Colegiado, os Recursos Hierárquico e Voluntário, nos moldes dos artigos 80 e 77 da Lei nº 10.094/13, diante da sentença prolatada na instância prima que considerou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001108/2012-07, lavrado em 4/6/2012.

O Auto de Infração acima citado aponta que a recorrente cometeu a seguinte infração:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO

TRIBUTÁRIA>>> Falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA: >>> Falta de recolhimento do ICMS-ST em decorrência de operações interestaduais entre contribuinte do ICMS de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem a retenção do imposto, referente a circulação dessas mercadorias na entrada para o uso ou consumo do destinatário, numa afronta a cláusula primeira do protocolo ICMS 11/85, conforme planilha demonstrativa em anexo.(sic).

Para enquadramento da infração, o autuante indicou como infringido o art. 399 do RICMS-PB, aprovados pelo Decreto nº 18.930/97, sendo exigido o crédito tributário na quantia de R\$ 249.133,56, correspondente a R\$ 83.044,52 de ICMS, e R\$ 166.089,04, de penalidade pecuniária, com fundamento no art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96.

Às fls. 08 a 112 dos autos constam planilhas de cálculo; às fls.113 a 119, “PROTOCOLO ICM 11/85”; e às fls. 120 a 122, “Dados do contribuinte” – Sistema ATF.

Cientificado do auto por AR – Aviso de Recebimento, às fls. 123, em **18 de junho de 2012**, o autuado apresentou peça reclamatória **intempestiva**, consoante fls. 147, em **19 de julho de 2012**, vindo a impetrar Recurso de Agravo a este Colegiado em 8/8/2012 que teve julgamento desfavorável consoante voto do Conselheiro **JOSÉ DE ASSIS LIMA** conforme Acórdão CRF nº 274/2012, infra:

RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO. DEFESA INTEMPESTIVA.

A interposição de Recurso de Agravo, como remédio jurídico atinente a erro na contagem de prazo, pertinente a direito objetivo, faz parte do “Princípio do Contraditório”. In casu, restou provado nos autos a intempestividade da peça reclamatória, em face da extemporaneidade da sua apresentação. Acertada, portanto, a decisão de arquivamento da defesa por parte da repartição preparadora.

Em **31 de julho de 2012**, a repartição preparadora deu ciência à autuada, por AR – Aviso de Recebimento, da decisão que confirmou a **intempestividade da sua defesa**, vindo a lavrar o Termo de Revelia datado de 22/7/2013.

Sem informação de reincidência, os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processo Fiscal, sendo distribuído ao Julgador Fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que julgou o libelo basilar PARCIALMENTE PROCEDENTE, às fls. 128/130, com redução da multa por infração aplicada pelo advento da Lei nº 10.008/2013.

Seguindo os trâmites processuais, deu-se regular ciência da decisão monocrática à autuada, conforme Aviso de Recebimento – AR datado de 11/3/2014, a qual recorre a esta Corte de Julgamento, requerendo a acolhida das razões para julgar insubsistente o auto de infração, diante dos seguintes fatos:

- Em preliminar, afirma a existência de tempestividade da defesa administrativa que teve regularidade de entrega antes do fim do prazo estabelecido pela legislação.
- No mérito, alega que a autuação fiscal peca por ilegalidade na cobrança do ICMS Substituto amparado no Protocolo ICMS 11/85, pois não se trata de operações de venda de cimento para uso e consumo, mas para emprego em processo de industrialização dos adquirentes que são empresas contribuintes do ICMS no Estado da Paraíba que utilizam o cimento adquirido para industrialização de seus produtos fabricados, conforme consulta ao Cadastro Sintegra às fls. 226/233 dos autos, o que impede a recorrente de efetuar a retenção e posterior recolhimento do ICMS-ST nas vendas de mercadorias para industrialização.
- Por fim, informa o caráter confiscatório na manutenção da multa de 100% do imposto, ferindo o disposto constitucional do art. 150, IV da CF, fato repellido pelo Poder Judiciário, requerendo a improcedência da medida fiscal por incorrer em medida de justiça fiscal.

