

PROCESSO - A. I. Nº 276468.0201/15-9
RECORRENTE - GERDAU AÇOS LONGOS S/A
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 2ª CJF nº 0111-12/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0315-12/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. As treliças de aço estão sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do item 40.1 do inciso II do Art. 353 do RICMS/97 e do item 24.53 do Anexo 1 do RICMS/12, pois são armações prontas utilizadas na formação de estruturas de concreto armado. Excluída a exigência nas saídas destinadas a indústrias para utilização como insumo na produção e nas saídas destinadas a empresa que tinha regime especial que lhe atribuía a condição de responsável pela antecipação do imposto. Restabelecido o lançamento relativo às saídas destinadas a contribuinte que efetuou a antecipação do imposto por não ter recebido a mercadoria com o imposto antecipado pelo Autuado, pois o deslocamento da responsabilidade para o seu cliente somente se opera se tiver previsão normativa, já que não se pode admitir que o dispositivo legal venha a ser derogado pela vontade das partes. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO** e **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra Decisão pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e pelo Provimento Parcial do Recurso de Ofício, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/06/2015, para exigir crédito tributário em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 07.02.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes com treliças de aço (NCM 7308.40.00), item 24.53 do Anexo 1 do RICMS/BA, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 a 2014 e janeiro a abril de 2015, no valor de R\$921.078,49, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96.

A 1ª JJF decidiu pela procedência em parte do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0222-01/17 (fls. 227 a 231), com base no voto do Relator, a seguir transscrito:

"Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, informo que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

A lide consiste na sujeição ou não ao regime de substituição tributária da mercadoria denominada pelo autuado de treliça de aço, classificada na NCM com o código 7308.4. Sustenta o autuado que não existe descrição expressa na legislação da denominação da mercadoria por ela vendida e que, por isso, não poderia ser considerada incluída no citado regime.

O texto do item 40.1 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 remeteu ao Protocolo ICMS 104/09 a descrição e a

classificação na NCM das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Já o item 24.53 do Anexo 1 do RICMS/12 repetiu a redação do item 59 do Anexo Único do referido protocolo com o seguinte teor:

“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”.

De acordo com texto extraído no site www.comercialgerdau.com.br, “a Treliça Gerdau é fabricada com aço CA-60 nervurado, que permite melhor aderência ao concreto. Possui uma enorme capacidade de vencer grandes vãos e suportar altas cargas com toda a segurança. Você encontra a Treliça Gerdau nos comprimentos de 8 m, 10 m e 12 m. Sua utilização estrutural em lajes treliçadas e minipainéis treliçados, bem como espaçador de armaduras, traz diversos benefícios para processo de construção: - Redução do uso de fôrmas e escoramentos; - Redução do custo com mão-de-obra; - Racionalização na execução e na organização do canteiro de obras; - Maior rapidez na montagem”.

De acordo com o site www.ecivilnet.com, portal eletrônico especializado em construção civil, treliça é uma armação formada pelo cruzamento de elementos retos (de madeira, aço, alumínio, etc) cujas extremidades são ligadas em pontos conhecidos como nós. As treliças são dimensionadas de modo que as únicas forças atuantes nos elementos sejam de tração ou compressão. As treliças podem ser planas ou tridimensionais.

É certo que é necessário que a descrição da mercadoria e a classificação na NCM coincidam com a mercadoria para que seja considerada como sujeita ao regime de substituição tributária. Entretanto, não é possível que se encontrem na legislação a descrição de todas as mercadorias, mesmo que sejam denominações comuns encontradas no mercado. Uma descrição geral pode alcançar diversos tipos de produtos e a classificação na NCM serve para delimitar esse universo.

Assim, no caso concreto, as treliças de aço se enquadram no item 40.1 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e no item 24.53 do Anexo 1 do RICMS/12 com a NCM 7308.4, pois são armações prontas utilizadas na formação de estruturas de concreto armado, visando potencializar no processo de construção a segurança na capacidade das estruturas em suportar altas cargas.

Concordo com o refazimento do demonstrativo de débito executado pelo autuante em relação às saídas de treliça de aço com destino a estabelecimentos para uso com insumo na produção (fls. 131 a 143). Neste caso, não cabe a retenção do imposto pelo autuado, pois a mercadoria não será objeto de operação subsequente pelo destinatário.

Em relação às saídas ocorridas a partir de 21/12/2012 com destino à empresa Alumifer Alumínio e Ferro Ltda, também não poderia ser atribuída a responsabilidade pela retenção do imposto ao autuado em decorrência da concessão do regime especial por meio do Parecer nº 27.089/2012 à referida empresa, emitido pela GETRI/DITRI, que, com base no § 2º do art. 7º-B do Decreto nº 7.799/2000, desobrigou os remetentes de mercadorias sujeitas a substituição tributária à retenção do imposto quando a mercadoria se destinasse aos contribuintes que tivessem obtido a atribuição para responsabilidade pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição nas saídas internas subsequentes. Assim, entendo correta o novo demonstrativo produzido pelo autuado por força da diligência fiscal determinada pela Junta de Julgamento Fiscal, conforme demonstrativo das fls. 178 a 185.

Em relação às saídas destinadas à empresa Hiperferro Comercial de Aços Ltda, entendo que, apesar da responsabilidade pela retenção do imposto ser atribuída ao alienante das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em razão do autuado não ter efetuado a retenção, a Hiperferro assumiu a condição de responsável por ter adquirido a mercadoria junto ao industrial sem a antecipação do imposto, conforme obrigação atribuída no inciso II do art. 8º da Lei nº 7.014/96, que estabelece a responsabilidade ao contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

Uma vez comprovado o recolhimento do imposto pelo destinatário da mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, quando o remetente o deixou de fazer, mesmo obrigado, considerando que o destinatário assumiu a condição de responsável por ter adquirido a mercadoria junto ao industrial sem a antecipação do imposto, entendo que não cabe a exigência do imposto ao autuado, pois a exigência da antecipação tributária foi efetivamente satisfeita pelo destinatário, a empresa Hiperferro Comercial de Aços Ltda.

Desse modo, entendo que também devem ser excluídas as exigências referentes às notas fiscais originadas do autuado com destino à empresa Hiperferro Comercial de Aços Ltda, constante nos relatórios às fls. 112, 115, 118 e 121, que estão incluídas no demonstrativo das fls. 178 a 185.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o lançamento tributário para R\$280.371,80, conforme demonstrativo sintético a seguir e o demonstrativo analítico das fls. 218 a 226.

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
30/04/2014	688,91

30/09/2014	714,40
31/10/2014	701,36
30/11/2014	1.402,72
31/12/2014	700,11
31/01/2015	32.934,36
28/02/2015	42.969,07
31/03/2015	87.513,54
30/04/2015	112.747,33
TOTAL	280.371,80

A 1^a JJF apresentou Recurso de Ofício, consoante determina o Art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e o Autuado interpôs Recurso Voluntário, com respaldo no Art. 169, I, “b”, do citado RPAF/99.

A 2^a CJF decidiu pelo não provimento do Recurso Voluntário e pelo provimento parcial do Recurso de Ofício, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0111-12/18 (fls. 262 a 268), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

“No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 1^a JJF (Acórdão Nº 0222-01/17) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$921.078,49 para R\$280.371,80, em valores históricos, montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que uma parte da redução do valor lançado (R\$191.171,40) está relacionada à exclusão, do demonstrativo de débito, das operações com destino a estabelecimentos industriais que utilizam a treliça como insumo de seu processo. Uma outra parte se relaciona às exclusões das operações (a partir de 21/12/2012) destinadas à empresa Alumifer Alumínio e Ferro Ltda, em função de tal empresa possuir regime especial que desobrigou os remetentes de efetuarem a retenção do ICMS-ST. Por fim, uma terceira parte da redução se refere às operações destinadas à empresa Hiperferro Comercial de Aços Ltda, pelo fato de tal empresa ter adquirido a treliça junto à Gerdau sem antecipação do imposto.

Pois bem, quanto às operações destinadas a estabelecimentos industriais, é certo que não deve ocorrer a retenção do ICMS-ST já que não haverá operações subsequentes a serem realizadas com a mesma mercadoria.

Quanto às operações destinadas à Alumifer Alumínio e Ferro Ltda, noto que foi igualmente acertada a decisão de piso, pois o Regime Especial 27089/12 (datado de 14/11/2012) promoveu o deslocamento da responsabilidade tributária para a empresa citada nas aquisições efetuadas com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme cópia à folha 100 do presente processo, decisão que exclui a possibilidade de se aplicar sanção ao remetente.

