

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0010/16-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ARCELORMITTAL BRASIL S/A.
RECORRIDOS - ARCELORMITTAL BRASIL S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO e RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0159-03/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/06/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0128-12/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pela autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** em razão da desistência manifestada pelo contribuinte em petição avulsa com o decorrente pagamento do valor mantido na Decisão de piso. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, o primeiro interposto pelo contribuinte e o segundo para reexame da Decisão da Junta de Julgamento, em razão do valor desonerado ter sido superior a R\$100.000,00, aplicando-se a regra prevista no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 19/12/2016, para a exigência de ICMS no valor de R\$2.275.350,26, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 07.02.03: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$2.273.870,54.

Infração 02 – 07.02.03: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2013; janeiro a março e agosto de 2014. Valor do débito: R\$1.479,72.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 54 a 64 do PAF, e a Junta de Julgamento, ao decidir as questões suscitadas na peça defensiva, exarou o voto a seguir transcrito:

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, conforme descrição dos fatos efetuada de forma compreensível, tendo sido 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/99, para se determinar a nulidade do lançamento efetuado.

-As infrações 01 e 02 são decorrentes da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

De acordo com as razões defensivas, o autuado não impugnou a infração 02, tendo informado que realizou o

pagamento do valor devido referente à mencionada infração, conforme comprova o documento anexado à defesa (doc. 03 – fls. 100/101 do PAF), subsistindo a discussão tão somente em relação à infração 01. Dessa forma, concluo pela subsistência da infração 02, considerando que inexistente a ser decidida, devendo ser homologado o valor recolhido.

A Infração 01 trata da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.

A lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Por outro lado, nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária, devendo o Contribuinte comprovar que recolheu o imposto retido.

O defendente alegou que discute a adoção do entendimento no sentido de que o item telha (NCM 7308.90.90), estaria sujeito à substituição tributária, por exigência do art. 289 do RICMS-BA/2012, Decreto nº 13.780/12. Disse 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.

Assegurou que as telhas que comercializa não se enquadram exaustivamente nas hipóteses dos itens descritos no Anexo 1, do RICMS-BA/2012, redação vigente à época dos fatos geradores, e não se afigura possível a inclusão dos materiais na sistemática de substituição tributária do ICMS no Estado da Bahia, sendo improcedente a acusação fiscal relativamente a esse item.

A autuante informou que de acordo com as consultas de números 020912/2015-2, 059501/2015-8 e 111847/2015-8, fls. 37 a 40, treliça e telha estão sujeitas à antecipação tributária, por isso, ratifica o tratamento tributário dos mencionados itens (treliças e telhas), que estão enquadrados no regime de substituição tributária.

Efetivamente, o posicionamento adotado pela SEFAZ por meio dos mencionados Pareceres foi no sentido de que, por se tratar de produtos próprios da construção civil as telhas classificadas na NCM/SH 7308.9090 são produtos enquadrados no item 24.53 do Anexo I do RICMS-BA/2012, bem como no item 59 do Anexo único do Protocolo ICMS 104/09 e item 54 do Protocolo ICMS 26/2010. Neste caso, o mencionado produto está enquadrado no regime de substituição tributária.

Observo que em relação à obrigação de o contribuinte fazer a retenção ou antecipação do ICMS quanto às mercadorias enquadradas no mencionado regime de substituição tributária, deve ser considerado o código de NCM, e não importa a intenção do legislador ao estabelecer tal especificação. Ou seja, deve ser levado em consideração se o produto foi incluído e a data de sua inclusão conforme previsto em acordos interestaduais, excluindo-se as operações relativas ao período anterior de vigência do citado acordo.

No caso em exame, embora a mercadoria em comento tenha a descrição de forma genérica no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, a informação constante nos documentos fiscais indica que essa mercadoria corresponde àquela contida na norma, o que não afasta sua aplicabilidade à substituição tributária, estando classificadas na mesma posição de NCM. Dessa forma, concordo com o posicionamento da autuante.

O defendente alegou ausência de substituição tributária nas operações em que recebeu a mercadoria já com o imposto antecipado. Disse 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.

Afirmou 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 (doc. 04 – fls. 102/103).

Na informação fiscal, a autuante citou a Cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, estabelecendo que a substituição tributária não se aplica: I) às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria; II) 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. Também informou que o impugnante não comprovou que os itens constantes no CD à fl. 103 (Doc. 4) foram todos recebidos com imposto pago por substituição tributária.

Disse, ainda, que as transferências foram feitas por empresas coligadas para filial atacadista. Caso exista

substituição deve seguir o que estabelece a cláusula terceira 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.

O defendente apresentou o entendimento de que, na manifestação fiscal afastou-se dos fundamentos originais da acusação fiscal, tendo a autuante justificado a manutenção das exigências fiscais não em razão do previsto no artigo 8º, II, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, fundamento legal constante no Auto de Infração em epígrafe, mas por suposta violação às Cláusulas terceira e quinta do Convênio ICMS nº 81/93. Disse que a mudança de critérios é inequívoca, e não pode ser cancelada por este Conselho.

Observe que depois de realizado o lançamento e se conclui que o fato era outro, e não aquele imputado ao sujeito passivo, impõe-se a anulação do lançamento para que, mediante nova ação fiscal, seja renovado o procedimento a salvo de vícios. Entretanto, no presente processo não se constatou mudança do fulcro da autuação, haja vista que a irregularidade apurada continua a mesma.

A indicação do Convênio ICMS 81/93 não prejudicou o autuado, inexistindo cerceamento ao direito de defesa e não foi constatado prejuízo jurídico ou inobservância da lei. Ademais, não implicaria nulidade da autuação caso existisse erro de indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal.

Verifico que podem ocorrer algumas situações que devem ser observadas pelo contribuinte destinatário das mercadorias: Se o Estado onde se localiza o vendedor participa de acordo interestadual, o ICMS referente à substituição tributária já virá destacado na nota fiscal. Neste caso, se comprovado que houve a retenção, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, ficando vedada a utilização de crédito fiscal. Isso implica dizer que houve encerramento da fase de tributação. Entretanto, tal fato não ficou comprovado nos autos.

Outra situação: Se o substituto tiver inscrição como “CONTRIBUINTE SUBSTITUTO” no Estado da Bahia poderá recolher o ICMS retido no mês subsequente à ocorrência do fato gerador no prazo estabelecido. Se não obtiver a inscrição, o recolhimento deve ser na entrada da mercadoria no território deste Estado. Caso o substituto não recolha e não tenha inscrição de “Contribuinte Substituto” no Estado da Bahia, o adquirente responde por solidariedade, podendo ser cobrado pelo Fisco. Na situação em que o Estado onde está localizado o vendedor não signatário de acordo interestadual, a responsabilidade pelo pagamento do tributo é do adquirente neste Estado, podendo o recolhimento ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente, se o contribuinte estiver credenciado.

Por outro lado, conforme estabelece o § 8º, inciso I, da Lei 7.014/96, não se fará retenção do ICMS quando a mercadoria se destinar a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas.

Concordo com o posicionamento da autuante quando afirmou que na hipótese de transferências realizadas por empresas coligadas, caso exista substituição tributária, deve seguir o que estabelece a cláusula terceira do CONVÊNIO ICMS 81/93, e não se trata de mudança do fulcro da autuação, como entendeu o defendente. Dessa forma, percebe-se que apenas o demonstrativo apresentado pelo defendente é insuficiente para a comprovação pretendida, concluindo-se pela subsistência deste item da acusação fiscal.

O defendente também alegou que de acordo com a planilha elaborada pela área fiscal da empresa (doc. 05 - fls. 104/105), há diversas vendas que foram destinadas a consumidores finais e inúmeras outras para industrialização pelo próprio adquirente, afastando por completo a exigência do ICMS-ST, por ausência de previsão legal.

A autuante informou que pesquisou através do Sistema Informação do Contribuinte – INC e site da Receita Federal a atividade principal por CNPJ, apenas das operações com indicação do canal 20 ou canal 40 e sem CNPJ. Foi constatado que muitas empresas são comerciantes, por isso, é devido a exigência do ICMS-ST.

Informou que no DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS SEM RETENÇÃO DE ICMS - ANEXO 3 - INFORMAÇÃO FISCAL foi excluído o valor do ICMS retido das empresas sem exigência do ICMS-ST, e no DEMONSTRATIVO DE CNAE PRINCIPAL - ANEXO 4 - INFORMAÇÃO FISCAL constam os destinatários, cuja a exclusão do ICMS-ST foi acatada.

Caso este Órgão Julgador concorde com a metodologia, a infração 1 passa a ter o valor conforme o DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS SEM RETENÇÃO DE ICMS - ANEXO 3 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente apresentou o entendimento de que a exclusão deve ser feita não apenas levando em consideração a atividade principal descrita no CNAE dos destinatários das mercadorias, mas também as informações constantes na planilha anexa à impugnação, elaborada mediante criterioso controle interno da empresa e que se ajustam à realidade fática das transações.

O regime de substituição tributária consiste na transferência de responsabilidade de um contribuinte para outro em relação ao um fato gerador do tributo que vai ocorrer posteriormente, neste caso, não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar a consumidor final, por inexistir operação subsequente.

Também não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando as mercadorias forem destinadas a estabelecimento industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem.

Acato as conclusões da autuante em relação à pesquisa realizada por meio dos dados cadastrais dos estabelecimentos destinatários das mercadorias, haja vista que estes constituem elementos necessários à comprovação das atividades de cada estabelecimento inscrito, e no caso de alteração de atividade, cabe realizar atualização cadastral, o que não foi comprovado nos autos. Dessa forma, entendo que deve prevalecer o demonstrativo elaborado na informação fiscal (DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS SEM RETENÇÃO DE ICMS - ANEXO 3 - INFORMAÇÃO FISCAL), onde foi apurado que o débito original ficou reduzido.

O autuado também alegou que em mais um equívoco, a fiscalização tributária exigiu ICMS em operações contempladas com o CFOP 5.949 (doc. 06 – fls. 106/107), 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.

A autuante informou que ao examinar a NF-e 67.750, com chave 29130517469701003940550000000677501486431110, do Doc 06, constatou que não existe a indicação da NF-e de faturamento. Porém o destinatário é FENGER FUNDAÇÕES ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, IE: 010.398.568, atividade econômica construção de edifícios. Sendo assim o valor referente a esta nota foi excluído.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente afirmou que entende que a improcedência é ainda mais evidente quando se constata que as operações contempladas com o CFOP 5.949 representam notas de simples remessa, sendo utilizadas para acobertar o transporte do material, cuja entrega foi feita diretamente em canteiro de obras, não havendo que se falar em circulação jurídica de mercadoria. Disse que foi acertada a decisão da autuante em reconhecer o erro da acusação fiscal, ainda que por fundamento diverso, eis que não há previsão legal para a exigência do ICMS-ST nas operações abarcadas com o CFOP 5.949.

Observe que não há divergências quanto à exclusão da operação referente a simples remessa, e a autuante concordou em excluir a referida operação da exigência fiscal.

Quanto à multa exigida, o autuado alegou que foi aplicada uma multa ilegal e desproporcional no percentual de 60% sobre o valor do imposto não retido (art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96), tomando a penalidade contornos confiscatórios. Caso não se decida pelo cancelamento da penalidade exigida, entende ser necessário ao menos reduzi-la para patamares mais razoáveis, menos restritivos de direitos fundamentais do contribuinte.

Observe que multas e acréscimos tributários são decorrentes da autuação, e conforme estabelece o art. 39, V, “c” do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente.

Em relação ao argumento do autuado de que a multa aplicada é exorbitante e confiscatória, saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada, conforme art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Vale ressaltar, que 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 mencionado Regulamento.

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, observe 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.

Acolho os novos demonstrativos elaborados pela autuante nos Anexos 3 e 4 (CD-R à fl. 567) e concluo pela subsistência parcial deste lançamento, conforme demonstrativos constantes no referido CD e quadro abaixo,

elaborado com base nos mencionados demonstrativos.

2013

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR A RECOLHER
31/01/2013	09/02/2013	20.502,19
28/02/2013	09/03/2013	17.614,56
31/03/2013	09/04/2013	12.112,05
30/04/2013	09/05/2013	15.790,20
31/05/2013	09/06/2013	14.744,19
30/06/2013	09/07/2013	11.677,68
31/07/2013	09/08/2013	18.348,37
31/08/2013	09/09/2013	21.009,44
30/09/2013	09/10/2013	18.229,71
31/10/2013	09/11/2013	26.469,13
30/11/2013	09/12/2013	16.985,55
31/12/2013	09/01/2014	18.337,12
TOTAL	-	211.820,19

2014

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR A RECOLHER
31/01/2014	09/02/2014	12.166,37
28/02/2014	09/03/2014	15.676,56
31/03/2014	09/04/2014	25.040,44
30/04/2014	09/05/2014	12.582,17
31/05/2014	09/06/2014	26.736,37
30/06/2014	09/07/2014	21.380,78
31/07/2014	09/08/2014	27.918,64
31/08/2014	09/09/2014	21.097,91
30/09/2014	09/10/2014	19.093,09
31/10/2014	09/11/2014	17.775,24
30/11/2014	09/12/2014	22.720,72
31/12/2014	09/01/2015	95.226,18
TOTAL	-	317.414,47

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

O Recurso de Ofício refere-se às exclusões de valor processadas pelo autuante, na fase de informação fiscal, visto que o levantamento originário exigiu ICMS sobre operações contempladas com o CFOP 5.949 (doc. 06 – fls. 106/107), que representavam notas de simples remessa, sendo utilizadas para acobertar o transporte do material, cuja entrega foi feita diretamente em canteiros de obras. Conforme fez constar o julgador de piso em sua Decisão, o número da nota fiscal de faturamento encontra-se devidamente mencionado nos dados adicionais das notas fiscais de remessa. A autuante informou que ao examinar a NF-e 67.750, com chave 29130517469701003940550000000677501486431110, do Doc 06, constatou que não existe a indicação da NF-e de faturamento. Porém o destinatário da operação foi a empresa FENGER FUNDAÇÕES ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, IE: 010.398.568, com atividade econômica construção de edifícios. Sendo assim o valor referente a esta nota foi excluído na fase de informação fiscal.

Na manifestação empresarial apresentada após a informação fiscal, o contribuinte reafirmou que entende que a improcedência é ainda mais evidente quando se constata que as operações contempladas com o CFOP 5.949 representam notas de simples remessa, sendo utilizadas para acobertar o transporte do material, cuja entrega foi feita diretamente em canteiros de obras, não havendo que se falar em circulação jurídica de mercadoria. Disse que foi acertada a decisão da autuante em reconhecer o erro da acusação fiscal, ainda que por fundamento diverso, eis que não há previsão legal para a exigência do ICMS-ST (substituição tributária) nas operações abarcadas com o CFOP 5.949.

Em decorrência o julgador da Junta de Julgamento confirmou a exclusão das operações relacionadas com as simples remessas, em concordância com a manifestação das partes.

Em relação à parte em que o contribuinte foi sucumbente o mesmo ingressou com Recurso Voluntário, datado de 09/10/2017, peça processual que se encontra anexada às fls. 649 a 665 dos autos, firmada por advogados com procurações juntadas às fls. 66/72.

De plano o contribuinte informou ter promovido o pagamento integral da infração 2, de acordo com o comprovante de recolhimento (doc. fls. 100/101) já apresentado em 1ª instância. Teceu considerações em torno da necessidade de reforma da Decisão de piso, relacionadas à inaplicabilidade da substituição tributária ao caso concreto, ausência de substituição tributária em operações cujo imposto já havia sido recolhido antecipadamente e também ausência da substituição tributária nas operações de vendas destinadas a consumidores finais e para industrialização pelo próprio adquirente. Impugnou ainda a multa aplicada, no percentual de 60%, ao argumento de que a mesma é abusiva, desproporcional e ilegal.

Todavia, em petição protocolada em 11/01/2018, o recorrente, visando reduzir a litigiosidade em face do Estado da Bahia, informou que procedeu à celebração de acordo com a Fazenda Estadual, no âmbito do Programa instituído pela Lei nº 13/803/2017, motivo pelo qual requereu a

desistência e a renúncia parcial do direito de recorrer da parte em que foi sucumbente. Na mesma ocasião promoveu a juntada à referida petição do comprovante de pagamento do saldo remanescente da autuação, na quantia de R\$529.234,64, acrescido da multa de 60% e dos demais acréscimos legais, totalizando a cifra de R\$692.281,25 (doc. 01, fl. 674). O referido pagamento foi também atestado pelo relatório interno da SEFAZ-Ba, juntado às fls. 676/679.

O recorrente declarou ainda que aguarda o julgamento do Recurso de Ofício interposto na Decisão da Junta de Julgamento na expectativa de que o mesmo não seja provido, mantendo inalterado o Acórdão de piso.

VOTO

Em relação ao Recurso Voluntário a manifestação empresarial só abrangeu a parcela remanescente da infração 1 no importe principal de R\$529.234,66, mantida na Decisão da Junta de Julgamento. Ocorre que na petição protocolada em 11/01/2018, o recorrente, visando reduzir a litigiosidade em face do Estado da Bahia informou que procedeu à celebração de acordo com a Fazenda Estadual, no âmbito do Programa instituído pela Lei nº 13/803/2017, motivo pelo qual requereu a desistência e a renúncia parcial do direito de recorrer da parte em que foi sucumbente. Na mesma ocasião promoveu a juntada à referida petição do comprovante de pagamento do saldo remanescente da autuação, na quantia de R\$529.234,64, acrescido da multa de 60% e dos demais acréscimos legais, totalizando a cifra de R\$692.281,25 (doc. 01, fl. 674). O referido pagamento foi também atestado pelo relatório interno da SEFAZ-BA, juntado às fls. 676/679.

Diante da manifestação expressa da recorrente de desistência do Recurso Voluntário interposto e do decorrente pagamento do valor mantido pelo julgador de 1ª instância, considero PREJUDICADO o exame das questões de fato e de direito suscitadas pelo contribuinte no seu apelo, devendo o valor recolhido com os benefícios da Lei nº 13/803/2017 ser objeto de homologação na repartição de origem do processo. O comprovante de recolhimento compõe o doc. 01, juntado à fl. 674, dos autos.

No tocante ao Recurso de Ofício foi devolvido ao exame dessa instância recursal as exclusões de valor processadas pelo autuante na fase de informação fiscal visto que o levantamento originário exigiu ICMS sobre operações contempladas com o CFOP 5.949 (doc. 06 – fls. 106/107), que representam notas de simples remessas, sendo utilizadas para acobertar o transporte do material, cuja entrega foi feita diretamente em canteiros de obras.

A referida prova foi avaliada pela autuante na fase de informação fiscal, ainda em 1ª instância, procedendo-se à exclusão dos valores respectivos visto que não estavam submetidos ao pagamento do imposto pelo regime da substituição tributária. Apresentados novos Demonstrativos na mídia digital, anexada à fl. 567 dos autos. Observo ainda que na manifestação empresarial apresentada após a informação fiscal, o contribuinte afirmou que entende que a improcedência é ainda mais evidente quando se constata que as operações contempladas com o CFOP 5.949 representavam notas de simples remessas, sendo utilizadas para acobertar o transporte do material, cuja entrega foi feita diretamente em canteiro de obras, não havendo que se falar em circulação jurídica de mercadoria. Disse que foi acertada a decisão da autuante em reconhecer o erro da acusação fiscal, ainda que por fundamento diverso, eis que não há previsão legal para a exigência do ICMS-ST (substituição tributária) nas operações abarcadas com o CFOP 5.949.

Assim, frente às provas e argumentos acima apresentado nos posicionamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Observo ainda, por fim, que o item 2 da autuação não integrou as peças recursais, em razão do contribuinte, ainda na fase de defesa, ter reconhecido a procedência da cobrança e efetuado o pagamento integral do valor lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, considerar **PREJUDICADO** exame do Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0010/16-0**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, no valor de **R\$530.714,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o contribuintes desta Decisão e, posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para homologar os valores reconhecidos e recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES - REPR. DA PGE/PROFIS