Os autos foram remetidos a esta Casa, e, a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Está relatado.

V O T O

Em preâmbulo, necessário declarar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

A presente querela decorreu da aplicação do Convênio ICMS 11/85 que disciplina o regime de Substituição Tributária nas operações com cimento de qualquer espécie, tendo a seguinte narrativa da irregularidade:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO

TRIBUTÁRIA>>> Falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA: >>> Falta de recolhimento do ICMS-ST em decorrência de operações interestaduais entre contribuinte do ICMS de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem a retenção do imposto, referente à circulação dessas mercadorias na entrada para o uso ou consumo do destinatário, numa afronta a cláusula primeira do protocolo ICMS 11/85, conforme planilha demonstrativa em anexo. (sic)

Antes de adentrar no aspecto meritório da matéria, vejo necessário analisar a arguição inicial de que ocorreu tempestividade na apresentação da defesa na fase introdutória do contencioso administrativo.

Em verdade, tal alegação não merece razões para sua acolhida, diante da decisão deste Colegiado ao analisar o Recurso de Agravo de nº **278/2012**, que confirmou a ocorrência de intempestividade, o qual trago passagem do voto proferido pelo então relator do voto vencedor a época, conforme fragmento abaixo:

“Destarte, a ciência da autuação foi dada por AR – Aviso de Recebimento em **18 de junho de 2012 (segunda-feira)**, às fls. 123 dos autos. Pelas regras expostas nos *caputs* dos arts. 709 e 683 do RICMS-PB, o dia **18 de julho de 2012 (quarta-feira)** seria o de encerramento para apresentação da reclamação”.

“Diante do atendimento das disposições contidas nos parágrafos do art. 683 do Regulamento do ICMS-PB, acima transcritos, qual seja, ter havido funcionamento ordinário e normal do expediente, assim entendido aquele que flui o tempo todo, sem interrupção ou suspensão, constata-se, *a priori*, que a apresentação da peça reclamatória, em **19 de julho de 2013, quinta-feira**, fls. 124 a 141, é **intempestiva**, consoante notificação de repartição preparadora às fls. 174”.

Portanto, não vejo razões que comprovem a tempestividade quando da reclamação interposta que gerou a decretação de revelia do contribuinte pelo decurso do prazo legal.

No mérito, vislumbra-se a exigência do ICMS - Substituição Tributária, tendo em vista o contribuinte não ter recolhido o imposto com mercadorias inseridas na sistemática de antecipação do imposto por retenção na origem, diante da remessa de mercadorias (cimento) para uso e consumo dos adquirentes quando de sua entrada no território paraibano.

Neste contexto, é importante lembrar que o instituto da substituição tributária está previsto no § 7º, da Constituição Federal, na forma inserida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. “*in verbis*”:

(Constituição Federal)

Art. 150...

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurado a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Também é hipótese admitida em nosso ordenamento disciplinar tributário, conforme preconizado no art. 391, §§5º e 7º, II do RICMS/PB, atribuindo responsabilidade ao contribuinte substituto na hipótese de falta de retenção do ICMS – Substituição Tributária pelo remetente na hipótese apurada pela fiscalização ao caso presente, senão vejamos:

Art. 391. *Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:*

*I – **industrial**, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, **em relação às***

mercadorias ou bens constantes do Anexo 05;

...

§ 4º O sujeito passivo por substituição sub-roga-se em todas as obrigações do contribuinte substituído, relativamente às operações internas. (grifo nosso)

No caso específico, verifica-se que as operações com cimento encontram-se disciplinadas pelo Protocolo ICM nº 11/85, estabelecendo regras para adoção do ICMS – ST, senão vejamos:

PROTOCOLO ICM 11/85

Publicado no DOU. de 05.07.85.

Alterado pelos Prots. ICM 09/86, 09/87, ICMS 20/89, 48/91, 30/97, 07/99, 07/04 , 128/13 e 162/13.

Adesão do MS e SC pelo Prot. ICM 25/85, efeitos a partir de 01.11.85. Adesão do RS pelo Prot. ICM 37/85, efeitos a partir de 17.12.85.

Adesão da PB pelo Prot. ICM 03/86, efeitos a partir de 01.06.86. Adesão de RO pelo Prot. ICM 11/87, efeitos a partir de 01.08.87.

Adesão de SE, AL e CE pelo Prot. ICM 22/87, efeitos a partir de 01.01.88. O Prot. ICM 08/88 identifica o produto pelo respectivo código da NBM. Adesão de AC pelo Prot. ICMS 20/89, efeitos a partir de 01.07.89.

Exclusão de SC pelo Prot. ICMS 28/91, efeitos a partir de 01.10.91.

Adesão do PA pelo Prot. ICMS 55/91, efeitos a partir de 01.01.92. Adesão do AP pelo Prot. ICMS 18/92, efeitos a partir de 01.08.92. Reintegrado SC pelo Prot. ICMS 36/92, efeitos a partir de 01.11.92.

Adesão do MA, MT, PE, PI, RN, RR e TO pelo Prot. ICMS 30/97, efeitos a partir de 01.11.97.

Adesão do DF pelo Prot. ICMS 45/02, efeitos a partir de 01.11.02. Adesão de GO pelo Prot. ICMS 07/03, efeitos a partir de 01.05.03.

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cimento de qualquer espécie.

Os Estados de Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Bahia e São Paulo, neste ato representados pelos seus Secretários de Fazenda ou Finanças, tendo em vista o disposto no § 4º do artigo 6º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, acrescentado pela Lei Complementar nº 44, de 07 de dezembro de 1983, resolvem celebrar o seguinte.

PROTOCOLO

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

destinatário.

Parágrafo único. *O regime de que trata este protocolo não se aplica:*

- 1. às operações que destinem a mercadoria a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria;*
- 2. às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.*

Deste contexto, chegou à fiscalização a deduzir que todas as saídas promovidas pela recorrente para contribuinte neste Estado, na qual não ocorreu retenção do ICMS-ST tiveram destinação ao uso e consumo dos adquirentes o que competia a retenção do ICMS na forma disciplinada pelo Protocolo.

Em contrapartida, a recorrente declara que as saídas promovidas para os citados contribuintes tiveram destinação para emprego em processo de industrialização com insumo de produção, o que não caberia a retenção do ICMS-ST, pois não se trata de uso e consumo, sendo vedada a retenção pela sistemática da substituição tributária.

Desta celeuma, esta relatoria verificou que, de fato, não se evidencia no caderno processual qualquer prova material contundente que possa assegurar que as saídas das mercadorias do estabelecimento industrial da recorrente (cimentos) contidas nas notas fiscais de saídas tiveram uma destinação específica para uso e consumo dos estabelecimentos industriais adquirentes sediados na Paraíba, muito menos temos qualquer previsão normativa de presunção que pudesse inferir que estas aquisições efetuadas poderiam caracterizar uma destinação de uso e consumo a cargo da contraprova do contribuinte substituto de que não foram destinadas a uso e consumo.

Em face desta verdade material, a questão recai no campo da prova material declarada pelos agentes envolvidos (remetentes e adquirentes) quando das operações mercantis com cimento, donde da análise efetuadas em cada nota fiscal, esta relatoria verificou cada fato ocorrido que foi declarado nas operações, chegando à conclusão que não existe como estabelecer a hipótese de que as aquisições tiveram destinação para uso e consumo na forma delineada pelo Protocolo ICM 11/85. Neste sentido, trago como exemplo as seguintes operações ocorridas, as título de amostragem, contidas nas Notas Fiscais de nº 24270 e 29711, destinadas as empresas **J.A.R. INDÚSTRIA E COM. DE PREMOLDADOS LTDA** e **COLA MAIS IND E COM DE ARGAMASSA LTDA** que abaixo detalho:

A) DADOS DA NF-ELETRÔNICA Nº 24270 EMITIDA PELA EMPRESA RECORRENTE:

Emitente: ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A
Adquirente: J.A.R. INDÚSTRIA E COM. DE PREMOLDADOS LTDA.
AV. DEPUTADO RAIMUNDO ASFORA VELAME 58107285
CAMPINA GRANDE (83)33357395 PB

SÉRIE:

Natureza: VENDAS
Base de Cálculo: R\$ 10.584,52
ICMS: R\$ 1.270,14
Valor Total: R\$ 10.584,52
Valor ICMS/ST: R\$ 0,00
Produto. CIMENTO NASSAU PORTLAND COMPOSTO COM FILER - GRANEL

Quantidade: 36,65 TN

B) DADOS DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE ADQUIRENTE:

GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA

SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA - SER

SECRETARIA EXECUTIVA DA RECEITA ESTADUAL

GERÊNCIA OPERACIONAL DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS

Nota Fiscal de Entrada

Empresa

- Inscrição	16.160.720-	- Razão Social:	J.A.R. INDÚSTRIA E COMERCIO DE PREMOLDADOS
-------------	-------------	-----------------	--

Estadual:	9	LTDA.
-----------	---	-------

- CFOP:	2101 - COMPRA PARA INDUSTRIALIZACAO*
---------	--------------------------------------

Dados da nota

Emitente

- Número:	24270	- UF:	PE
-----------	-------	-------	----

- Modelo:	1	- Inscrição:	000664 944
-----------	---	--------------	---------------

- Série:	01	- CNPJ/CPF:	10.318.806/00 01-86
----------	----	-------------	------------------------

- Sub-série:	---	- Data de	29/06/2 009
--------------	-----	-----------	----------------

emissão:

- Valor Total: 10.584,- Nota cancelada: N
52

- Tipo T
emitente:

Cálculo de imposto

	Base Cálculo ICMS	Valor do ICMS	Isentas	Outras Alíquota	
ICMS					
	10.584,52	1.270,14	0,00	0,00	12,00

	Base ICMS Subst	Valor ICMS Subst	Desp. Acessórias
ST			
	0,00	0,00	0,00

	Valor do IPI	Isentas	Outras
IPI			
	0,00	10.584,52	0,00

C) DADOS DA NOTA FISCAL Nº 29711 EMITIDA PELA EMPRESA RECORRENTE:

Emitente: ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A
Adquirente: COLA MAIS IND E COM DE ARGAMASSA LTDA LOT. LOTE 11 QUADRA CENTRO 58310000 CABEDELO-PB
Natureza: VENDAS
Base de Cálculo: R\$ 1.010,80
ICMS: R\$ 121,30
Valor Total: R\$ 1.010,80
Valor ICMS/ST: R\$ 0,00
Produto. CIMENTO NASSAU PORTLANDCPII-Z-32 SACOS COM 50KG - 2FL
Quantidade: 80 SACOS

D) DADOS DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE ADQUIRENTE:

GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA

SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA - SER

SECRETARIA EXECUTIVA DA RECEITA ESTADUAL

GERÊNCIA OPERACIONAL DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS

Nota Fiscal de Entrada

Empresa

- Inscrição	16.11 - Razão Social: 0.549-	COLAMAIS INDÚSTRIA E COMERCIO DE
Estadual:	1	ARGAMASSA LTDA - EPP

- CFOP:	2101 - COMPRA PARA INDUSTRIALIZACAO*
---------	---

Dados da nota

Emitente

- Número:	29711 - UF:	PE
-----------	-------------	----

- Modelo:	1	- Inscrição:	00066 4944
- Série:	---	- CNPJ/CPF:	10.318.806/0001-86
- Sub-série:	---	- Data de emissão:	08/08/ 2009
- Valor Total:	1.010, - 80	- Nota cancelada:	N
- Tipo emitente:	T		

Cálculo de imposto

Base Cálculo ICMS

Valor do ICMS

**Isenta
s**

**Outra Alíquota
s**

ICMS

1.010,80	121,30	0,00	0,00	12,00
----------	--------	------	------	-------

	Base ICMS Subst	Valor ICMS Subst	Desp. Acessórias
ST			
	0,00	0,00	0,00

	Valor do IPI	Isentas	Outras
IPI			
	0,00	0,00	0,00

Diante destas operações acima exemplificadas, esta relatoria verificou que não se operou a retenção do ICMS-ST, porém, de fato, não poderia ocorrer a suposta retenção devida, uma vez que conforme dados declarados pelos adquirentes as aquisições mercantis se processaram sob a ótica do ***CFOP 2101(COMPRAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO)** e não como operações de entrada destinadas ao USO E/OU CONSUMO dos adquirentes, o que contamina, de incerteza e iliquidez, a pretensão fiscal de exigência na forma prevista pelo Protocolo ICM 11/85, confirmando, portanto, a tese recursal de que não cabe a exigência do ICMS-ST na forma delineada pelo citado Protocolo, diante dos dados extraídos do Sistema ATF no Módulo GIM PROCESSADAS, o que configura a hipótese ventilada

pela recorrente.

Tal constatação vai de encontro ao disciplinamento estampado em nossa legislação de regência que **não** condiciona a regra da sistemática da Substituição Tributária às saídas de produtos para estabelecimento industrial que vierem a utilizar, como insumos, em processo de industrialização do adquirente, conforme redação contida no inciso VI do §4º do art. 390 do RICMS, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, senão vejamos:

Art. 390. *Nas operações internas e interestaduais com os produtos constantes do Anexo 05, adotar-se-á o regime de substituição tributária, obedecendo-se aos percentuais nele fixados como índices mínimos de taxa de valor acrescentado (TVA).*

(...)

§ 4º *Sujeitam-se às normas comuns deste Regulamento e não serão objeto de substituição tributária as seguintes operações tributadas sem a retenção do imposto:*

I - as transferências de mercadorias entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pela indústria para seu estabelecimento filial atacadista (Protocolo ICMS 28/97);

II - as operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria;

III - as transferências entre estabelecimentos de empresa fabricante ou importador, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto retido recairá sobre o estabelecimento que realizar a operação interestadual;

IV - as saídas para outras unidades da Federação não signatárias de convênios ou protocolos que tratem de substituição tributária;

V - as saídas para empresa de construção civil;

VI - as saídas para estabelecimento industrial desde que para utilização em processo de industrialização;

VII - as saídas para consumidor final;

VIII - as operações que envolvam pneumáticos e câmaras de ar para uso em bicicletas;

IX - as operações com produtos farmacêuticos medicinais, soros e vacinas destinados ao uso veterinário;

X – as operações com os acessórios colocados pelo revendedor do veículo;

XI - as operações de remessas em que as mercadorias devam retornar ao estabelecimento remetente.

Considerando as condições acima transcritas, observa-se, portanto, não incorrer a exigibilidade do crédito tributário apurado, por não se comprovar a subsunção do fato tipificado a hipótese ventilada na norma de regência, não evidenciada a falta de cumprimento da obrigação por parte do contribuinte substituto tributário que vincule a entrada das mercadorias vendidas aos adquirentes para uso e consumo destes.

Entrementes, é oportuno ressaltar que a improcedência ora decretada não gera nenhum óbice para que fiscalizações futuras, tanto desde contribuinte substituto, como para alcançar os contribuintes adquirentes sediados neste Estado, na hipótese de se comprovar destinação diversa daquela considerada na operação de aquisição de cimento, desde que seja mensurada corretamente os elementos materiais de comprovação das mercadorias para uso e consumo dos adquirentes.

Diante do exposto acima e tendo em vista a falta de comprovação do ilícito denunciado, não vejo razões para prosperar a ação fiscal, quando esta não se reveste dos requisitos de liquidez e certeza imprescindíveis a sua validade.

Pelo exposto,

V O T O - pelo recebimento dos **RECURSOS HIERÁRQUICO, por regular, e VOLUNTÁRIO** por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO e PROVIMENTO DO SEGUNDO** para reformar a decisão singular, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.000001108/2012-07**, lavrado em 4 de junho de 2012, contra **ITAPESSOCA AGRO INDUSTRIAL S/A, CCICMS nº 16.999.424-4**, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 9 de novembro de 2015.

JOAO LINCOLN DINIZ BORGES
Cons. Relator