Quanto às operações destinadas à empresa Hiperferro Comercial de Aços Ltda, a decisão de piso fundamentou-se no art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, conforme trecho à folha 230, que reproduzo abaixo.

“Em relação às saídas destinadas à empresa Hiperferro Comercial de Aços Ltda, entendo que, apesar da responsabilidade pela retenção do imposto ser atribuída ao alienante das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em razão do autuado não ter efetuado a retenção, a Hiperferro assumiu a condição de responsável por ter adquirido a mercadoria junto ao industrial sem a antecipação do imposto (grifo acrescido), conforme obrigação atribuída no inciso II do art. 8º da Lei nº 7.014/96, que estabelece a responsabilidade ao contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.”

Pelo que se lê, acima, a 1^a JJF entendeu que a falta de retenção do ICMS-ST pelo remetente (responsável tributário) teria o condão de deslocar a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento para o destinatário. Afirma também, em seguida, que a prova de recolhimento do imposto pelo destinatário afasta a responsabilidade do remetente das mercadorias, conforme abaixo.

“Uma vez comprovado o recolhimento do imposto pelo destinatário da mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, quando o remetente o deixou de fazer, mesmo obrigado, considerando que o destinatário assumiu a condição de responsável por ter adquirido a mercadoria junto ao industrial sem a antecipação do imposto (grifo acrescido), entendo que não cabe a exigência do imposto ao autuado, pois a exigência da antecipação tributária foi efetivamente satisfeita pelo destinatário, a empresa Hiperferro Comercial de Aços Ltda.”

Note-se que a decisão recorrida faz referência à hipótese de “antecipação do imposto” (trechos em destaque), situação que tem regra específica de dispensa no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Não é, contudo, a situação dos autos que trata de hipótese de “retenção”. Tal distinção não é meramente semântica, pois a dispensa do ICMS, prevista no § 1º citado, se justifica pelo fato de que a responsabilidade foi adimplida, “extemporaneamente”, pelo “próprio responsável tributário”, e não por terceiros.

No caso dos autos, a decisão da 1^a JJF, se prevalecer, estará chancelando uma alteração da responsabilidade

tributária, atribuída por lei, que restaria, então, deslocada para o destinatário, pelo simples fato de que o remetente descumpriu a norma cogente prevista no art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzida.

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

...
II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;
..."

A exceção contida no inciso II, in fine (que não guarda, frise-se, identidade com a situação dos autos), não pode, naturalmente, decorrer de uma “escolha” do remetente das mercadorias. Ou seja, o deslocamento da responsabilidade (do “contribuinte alienante” para o seu fornecedor) somente se opera se a “retenção anterior” tiver previsão normativa, já que não se pode admitir que o dispositivo legal venha a ser derrogado pela vontade das partes.

Não me parece, por conseguinte, que a decisão recorrida tivesse trilhado o melhor entendimento acerca da matéria, mesmo porque a indevida tributação das operações posteriores pelo destinatário (mesmo que provada) investirá o seu autor de um direito subjetivo de restituição perante a Fazenda Pública que pode vir a ser manejado, enquanto não sobrevenha o termo “ad quem” da contagem do prazo decadencial.

Modifico, portanto, a decisão de piso naquilo que se refere às saídas com destino à empresa Hiperferro Comercial de Aços Ltda, ficando restabelecido o lançamento neste ponto. Assim, dou provimento parcial ao Recurso de Ofício, restabelecendo o lançamento somente naquilo que se refere às saídas destinadas à empresa citada.

Quanto ao Recurso Voluntário, o sujeito passivo alega que a treliça não está incluída na sistemática da substituição tributária no Estado da Bahia, pois o art. 353 do RICMS/97 (bem como o art. 289 do RICMS/12) não inclui a descrição “treliça” dentre os materiais sujeitos ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual deixou de destacar o ICMS nas saídas internas autuadas.

Analisemos o art. 289 do RICMS/12 (aplicável à maior parte do período), abaixo reproduzido.

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

...

ANEXO I

Item	Mercadoria / NCM
24.53	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

Conforme se pode depreender da leitura do texto acima, o RICMS/12 determinou a inclusão, no regime de substituição tributária, dos materiais descritos que se enquadrem nos NCM's 7308.4 e 7308.9. Tal descritivo representou uma aglutinação dos textos de ambos os NCM's, constantes da tabela TIPI, conforme abaixo.

Capítulo 73	
Obras de ferro fundido, ferro ou aço	
NCM	Descrição
73.08	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 pré-fabricadas da posição 94.06; chapas, barras, perfis, tubos e semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, próprios para construções.
...	
7308.40.00	Material para andaimes, para armações ou para escoramentos
7308.90	Outros

Considerando que os conceitos de “gênero” e “espécie” são relativos, é fato que a Tabela do IPI optou por fazer uma descrição genérica dos materiais, sem adentrar em cada uma das mercadorias, individualmente consideradas. Tal técnica é usual na legislação e não contém nenhum vício, nem agride o princípio da dupla identidade. De fato a identificação requerida do descritivo é entre aquele referido na tabela NCM e o especificado na legislação estadual.

Ora, o próprio sujeito passivo admite que a mercadoria comercializada (“treliça”) possui o NCM 7308.40.00, conforme trecho da sua peça recursal que reproduzo abaixo.

“Ocorre que, diferentemente do que restou decidido, a TRELIÇA, classificada na posição 7308.40.00 da NBM, não está incluída na sistemática da substituição tributária no Estado da Bahia.”

Embora não tenha sido feita referência específica a “treliças”, tal espécie de mercadoria se encontra classificado no gênero referido na NCM 7308.40.00, no qual a própria empresa admite se enquadrar a mercadoria citada.

Assim, entendo que a decisão de piso não merece reparo neste ponto.

Quanto à alegação de que as operações destinadas a Ariosvaldo Soares Magalhães foram tributadas nas operações subsequentes, embora não tenha havido retenção nas saídas autuadas, a exemplo do que ocorreu com a empresa Hiperferro, reproduzo aqui as razões de decidir expostas quando do julgamento do recurso de ofício, pelo qual ficou restabelecido o lançamento naquilo que se refere às operações destinadas à empresa Hiperferro.

Como já dito, a exceção contida no art. 8º, inciso II, in fine, da Lei nº 7.014/96 não pode decorrer de uma “escolha” do remetente das mercadorias, já que não se pode admitir que o dispositivo legal venha a ser derrogado pela vontade das partes. Por isso, independentemente do eventual recolhimento posterior (que sequer ficou provado), deve o sujeito passivo recolher o ICMS-ST cuja responsabilidade lhe foi atribuída por lei.

Entendo que a decisão recorrida não merece reparo neste ponto.

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício, ao tempo em que NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, montando o lançamento em R\$340.321,71, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS-ST
abr/14	688,91
mai/14	
jun/14	
jul/14	
ago/14	
set/14	714,40
out/14	701,36
nov/14	1.402,72
dez/14	700,11
jan/15	60.694,80
fev/15	42.969,07
mar/15	119.703,01
abr/15	112.747,33
TOTAL	340.321,71

Respaldado no Art. 169, I, “d”, do RPAF/99, o Autuado interpôs Pedido de Reconsideração (fls. 277 a 287), o qual alegou ser cabível por ter ocorrido a reforma da decisão de 1ª instância em relação às operações realizadas com a empresa HIPERFERRO COMERCIAL DE AÇOS LTDA., que assumiu a condição de responsável pelo recolhimento do imposto, restabelecendo a cobrança destas operações sob a alegação de que foi violado o Art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96.

Disse que a Decisão ora recorrida não apreciou o fundamento de que a exigência do ICMS-ST restabelecida caracteriza *bis in idem*, acarretando o enriquecimento ilícito do Estado, já que o destinatário assumiu a condição de responsável por substituição e recolheu o imposto devido.

Aduziu que os julgadores de 2ª Instância reconheceram que não há previsão específica para inclusão do produto “treliças” na sistemática de substituição tributária do Estado da Bahia em decorrência de se tratar de descrição genérica do NCM 7308.40.00.

Afirmou que o Acórdão recorrido deixou de se manifestar sobre a premissa básica para que um produto esteja incluído na substituição tributária, que é suprir 2 condições: NCM + descrição da mercadorias.

Alegou que não é possível aplicar o conceito amplo para eleição dos produtos que estariam sujeitos à sistemática da substituição tributária, sob pena de violação do princípio da legalidade e da segurança jurídica, pois a denominação e a classificação fiscal do produto devem ser

coincidentes com as descrições contidas na norma, conforme os Pareceres nº 11.654/2011 e 21.132/2013 e a ementa do TJ/BA que transcreveu.

Requeru que o Pedido de Reconsideração seja conhecido e provido, cancelando integralmente o Auto de Infração, e protestou pela prova das suas alegações por todos os meios admitidos em direito, em especial, o documental.

VOTO

Inicialmente cumpre a este julgador analisar a admissibilidade do Pedido de Reconsideração apresentado. O RPAF/99, no seu Art. 169, I, “d”, com redação vigente à época do julgamento de 2ª instância, estabelece os requisitos ou pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, quais sejam, que a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de 1ª instância em processo administrativo fiscal, e que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo Autuado na sua impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da leitura da decisão recorrida transcrita acima, constato que não foi demonstrada a presença de todos os requisitos de admissibilidade previstos, já que apesar da decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ter reformado parcialmente o mérito da de 1ª instância, o Pedido de Reconsideração não versa sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo Autuado no seu Recurso ou na sua Defesa e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

A matéria reformada se restringe às operações realizadas sem a retenção do imposto e destinadas à empresa HIPERFERRO COMERCIAL DE AÇOS LTDA., sendo que as alegações do Autuado são de que o produto não estava sujeito ao regime de substituição tributária e que ocorreria duplicidade do pagamento, já que o destinatário efetuou o recolhimento do imposto por antecipação.

Verifico que o Acórdão vergastado enfrentou ambos os argumentos, conforme os trechos a seguir transcritos:

“Embora não tenha sido feita referência específica a “treliças”, tal espécie de mercadoria se encontra classificado no gênero referido na NCM 7308.40.00, no qual a própria empresa admite se enquadrar a mercadoria citada.”

“Não me parece, por conseguinte, que a decisão recorrida tivesse trilhado o melhor entendimento acerca da matéria, mesmo porque a indevida tributação das operações posteriores pelo destinatário (mesmo que provada) investirá o seu autor de um direito subjetivo de restituição perante a Fazenda Pública que pode vir a ser manejado, enquanto não sobrevenha o termo “ad quem” da contagem do prazo decadencial.”

Ressalto que o Pedido de Reconsideração não visa um novo julgamento, em 3º grau, mas apenas e tão somente resolver questões pontuais previstas na norma acima enunciada. Afinal, não foi esse o objetivo do legislador ao inserir tal Recurso.

Entretanto, o referido Art. 169, I, “d”, do RPAF/99, foi alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/2018, mantendo apenas como pressuposto para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração que a decisão tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal.

Assim, por entender que a referida alteração regulamentar é mais benéfica ao Autuado, adentrarei ao mérito para analisar os argumentos apresentados.

Quanto à alegação de que o produto “treliças” não está incluído na substituição tributária, não assiste razão ao Autuado. Não há dúvidas de que é necessária a combinação da denominação com a classificação fiscal do produto na norma para que um produto esteja sujeito à substituição tributária.

Entretanto, quando a norma contém a descrição coincidente com a expressa na tabela NCM, todos os produtos com a mesma classificação fiscal estão sujeitos à substituição tributária. Portanto, se o produto “treliças” está classificado na NCM 7308.40.00 e a norma contém toda a descrição da

tabela NCM, “Material para andaimes, para armações ou para escoramentos”, o produto está incluído na substituição tributária, mesmo que o seu nome não esteja ali indicado.

Observo que esta decisão não está contra o disposto nos Pareceres que o Autuado acostou, pelo contrário está coadunando com as suas disposições. Contudo, nenhum dos dois pareceres se refere a classificações da NCM cuja descrição está totalmente indicada na norma que identifica os produtos sujeitos à substituição tributária.

Quanto ao argumento de que o cliente assumiu a responsabilidade e efetuou o recolhimento do imposto que deveria ter sido retido pelo Autuado, saliento que não há possibilidade de deslocamento da responsabilidade tributária por convenção entre as partes, do fornecedor para o cliente, eis que a mesma foi atribuída por lei, especialmente o Art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

...
II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;
..."

Ressalto que o destinatário pode requerer restituição do valor porventura pago indevidamente, desde que comprovado, de forma a evitar a duplicidade do pagamento e o enriquecimento ilícito do Estado, conforme já expressado na Decisão ora recorrida.

Diante do exposto, voto pelo CONHECIMENTO e pelo NÃO PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER** e **NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276468.0201/15-9, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$340.321,71, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS