

A. I. Nº - 274068.0009/16-1
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14/06/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0108-03/17

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Não ficaram comprovadas as situações descritas na legislação para não efetuar o destaque do imposto no documento fiscal. Infração subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 3. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS A MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. INCLUSÃO INDEVIDA DE MERCADORIA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Estando as mercadorias enquadradas na substituição tributária, é vedado aplicar o benefício constante na alínea “c” do inciso I do art. 16 da Lei 7.014/96. Infração subsistente. 4. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. FALTA DE REPASSE, AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte é condicionada a que o estabelecimento vendedor repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal. O defendente não comprovou que foi concedido o desconto na forma prevista na legislação. 5. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2016, refere-se à exigência de R\$5.106.172,65 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro 2014. Valor do débito: R\$2.350.764,04. Multa de 60%.

Infração 02 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de maio de 2014. Valor do débito: R\$929,92. Multa de 60%.

Em complemento, consta a informação de que o Contribuinte emitiu nota fiscal para destinatário com CNPJ 04.554.656/0002-98 com o código de atividade 77.32-2-01 – aluguel de máquinas e equipamentos para construção sem operador, exceto andaimes.

Infração 03 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de setembro de 2013 e dezembro de 2014. Valor do débito: R\$91.175,74. Multa de 60%.

Em complemento, consta a informação de que o Contribuinte deu saída de mercadoria usando indevidamente a alíquota de 7% estabelecida na letra “c” do inciso I, do art. 16, da Lei 7.014/96, para mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária. Este dispositivo veda a aplicação da alíquota de 7% para estas mercadorias.

Infração 04 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$2.575.127,96. Multa de 60%.

Em complemento, consta a informação de que o Contribuinte deu saída de mercadoria usando indevidamente a alíquota de 7% estabelecida na letra “c” do inciso I, do art. 16, da Lei 7.014/96, sem conceder o desconto condicional do valor correspondente ao benefício fiscal, pois o mencionado desconto não consta expressamente no documento fiscal.

Infração 05 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2014. Valor do débito: R\$23.847,77. Multa de 60%.

Infração 06 – 03.02.06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do imposto, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$64.327,22. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 79 a 98 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e faz um breve relato sobre o Auto de Infração. Informa que, visando à redução da litigiosidade em face do Estado da Bahia, e agindo com a peculiar boa-fé com que conduz seus negócios, realizou o pagamento do valor devido referente à infração 02, conforme comprova o documento anexado ao presente processo (doc. 03).

Relativamente à infração 05, o contribuinte informa que constatou se tratar de erro interno e irá providenciar o pagamento, e, oportunamente, solicitar a juntada do comprovante aos autos. Dessa forma, apresenta impugnação tão somente em relação às infrações 01, 03, 04 e 06.

No tocante à infração 01, alega que a acusação fiscal pecou por ignorar diversos elementos que afastam qualquer tipo de desrespeito à legislação estadual, tendo o contribuinte cumprido fielmente o RICMS/BA. Os equívocos cometidos pela fiscalização ocorreram em razão de não ter se atentado para as diversas particularidades que envolvem as operações questionadas.

Requer a juntada aos autos da planilha demonstrativa de todas as operações, em que atesta a regularidade das saídas promovidas com o não recolhimento do ICMS, eis que inexigível na hipótese (doc. 04).

Diz que as operações autuadas abarcaram saídas de arames, pregos, eletrodos, telas, grampos etc, cujo ICMS fora recolhido por substituição tributária, eis que adquirida de terceiros, ocupando o contribuinte autuado a posição de substituído (doc. 04-A), ou, ainda, com destino a clientes contemplados com isenção ou diferimento do imposto (doc. 04-B), concedidos pelo próprio Estado da Bahia.

A título de exemplo, informa que as operações constantes no demonstrativo que elaborou à fl. 82, dizem respeito às saídas de mercadorias cujo ICMS-ST já foi recolhido por antecipação, conforme previsão no Decreto nº 12.470/10, sendo que a informação consta, inclusive, no campo “dados

adicionais” dos DANFes emitidos e juntados pela própria fiscalização nos anexos do auto de infração.

Frisa que é de inteligência cristalina a redação do art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, que dispensa da sistemática da substituição tributária, o contribuinte alienante nas hipóteses em que recebeu as mercadorias já com o imposto antecipado.

Entende que não há dúvidas a respeito da impossibilidade de se exigir o ICMS-ST nas operações abarcadas pelo CFOP 5.405 – “Venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte-substituído”, eis que o ICMS já fora recolhido antecipadamente pelo contribuinte substituto.

Além do exposto, o impugnante exemplifica as operações realizadas com clientes contemplados com isenção ou diferimento do imposto (doc. 04-B), concedidos pelo próprio Estado da Bahia, capaz de justificar a ausência de recolhimento do ICMS, conforme planilha que elaborou à fl. 83.

Também alega que há diversas operações abarcadas pelos CFOPs 5.949 e 6.949 (doc. 04-C), que representam notas de simples remessa, sendo utilizadas para acobertar o transporte do material, cuja entrega foi feita diretamente em canteiro de obras. O número da nota fiscal de faturamento, por sua vez, encontra-se devidamente mencionado nos dados adicionais das notas fiscais de remessa, sendo que tais operações sequer foram objeto de acusação fiscal.

Diz que em mais um equívoco, a fiscalização tributária exigiu ICMS em operações contempladas com o CFOP 5.123 (doc. 04-D), que abarca as operações de simples remessa para serem industrializadas em outro estabelecimento, por conta e ordem do adquirente, sem que as mercadorias tenham transitado pelo estabelecimento do adquirente, não havendo, portanto, circulação jurídica de mercadoria a ensejar a incidência tributária do imposto estadual.

Acrescenta que consistem em serviços personalizados, prestados para empresas de construção civil, consumidores finais do aço, depois de encerrada a cadeia de circulação econômica da mercadoria. Cuidam-se de “serviços” (art. 156, III, da CR/88) insubsumíveis ao conceito de “operação de circulação de mercadorias” no antecedente da regra constitucional de competência tributária atinente ao ICMS (art. 155, II). Apresenta relação das referidas notas fiscais.

Lembra da existência de previsão específica na LC nº 116/03, prevendo a incidência de ISSQn sobre os serviços autuados (item 14.05 da lista de serviços – beneficiamento, corte e recorte de objetos quaisquer), como causa obstativa da pretensão estadual, por invasão de competência tributária reservada aos Municípios (art. 146, I e III, da CR/88 e art. 1º, § 2º, da LC nº 116/03).

Diz que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o seu entendimento no sentido de que a industrialização por encomenda caracteriza prestação de serviço sujeita à incidência do ISSQn, e não do ICMS.

Pugna pela improcedência desta infração, afirmando que a acusação fiscal pecou por ignorar diversos elementos que afastam qualquer tipo de desrespeito à legislação estadual, tendo o contribuinte cumprido fielmente o RICMS-BA.

Subsidiariamente, requer a realização de diligência a fim de que a fiscalização proceda ao saneamento do processo, levando em consideração as informações e os esclarecimentos prestados.

Infração 03: Transcreve o art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei 7.014/96 e alega que a fiscalização entendeu que o referido dispositivo veda a aplicação da alíquota de 7% para mercadorias, tendo fundamentando sua acusação em consultas formuladas à SEFAZ do Estado, que adotou o entendimento no sentido de que os itens treliça (NCM 7308.40.00) e telha (NCM 7308.90.90), se sujeitam à substituição tributária prevista no item 24.53, do Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

No arquivo denominado “demonstrativo de alíquota diversa – itens enquadrados no regime de substituição tributária”, a fiscalização tributária acusa o contribuinte de ter aplicado alíquota diversa para as mercadorias com os seguintes códigos NCMs: (i) 73084000; (ii) 73089090 e (iii) 73121090.

Ressalta que no Direito Tributário brasileiro, seja nas regras secundárias atributivas de responsabilidade tributária, seja nas primárias descritivas dos aspectos da hipótese de incidência, vigora a exigência de conceituação determinada e fechada, pelo que a lei deve descrever em todas as suas notas distintivas os fatos que, uma vez ocorridos na realidade, são hábeis a desencadear a incidência da norma de tributação.

Diz que não se admite infiltrar no campo de incidência tributária elementos não previstos na situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador, a que alude o art. 114 do CTN, dado que da analogia pela via interpretativa jamais pode decorrer tributo, cuja exigência é dependente de lei própria, típica e exauriente. Sobre o tema, reproduz ensinamentos de Geraldo Ataliba e Misabel Derzi.

Afirma que a seleção das situações tributáveis não admite o uso de cláusula geral, já que segue a uma rigorosa delimitação legal, que se inicia no plano constitucional, com a eleição das manifestações de riqueza passíveis de tributação e a fixação do núcleo essencial dos tributos nela discriminados. A instituição e regulação do tributo reclamam que a lei tenha um conteúdo tal que disponha sobre todas as notas e qualificações referentes ao objeto da tributação.

Diz que o Convênio ICMS 81/1993 reforça a necessidade da definição das mercadorias sujeitas ao ICMS-ST nos convênios e protocolos celebrados entre os Estados e o Distrito Federal. Reproduz a Cláusula segunda do mencionado Convênio.

Apresenta a conclusão de que as mercadorias devem ser identificadas pelos Convênios e Protocolos autorizativos da instituição de hipóteses de responsabilidade tributária por substituição, de forma clara e objetiva, permitindo a concretização dos ideais de previsibilidade, determinabilidade e de mensurabilidade, consagrados pela Constituição, para o exercício das atividades do contribuinte.

Para o caso dos autos, entende que importa a análise do Anexo 1, do RICMS/12, que, na indicação das mercadorias sujeitas à substituição tributária no ICMS, apresenta diversos códigos NCMs, acompanhados apenas da descrição de traços característicos (definição pelo gênero e pela diferença), relacionados à funcionalidade dos produtos ali abrangidos.

Diz que o princípio da legalidade material exige que as mercadorias sujeitas à substituição tributária devam ser taxativamente enumeradas no texto da lei (definição enumerativa), não obstante a prática adotada por alguns estados da Federação. As leis, em virtude de suas generalidade e abstração, não trazem de antemão os resultados do processo aplicativo, mas devem indicar exaustivamente os parâmetros ou padrões em razão dos quais eles serão alcançados.

Ressalta que no caso da legislação baiana, o legislador descreveu as mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária por meio de uma abstração generalizante, com a indicação conceitual dos elementos a serem identificados pelo aplicador nos fatos da vida (situação-tipo) a fim de desencadear a incidência da regra atributiva de responsabilidade tributária, com a modificação do aspecto subjetivo no antecedente normativo da regra primária de tributação.

Apresenta o entendimento de que a simples indicação do código NCM/SH, isoladamente e de forma genérica, não é suficiente para configurar a sujeição de uma mercadoria ao regime de substituição tributária. Exige-se, para tanto, a dupla identificação entre o código NCM/SH e a descrição do produto constante do texto legal. Em outras palavras, um produto estará corretamente enquadrado na substituição tributária, apenas quando o código da NCM e a descrição constarem expressamente na norma.

Diz que a classificação das mercadorias na NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul tem por base o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias – SH, e o legislador estadual é livre para conformar o alcance material da norma definidora de responsabilidade tributária, sendo-lhe lícito modificar o reduzir o alcance dos códigos NCM/SH, restringindo as descrições que lhe são atreladas.

Alega que se afigura imperativa, para fins de verificação da sujeição de determinado produto à substituição tributária, a ocorrência da dupla identificação entre o código da NCM/SH e a respectiva descrição. Caso o código da NCM/SH de um determinado produto venha indicado na legislação, mas a descrição correspondente ao código não se lhe possa ser atribuída, esse produto não estará sujeito ao recolhimento do ICMS-ST. Afirma que esse é o entendimento acolhido pelos fiscos estaduais. Cita como exemplos Bahia, Santa Catarina e Paraná.

Afirma que a descrição da NCM/SH 7308.90.90 não abarca as telhas (vigas com função de cobertura ou fechamento lateral), uma vez que não se confundem com “material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos (inclusive armações prontas, para estruturas de concreto armado ou argamassa armada), eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção – 7308.4, 7308.9)”.

Acrescenta que as treliças, que consistem em uma estrutura composta de membros interligados em seus extremos, formando uma estrutura rígida, não se confundem com a descrição da NCM/SH 7308.40.00, que abarca “obras de ferro fundido, ferro ou aço - Construções e suas partes (por exemplo, pontes e elementos de pontes, comportas, torres, pórticos, pilares, colunas, armações, estruturas para telhados, portas e janelas, e seus caixilhos, alizares e soleiras, portas de correr, balaustradas), de ferro fundido, ferro ou aço, exceto as construções préfabricadas da posição 9406; chapas, barras, perfis, tubos e semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construções - Material para andaimes, para armações e para escoramentos”.

Diz que em relação ao item com código NCM 7312.10.90, a fiscalização tributária não traz motivação aos autos, suficiente, para a exigência do ICMS, limitando-se a se pronunciar sobre os itens “telhas” e “treliça”, motivo pelo qual, é de se reconhecer a improcedência da acusação fiscal também relativamente a essa mercadoria.

Dessa forma, tendo em vista que os materiais comercializados não se enquadram exaustivamente nas hipóteses dos itens descritos no Anexo 1, do RICMS/BA, redação vigente à época dos fatos geradores, não se afigura possível a inclusão dos materiais na sistemática de substituição tributária do ICMS no Estado da Bahia, sendo improcedente o presente item da acusação fiscal, eis que o recolhimento sob a alíquota de 7%, afigura-se procedimento correto.

Conclui que em relação ao item com código NCM 7312.10.90, a fiscalização não traz motivação aos autos, suficiente, para a exigência do ICMS, limitando-se a se pronunciar sobre os itens “telhas” e “treliça”, é de se reconhecer a improcedência da acusação fiscal também relativamente a essa mercadoria.

Infração 04: Esclarece que ao realizar a contraposição dos valores de saídas dos variados produtos sob os quais foi aplicada a alíquota reduzida, acobertados pelas notas fiscais autuadas, e dos valores praticados, para os mesmos produtos, mas sem o benefício, verifica-se que o preço unitário de cada produto, no caso de saídas submetidas à alíquota de 7%, foi menor do que aquele praticado no caso de saídas submetidas à alíquota de 17%, sendo que, a diferença entre os preços, nas amostras colhidas, inclusive superou, em termos percentuais, a diferença entre as alíquotas, evidenciando que o benefício foi repassado aos adquirentes desses produtos.

Dessa forma, requer a juntada aos autos, de planilha demonstrativa, bem como das notas fiscais selecionadas por amostragem, que comprovam o repasse do benefício aos adquirentes e a insubsistência da acusação fiscal (doc. 05).

Ressalta que em caso similar ao dos autos, relativamente no tocante ao Auto de Infração nº 269199.0001/14-0, do mesmo contribuinte, a questão suscitada ocasionou a conversão do

julgamento na baixa dos autos em diligência, a fim de que fosse realizada perícia técnica por auditor estranho ao feito, que constatou o efetivo repasse do benefício aos adquirentes dos produtos (doc. 06), comprovando a completa insubsistência da acusação fiscal.

Requer a improcedência da acusação fiscal, afirmando que, conforme os cálculos apresentados, acompanhados das respectivas notas fiscais selecionadas por amostragem (doc. 05), são suficientes para demonstrar o efetivo repasse do benefício aos adquirentes e a insubsistência da acusação fiscal.

Subsidiariamente, requer a baixa do processo em diligência, conforme previsão disposta no art. 7º, § 2º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), orientada pelo princípio da busca da verdade material, a fim de que a fiscalização constate o repasse do benefício aos adquirentes, o que certamente apontará a lisura dos procedimentos adotados pelo contribuinte.

Infração 06: Alega que o art. 266, II, do RICMS/BA, autoriza a redução da base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados às operações descritas, em especial, no que se referem às operações internas com ferros e aços não planos, relacionados nas diversas alíneas do dispositivo, bem como no Convênio ICMS nº 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação.

Alega que o Convênio ICMS 33/96 autorizou diversos Estados da Federação, entre eles o Estado da Bahia, a reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos comuns, de acordo com as classificações, elaboradas, na época, com base na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH.

Diz que a fiscalização tributária, cometendo grave equívoco, aduzindo que o NCM 7214.91.00 não consta no dispositivo da legislação, nem mesmo no Convênio ICMS nº 33/96, o que impossibilitaria, conseqüentemente, o benefício de da redução da base de cálculo. De fato, o código NCM mencionado não está previsto no Convênio ICMS nº 33/96, por uma razão óbvia: o Convênio ICMS nº 33/96 trouxe a descrição com base na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH e não com base na Nomenclatura Comum do Mercosul – Sistema Harmonizado - NCM/SH.

Considerando a Tabela de Correlação da NBM x NCM, divulgada no sítio oficial do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, o código NBM correspondente ao NCM 7214.91.00 é o de nº 7214.40.9900 e que consta expressamente no Convênio ICMS nº 33/96.

Já em relação aos produtos com NCM 7211.19.00, de fato, a empresa constatou se tratar de equívoco interno, motivo pelo qual, irá realizar a quitação do valor devido, protestando, desde já, pela sua juntada aos autos posteriormente.

Requer o cancelamento da exigência consubstanciada no item 06 do auto de infração, afirmando que o código NBM correspondente ao NCM 7214.91.00 é o de nº 7214.40.9900 e que consta expressamente no Convênio ICMS nº 33/96, estando autorizada a redução da base de cálculo do imposto, conforme autorizado pelo artigo 266, II, do RICMS/BA. Em relação aos produtos com NCM 7211.19.00, de fato, a empresa constatou se tratar de equívoco interno, motivo pelo qual, irá realizar a quitação do valor devido, protestando, desde já, pela sua juntada aos autos posteriormente.

Afirma que não sendo devido o tributo, toda a penalidade conseqüente torna-se, de igual forma, indevida. Diz que o caso dos autos é ainda pior, pois para cada infração, foi aplicada uma multa ilegal e desproporcional no valor de 60%.

O valor do imposto não recolhido tempestivamente (art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96), tomando a penalidade contornos confiscatórios. Entende que as multas exigidas exorbitam e muito a quantia necessária para a realização de sua finalidade sancionatória, assumindo objetivo arrecadatário incompatível com os escopos do Direito Tributário

Sancionador. Neste esboço, aduz que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar que penalidades de tal monta ofendem a vedação de confisco, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo, por isso, serem integralmente canceladas.

Finalmente, e apenas por amor ao debate, diz que há relevantes fundamentos jurídicos para que, na pior das hipóteses, as multas sejam ao menos reduzidas. Chama a atenção ainda para o fato de que não há impedimento a que se reduza multa excessiva, expurgando-a do excesso inconstitucional. Cita recente decisão do Supremo Tribunal Federal, assentando como limite do não confisco na aplicação de penalidades tributárias no patamar de 25% do valor do tributo:

Requer o cancelamento das penalidades aplicadas, sob pena de afronta ao princípio do não confisco (art. 150, IV, da CR/88). Caso não se decida pelo cancelamento das penalidades exigidas, *ad argumentandum*, necessário ao menos reduzi-las para patamares mais razoáveis, menos restritivos de direitos fundamentais do contribuinte, mais adequados às circunstâncias do caso e à finalidade sancionatória imbuída no dispositivo legal.

Pede a procedência da impugnação, com o cancelamento do crédito nela consubstanciado. Subsidiariamente, requer o cancelamento ou, quando menos, a redução, das penalidades aplicadas, em respeito ao princípio do não confisco, na esteira da jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Relativamente à infração 05, informa que constatou se tratar de erro interno e irá providenciar o pagamento, e, oportunamente, solicitar a juntada do comprovante aos autos.

No tocante à infração 06, em relação aos produtos com NCM 7211.19.00, informa que, de fato, a empresa constatou se tratar de equívoco interno, motivo pelo qual, irá realizar a quitação do valor devido, protestando, desde já, pela sua juntada aos autos posteriormente.

Requer, ainda, o cadastramento do nome dos advogados Eduardo Fraga, OAB/BA nº 10.658, com endereço na Travessa Santa Bárbara, 04, Ed. Aliança Comercial, 9º andar, Comércio, CEP 40.015-190, Salvador/BA, e SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, OAB/MG nº 9.007, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade (artigo 272, parágrafo 5º, do NCPC/15 – aplicado subsidiariamente ao processo administrativo).

A autuante presta informação fiscal às fls. 162 a 169 dos autos. Após reproduzir os itens da autuação fiscal e fazer uma síntese das alegações defensivas, diz que em relação à infração 01, o defendente anexou uma planilha demonstrativa de todas as operações em que atesta a regularidade das saídas promovidas com o não recolhimento do ICMS, eis que, segundo o defendente, inexigível na hipótese, afirmando que na planilha (Doc. 4-A) constam mercadorias cujo ICMS fora recolhido por substituição tributária, eis que, adquiridas de terceiros, ocupando o contribuinte autuado a posição de substituído. No Doc. 4-B constam clientes contemplados com isenção ou diferimento do imposto, concedidos pelo próprio Estado da Bahia. No Doc. C-4 constam operações com CFOP 5.949 e 6.949 e no Doc. 4-D constam operações com CFOP 5.123.

Em relação à alegada mercadoria recebida com substituição tributária, repete o que estabelece a Cláusula quinta do Convênio 81/93 e comenta sobre as transferências realizadas por empresas coligadas. Caso exista substituição na operação de transferência deve seguir o que estabelece a Cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93, que determina que nas operações interestaduais entre contribuintes com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido na operação anterior deverá ser efetuado mediante emissão de nota fiscal exclusiva para esse fim, em nome do estabelecimento fornecedor que tenha retido originalmente o imposto. Afirma que a responsabilidade pela retenção é da empresa autuada e cabe ao remetente o ressarcimento.

Diz que o defendente considera que as mercadorias da planilha Doc. 4-B recebem os benefícios do art. 405 do RICMS-BA, inciso VII, do art. 265 e inciso I do art. 2º do Decreto 8.205/02. Reproduz o que estabelece os mencionados artigos e informa que as operações constantes no Doc. 4-B não são com reprodutores ou matrizes. Neste caso, as operações não podem ser consideradas isentas.

Informa que as operações constantes no Doc. 4-B são operações internas e as mercadorias produzidas em outras unidades da Federação. Os itens não são produzidos neste Estado; o contribuinte tem a atividade econômica 4679699 – comércio atacadista de construção em geral, portanto, estas operações não estão sujeitas ao diferimento. Afirma que as operações da empresa CNPJ 13.959.986/0008-40, cuja atividade é construção, está sujeita ao imposto normal.

Acrescenta que o Decreto 12.470/2010 altera o RICMS-BA/97, que teve vigência até 31/12/2012, por isso, não abrange o período dos fatos geradores entre 2013 e 2014.

Quanto às operações com CFOP 5.949 e 6.949 diz que a alegação defensiva não prospera, porque ao examinar as notas fiscais, Doc. 4-C constatou que não existe indicação da NF-e de faturamento.

Sobre as operações com CFOP 5.123 diz que a alegação do autuado não deve prosperar porque o CFOP 5.123 refere-se a venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros remetida para industrialização, por conta e ordem do adquirente, sem transitar pelo estabelecimento do adquirente. Estas notas fiscais fazem referência a notas com CFOP 5.924 – remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem que estão saindo sem tributação. Portanto, as notas com CFOP 5.123 estão sujeitas a tributação normal. Cita o exemplo da NF-e 81.060, com CFOP 5.123 e com a informação complementar de que se refere à NF-e 80.059, com CFOP 95.924 e sem destaque do imposto.

Entende que não se faz necessário realizar a diligência solicitada pelo defendente, porque constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência da infração.

Infração 03: Repete a alegação defensiva e diz que de acordo com as consultas 020912/2015-2, 059501/2015-8 e 111847/2015-8, fls. 58 a 63, treliça e telha estão sujeitas à antecipação tributária.

Com relação ao produto 00000000040463781 – CORD 7F ENGR E PLAST CP RB 190 15,20mm, NCM 73121090, informa que este produto consta no item 24.91 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012 e foi relacionado no anexo 3. Entende que inexiste dúvida de que o referido produto está na substituição tributária.

Infração 04: Diz que o defendente anexou CD (Doc. 5), porém a suposta comprovação de que deu desconto diretamente no preço é irrelevante tendo em vista que esta prática traz prejuízo ao Erário e cria uma vantagem ilegal para o contribuinte. Caso a empresa esteja dando o desconto sobre o preço e aplicando a alíquota de 7% ao mesmo tempo estará praticando uma duplicidade de benefício.

Afirma que a diferença de preço poder ser outro motivo, mas não decorrente do desconto estabelecido no § 1º do art. 16, da Lei 7.014/96. Quem tem direito ao benefício não é o contribuinte. O Estado abre mão da diferença do imposto entre a alíquota de 17% para 7% em favor do destinatário. O contribuinte deve repassar o benefício para o destinatário em forma de desconto. Cita exemplos e o posicionamento do CONSEF por meio do Acórdão JJF Nº 0195-05/16, reproduzindo o voto do relator.

Informa que o Contribuinte já havia feito consulta por meio do processo 18581/2009-5, fls. 65/66, ficando claro a necessidade do desconto na nota fiscal. Entende que a diligência requerida pelo defendente não é necessária, porque constam no presente PAF todos os elementos necessários para a conclusão pela procedência da autuação. Ratifica a infração 04.

Infração 06: Repete a alegação defensiva de que o Convênio 33/96 utiliza a classificação NBM/SH e que na Tabela de Correlação da NBM x NCM o código de NBM correspondente ao NCM 7214.91.00 é o de nº 7214.40.9900 e que consta expressamente no Convênio 33/96.

Com relação ao item de NCM 7211.19.00, diz que o autuado reconhece o equívoco e irá realizar a quitação do valor devido. Diz que ao analisar a tabela de correlação percebeu que o NCM 7214.9100 pode ter 3 NBM e só 1 está no Convênio 33/96. Os NBMs 7214.50.9900 e 7214.60.9900 não estão no Convênio 33/96. Ratifica a infração 06.

Sobre as alegações defensivas relacionadas à multa exigida, entende que não há que se falar em violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, porque a multa aplicada está adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias apuradas.

Diz que a multa está prevista em lei, não há que se falar em confisco, devendo ser mantida no percentual de 60%. A dispensa ou redução exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações não tenham implicado falta de recolhimento do ICMS. Entende que a multa deve ser mantida.

Por fim, pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que apesar de não ter sido argüida questão específica de nulidade, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos pelo defendente não foi constatada qualquer dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pela autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a Infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro 2014.

O autuado alegou que as operações autuadas abarcaram saídas de arames, pregos, eletrodos, telas, grampos etc., cujo ICMS fora recolhido por substituição tributária, eis que adquirida de terceiros, ocupando o contribuinte autuado a posição de substituído (doc. 04-A), ou, ainda, com destino a clientes contemplados com isenção ou diferimento do imposto (doc. 04-B), concedidos pelo próprio Estado da Bahia.

A título de exemplo, informou que as operações constantes no demonstrativo que elaborou à fl. 82, dizem respeito às saídas de mercadorias cujo ICMS-ST já foi recolhido por antecipação, conforme previsão no Decreto nº 12.470/10, sendo que a informação consta, inclusive, no campo “dados adicionais” dos DANFes emitidos e juntados pela própria fiscalização nos anexos do auto de infração.

Concordo com a informação da autuante de que o Decreto 12.470/2010 altera o RICMS-BA/97, que teve vigência até 31/12/2012, por isso, não abrange o período dos fatos geradores entre 2013 e 2014.

A autuante também esclareceu que o defendente considera que as mercadorias da planilha Doc. 4-B recebem os benefícios do art. 405 do RICMS-BA, inciso VII; do art. 265 e inciso I do art. 2º do Decreto 8.205/02. Informa que as operações constantes no Doc. 4-B são operações internas e as mercadorias produzidas em outras unidades da Federação. Os itens não são produzidos neste Estado; o contribuinte tem a atividade econômica 4679699 – comércio atacadista de construção em geral, portanto, estas operações não estão sujeitas ao diferimento. Afirma que as operações da empresa CNPJ 13.959.986/0008-40, cuja atividade é construção, estão sujeitas ao imposto normal.

Quanto às operações abarcadas pelo CFOP 5.405, “Venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte-substituído”,

conforme estabelece o art. 292 do RICMS-BA/2012, o contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterà, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: “ICMS pago por substituição tributária”.

Por outro lado, nas saídas, para este Estado, de mercadorias que já tiverem sido objeto de antecipação ou substituição tributária, o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento como crédito fiscal pelo destinatário, nas hipóteses indicadas no § 1º do art. 292 do RICMS-BA/2012, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior à adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado, devendo ser observada, em qualquer caso, a alíquota aplicável, e o remetente estornar o débito correspondente, no final do mês, no item “008 - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS:

No caso em exame, não ficaram comprovadas as situações descritas na legislação para não efetuar o destaque do imposto no documento fiscal, e o defendente apenas indicou no campo relativo às “Informações Complementares” do documento fiscal que o ICMS ST foi antecipado conforme Decreto 12.410/2010. Neste caso, não restou comprovada a alegação defensiva.

O defendente também alegou que diversas operações abarcadas pelos CFOPs 5.949 e 6.949 (doc. 04-C), representam notas de simples remessa, sendo utilizadas para acobertar o transporte do material, cuja entrega foi feita diretamente em canteiro de obras. O número da nota fiscal de faturamento, por sua vez, encontra-se devidamente mencionado nos dados adicionais das notas fiscais de remessa, sendo que tais operações sequer foram objeto de acusação fiscal.

Na informação fiscal, a autuante esclareceu que ao examinar as notas fiscais (Doc. 4-C), constatou que não existe indicação da NF-e de faturamento.

Efetivamente, nas notas fiscais emitidas para acompanhar o transporte das mercadorias, devem constar, além dos demais requisitos regulamentares, as informações concernentes ao documento fiscal em que houve o destaque do imposto, considerando que o fato gerador do ICMS ocorre por ocasião da saída da mercadoria e o simples faturamento não é fato gerador do referido imposto.

O defendente alegou, ainda que as operações contempladas com o CFOP 5.123 (doc. 04-D), abarcam simples remessa para serem industrializadas em outro estabelecimento, por conta e ordem do adquirente, sem que as mercadorias tenham transitado pelo estabelecimento do adquirente, não havendo, portanto, circulação jurídica de mercadoria a ensejar a incidência tributária do imposto estadual.

Entretanto, a autuante esclareceu que o CFOP 5.123 refere-se a venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros remetida para industrialização, por conta e ordem do adquirente, sem transitar pelo estabelecimento do adquirente. Estas notas fiscais fazem referência a notas com CFOP 5.924 – remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem que estão saindo sem tributação. Portanto, as notas com CFOP 5.123 estão sujeitas a tributação normal. Citou o exemplo da NF-e 81.060, com CFOP 5.123 e com a informação complementar de que se refere à NF-e 80.059, com CFOP 95.924 e sem destaque do imposto. Neste caso, concordo com o posicionamento da autuante.

Concluo que deve ser mantida a exigência fiscal neste item da autuação, considerando que não ficaram comprovadas as alegações do autuado.

De acordo com as alegações defensivas, o defendente não impugnou as infrações 02 e 05, informando que irá providenciar o pagamento, e, oportunamente, solicitar a juntada do comprovante aos autos. Dessa forma, são procedentes os itens não impugnados, considerando que não há lide a ser decidida.

Infração 03: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de setembro de 2013 e dezembro de 2014, constando na descrição dos fatos que o Contribuinte deu

saída de mercadoria usando indevidamente a alíquota de 7% estabelecida na letra “c” do inciso I, do art. 16, da Lei 7.014/96, para mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária. Este dispositivo veda a aplicação da alíquota de 7% para estas mercadorias.

O autuado alegou que a autuante adotou o entendimento no sentido de que os itens treliça (NCM 7308.40.00) e telha (NCM 7308.90.90), se sujeitam à substituição tributária prevista no item 24.53, do Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

No arquivo denominado “demonstrativo de alíquota diversa – itens enquadrados no regime de substituição tributária”, a fiscalização acusa o contribuinte de ter aplicado alíquota diversa para as mercadorias com os seguintes códigos NCMs: (i) 73084000; (ii) 73089090 e (iii) 73121090.

Para o caso dos autos, entende que importa a análise do Anexo 1, do RICMS/12, que, na indicação das mercadorias sujeitas à substituição tributária no ICMS, apresenta diversos códigos NCMs, acompanhados apenas da descrição de traços característicos (definição pelo gênero e pela diferença), relacionados à funcionalidade dos produtos ali abrangidos.

Apresentou o entendimento de que a simples indicação do código NCM/SH, isoladamente e de forma genérica, não é suficiente para configurar a sujeição de uma mercadoria ao regime de substituição tributária. Afirmou que a descrição da NCM/SH 7308.90.90 não abarca as telhas (vigas com função de cobertura ou fechamento lateral), uma vez que não se confundem com “material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos (inclusive armações prontas, para estruturas de concreto armado ou argamassa armada), eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção – 7308.4, 7308.9)”.

A autuante informou que de acordo com as consultas 020912/2015-2, 059501/2015-8 e 111847/2015-8, fls. 58 a 63, treliça e telha estão sujeitas à antecipação tributária.

Com relação ao produto 00000000040463781 – CORD 7F ENGR E PLAST CP RB 190 15,20mm, NCM 73121090, informou que este produto consta no item 24.91 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012 e foi relacionado no anexo 3. Entende que inexistente dúvida de que o referido produto está na substituição tributária.

Esclareceu que o item 24.53 constante no Anexo 1 do RICMS-BA/2012 se refere a “material para andaimes, para armações (cofragens) e para escoramentos, (inclusive armações prontas, para estruturas de concreto armado ou argamassa armada), eletrocalhas e perfilados de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construção -7308.4, 7308.9

Acrescentou que o item 24.91 trata de “Fios de ferro ou aço não ligados, não revestidos, mesmo polidos cordas, cabos, tranças (entrançados), lingas e artefatos semelhantes, de ferro ou aço, não isolados para usos elétricos – 7312 e 7217.10.9.

Observo que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código da NCM. Neste caso, descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos da NCM, para se comprovar se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado naquele item da referida tabela e, se for o caso, no regime de substituição tributária. Devem ser considerados os produtos que apresentem a especificação e respectiva NCM, e não importa a intenção do legislador ao estabelecer tal especificação.

No caso em exame, embora as mercadorias em comento tenham a descrição de forma genérica no Anexo 1 do RICMS-BA, a informação constante nos documentos fiscais indica que a mercadoria corresponde àquela contida na norma, o que não afasta sua aplicabilidade à substituição tributária, estando classificadas na mesma posição de NCM.

Vale salientar, que foi neste sentido a orientação constante nas consultas mencionadas pela autuante na informação fiscal. Dessa forma, estando as mercadorias enquadradas na substituição tributária, é vedado aplicar o benefício constante na alínea “c” do inciso I do art. 16 da Lei 7.014/96. Infração subsistente.

Infração 04: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.

Em complemento, consta a informação de que o Contribuinte deu saída de mercadoria usando indevidamente a alíquota de 7% estabelecida na letra “c” do inciso I, do art. 16, da Lei 7.014/96, sem conceder o desconto condicional do valor correspondente ao benefício fiscal, pois o mencionado desconto não consta expressamente no documento fiscal.

O defendente alegou que ao realizar a contraposição dos valores de saídas dos variados produtos sob os quais foi aplicada a alíquota reduzida, acobertados pelas notas fiscais autuadas, e dos valores praticados, para os mesmos produtos, mas sem o benefício, verifica-se que o preço unitário de cada produto, no caso de saídas submetidas à alíquota de 7%, foi menor do que aquele praticado no caso de saídas submetidas à alíquota de 17%, sendo que, a diferença entre os preços, nas amostras colhidas, inclusive superou, em termos percentuais, a diferença entre as alíquotas, evidenciando que o benefício foi repassado aos adquirentes desses produtos.

Requeru a juntada aos autos, de planilha demonstrativa, bem como das notas fiscais selecionadas por amostragem, para comprovar o repasse do benefício aos adquirentes e a insubsistência da acusação fiscal (doc. 05).

A autuante informou que o direito ao benefício é do destinatário das mercadorias e não do remetente. O Estado abre mão da diferença do imposto entre a alíquota de 17% para 7% em favor do destinatário, e o contribuinte deve repassar o benefício para o destinatário em forma de desconto. Cita exemplos e o posicionamento do CONSEF por meio do Acórdão JF Nº 0195-05/16.

Observo que o ICMS integra a própria base de cálculo, e isto significa dizer que, por exemplo, se uma mercadoria com preço de venda estabelecido em R\$100,00, tem como pressuposto legal que a base de cálculo dessa mercadoria é constituída pelo custo de R\$83,00 e pelo imposto de R\$17,00. No caso da redução da alíquota para 7%, com o benefício estabelecido na legislação, o preço de venda passaria para R\$89,25, demonstrando assim, a redução de 10,75269% para o adquirente cadastrado como microempresa ou empresa de pequeno porte. Neste caso, não basta a indicação apenas na nota fiscal da alíquota de 7% e a informação de que fora aplicado o desconto de 10,75269%. É indispensável que fique comprovada a efetiva aplicação da redução de 10,75269% no preço praticado pelo autuado sob a forma de desconto.

De acordo com a redação do § 1º, incisos I e II, acima reproduzidos, o estabelecimento vendedor deve repassar ao adquirente, sob a forma de desconto o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da redução, e esta redução deve constar expressamente no respectivo documento fiscal. Portanto, não se trata de um desconto que estaria implícito no preço unitário da mercadoria.

Vale salientar que a previsão da alínea “c” do inciso I, do art. 16, da Lei 7.014/96, não tem qualquer vinculação com a formação dos preços fixados pelo contribuinte, nem com o preço unitário da mercadoria. Normalmente, a empresa fixa preços em função dos custos de produção ou de aquisição, do volume de operações, prazos de pagamento e outros fatores. A regra do mencionado dispositivo regulamentar é no sentido de que, uma vez estabelecido o preço, o estabelecimento industrial que efetuar vendas para microempresas ou empresas de pequeno porte, caso pretenda que a operação seja tributada a 7%, deverá, independentemente do critério adotado na formação de seu preço, repassar ao adquirente, sob forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, fazendo constar em cada nota fiscal o referido desconto (§ 1º do art. 16 da Lei 7.014/96). Se tal desconto não consta nas notas fiscais acostadas aos autos não foi cumprida a condição para a fruição do benefício fiscal. Neste caso, não basta a indicação apenas na nota fiscal da alíquota de 7% e a informação de que fora aplicado o desconto de 10,75269%. É indispensável que fique comprovada a efetiva aplicação da redução de 10,75269% no preço praticado pelo autuado sob a forma de desconto.

Independente das questões levantadas pelo defendente o benefício fiscal é condicionado, e quando o reconhecimento de benefício depende de condição que não foi satisfeita, o tributo deve ser considerado devido. Portanto, se o contribuinte não comprovou que foi concedido o desconto na forma prevista no Regulamento, não acato as alegações defensivas, inclusive, de que o desconto estaria embutido no preço da mercadoria comercializada pelo sujeito passivo. Concluo pela subsistência desta infração.

Infração 06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo do imposto, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.

O defendente alegou que o art. 266, II, do RICMS/BA, autoriza a redução da base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados às operações descritas, em especial, no que se referem às operações internas com ferros e aços não planos, relacionados nas diversas alíneas do dispositivo, bem como no Convênio ICMS nº 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação.

Diz que a fiscalização tributária, cometendo grave equívoco, aduz que o NCM 7214.91.00 não consta no dispositivo da legislação, nem mesmo no Convênio ICMS nº 33/96, o que impossibilitaria, conseqüentemente, o benefício de da redução da base de cálculo. De fato, o código NCM mencionado não está previsto no Convênio ICMS nº 33/96, por uma razão óbvia: o Convênio ICMS nº 33/96 trouxe a descrição com base na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH e não com base na Nomenclatura Comum do Mercosul – Sistema Harmonizado - NCM/SH.

Em relação aos produtos com NCM 7211.19.00, reconhece que, de fato, a empresa constatou se tratar de equívoco interno, motivo pelo qual, irá realizar a quitação do valor devido, protestando, desde já, pela sua juntada aos autos posteriormente.

Na informação fiscal, a autuante repete a alegação defensiva de que o Convênio 33/96 utiliza a classificação NBM/SH e que na Tabela de Correlação da NBM x NCM o código de NBM correspondente ao NCM 7214.91.00 é o de nº 7214.40.9900 e que consta expressamente no Convênio 33/96.

Com relação ao item de NCM 7211.19.00, disse que o autuado reconhece o equívoco e irá realizar a quitação do valor devido. Diz que ao analisar a tabela de correlação percebeu que o NCM 7214.9100 pode ter 3 NBM e só 1 está no Convênio 33/96. Os NBMs 7214.50.9900 e 7214.60.9900 não estão no Convênio 33/96. Ratifica a infração 06.

Conforme Tabela de Correlação NBM x NCM, os códigos NBM/SH 7214.40.9900, 7214.50.9900 e 7214.60.9900 correspondem ao mesmo código de NCM 7214.91.00. Neste caso, concordo com a informação da autuante de que apenas o NBM 7214.40.9900 se encontra no Convênio 33/96, os demais códigos NBMs 7214.50.9900 e 7214.60.9900 não estão no referido Convênio. Dessa forma, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Sobre as alegações defensivas relacionadas à multa exigida, não podem ser acatadas, haja vista que estão previstas em lei, e esta Junta de Julgamento Fiscal tem competência para apreciar somente pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação acessória, consoante o art. 158 do RPAF/99.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 274068.0009/16-1**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.106.172,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA