

A. I. Nº - 281508.0006/18-3
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S/A.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05.02.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0033-06/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA DE MERCADORIAS PARA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Treliças de ferro fundido, de ferro ou de aço, estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme item 24.53, do Anexo 1 do RICMS/12. Nestas circunstâncias, a lei atribui ao remetente, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição. Estando as mercadorias enquadradas na substituição tributária, é vedado aplicar o benefício constante na alínea “c”, do inciso I, do art. 16 da Lei nº 7.014/96. Indeferido o pedido de diligência. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/06/2018, exige do autuado ICMS no valor histórico de R\$47.245,29, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da infração abaixo, nos meses de dezembro de 2014, e janeiro a março de 2015:

Descrição dos Fatos: “Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): Trata-se da comercialização de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, vendidas para micros empresas e empresas de pequeno porte, com aplicação da alíquota de 7%, contrariando o disposto na alínea “c” do inciso I, do artigo 16, da Lei nº 7.014/96. Este auto refere-se apenas ao ICMS ST. As diferenças relativas ao ICMS das operações próprias, constam do A. I. nº 2815080001/18-8”.

INFRAÇÃO 01 - 07.02.03: “Deixou de proceder à 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”.

Enquadramento Legal: art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 14 a 20, inicialmente aduzindo que é pessoa jurídica de Direito Privado, e que por intermédio de seu estabelecimento possui a atividade principal de comércio atacadista especializado de materiais de construção.

Discorda do cometimento da infração apontada, dizendo que a mercadoria “treliças”, à época da autuação, não se sujeitava ao recolhimento do imposto pelo regime da substituição tributária.

Explica que os itens sujeitos ao regime de substituição tributária foram expressamente elencados pela legislação, no Anexo I do RICMS/2012/BA, mas que, pela análise do citado dispositivo legal, a inclusão do bem acima citado passou a integrar o rol daqueles sujeitos ao ICMS ST tão somente em 2016.

Alega que nos anos de 2014 e 2015, ao tratar do assunto, o Regulamento reportou-se ao NCM de nº 7308.4, que contém o gênero no qual se enquadra a espécie “Treliça”, porém, sem menção

expressa a este item. Em seguida transcreve a redação do Anexo, acima mencionado, de acordo com a redação em 2014/2015.

Assevera que somente em 2016, é que a “Treliça” passou a ser referenciada expressamente como sujeita à substituição, a partir de quando a Impugnante passou a dar o tratamento adequado disposto nesse regime. Transcreve parte do Anexo I, após alteração a partir de 01/01/2016.

Argumenta que como no período de 2014 e 2015 a Treliça não estava citada dentro do rol de produtos sujeitos à substituição, não há como prevalecer a exigência do ICMS-ST contra a Impugnante, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Acrescenta que estando o regime de substituição tributária sujeito às demais normas aplicáveis ao regime normal de tributação, força é convir que a definição do fato gerador hábil ao surgimento da obrigação tributária antecipada, neste caso, também deve ser exaurida de forma completa pela lei em sentido formal e material, a rigor do princípio da legalidade.

Entende que a simples descrição do código NBM desacompanhada da indicação expressa do produto, contida no código, não é suficiente para fazer surgir sobre tais operações o regime de ICMS ST.

Diz que no mesmo sentido decidiu a Secretaria de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, no âmbito do Processo de Consulta nº 077.358-14.00/14-3, bem como a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, no âmbito da Consulta Tributária nº 00003487/2014.

Após transcrever parte das decisões acima referidas, considera que falece de fundamento exigir qualquer valor a título de ICMS-ST, em relação às saídas de treliças promovidas pelo estabelecimento autuado.

Acrescenta, ainda, que prevalecendo às exigências fiscais, mesmo que parcialmente, é de ser afastada ao menos no que se refere à multa imposta no importe de 60% (sessenta por cento) das exações tidas por devidas, a teor da cláusula constitucional que veda o efeito confiscatório (art. 150, IV).

Alega que o STF já se manifestou sobre este tema, no sentido de que as multas na seara fiscal devem sofrer limitação quantitativa em homenagem à garantia do não confisco, e traz a colação dois agravos decididos pelo eminente órgão.

Ao final, requer: I) que seja reconhecida a insubsistência do crédito tributário, ou, sucessivamente, seja reduzido o valor exigido para patamares razoáveis, e que a vedação ao efeito de confisco seja respeitada, nos termos do argumento desenvolvido nos itens acima; II) que se adote qualquer diligência que este Conselho entender pertinente para o esclarecimento dos fatos, com fins nos artigos 138, § 1º, 145 e 148, todos do RPAF; III) que as intimações postais do presente processo sejam encaminhadas ao Jurídico da Empresa, no seguinte endereço: Av. Carandaí, 1115 - 25º andar 30130-915 - Belo Horizonte - MG – Brasil, sob pena de nulidade.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 81/87, inicialmente dizendo que o Auto de Infração em comento refere-se a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, vendidas para micros empresas e empresas de pequeno porte, com aplicação da alíquota de 7%, contrariando o disposto na alínea “c” do inciso I, do artigo 16, da Lei nº 7.014/96.

Ressalta que a presente autuação é relativa apenas ao ICMS ST, e que as diferenças relativas ao ICMS das operações próprias, constam do A. I. nº 2815080001/18-8.

Esclarece que nas operações realizadas pelo contribuinte, objeto deste processo, houve o cometimento de duas infrações, como está devidamente descrito no Auto de Infração: a venda de mercadoria sujeita ao regime da substituição tributária com redução na alíquota (destaque do ICMS da operação própria a menor), bem como a não retenção do ICMS por substituição tributária.

Acrescenta que a venda de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, vendidas para as micros e pequenas empresas, não estão sujeitas à redução na base de cálculo, conforme vedação expressa da alínea “c”, do inciso I, do artigo 16, da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

“I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) ...

b) ...

c) mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, optantes do Simples Nacional, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo”.

Discorda do entendimento do contribuinte de que a mercadoria em apreço (treliça), não está sujeita ao regime de substituição tributária, e que somente no ano de 2016, a treliça passou a ser referenciada expressamente como sujeita à substituição.

Explica que o produto treliça é um perfilado de ferro fundido ou aço, próprios para a construção, constante do item 24.53 do anexo 1, com código da NCM 7308.4, junto com outras mercadorias, apesar de que a partir do ano de 2016, ela passou a figurar isoladamente, no item 8.49 do anexo 1, com a mesma NCM 7308.4, constante do item 24.53 anteriormente.

Explica que o fato de a mercadoria em apreço, ficar posicionada em um item isolado na listagem de mercadorias sujeitas a ST, não é suficiente para transmutar a natureza da mercadoria, tanto que, continua sendo identificada pela mesma NCM, servindo aos mesmos fins.

Registra, ainda, que esta matéria já foi objeto de pronunciamento do CONSEF, contra o mesmo contribuinte, cujo trecho do acórdão assim decidiu:

“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.

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.

Ao final, dizendo que a atividade de fiscalização é plenamente vinculada e o percentual da multa aplicada está prevista em lei, pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, 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. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao pedido de diligência, fica indeferido 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.

Fica também afastada toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa exigida no presente processo, pois 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, estando a multa aplicada prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

No mérito, de acordo com o campo “Descrição dos Fatos” e planilhas constantes do CD (fl. 11), dos quais o autuado teve conhecimento (fls. 02 e 04), o que está sendo efetivamente exigido no presente processo, é o recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e enquadradas no regime da substituição tributária. O contribuinte deu saída de mercadoria usando indevidamente

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

O autuado contestou a infração, questionando a inclusão de treliças no regime de substituição tributária. Alegou que nos anos de 2014 e 2015, ao tratar do assunto, o Regulamento reportou-se ao NCM de nº 7308.4, que contém o gênero no qual se enquadra a espécie “Treliça”, porém, sem menção expressa a este item. Diz que somente em 2016, que a “Treliça” passou a ser referenciada expressamente como sujeita à substituição, no Anexo I do RICMS/12.

A respeito desse assunto, verifico que o item 24.53, do Anexo 1 do RICMS/12, trazia a seguinte redação:

“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 o dispositivo acima transcrito, as armações de ferro fundido, ferro ou aço, estavam incluídas no regime de substituição tributária, sendo que a “Treliça” é uma rede de vigas cruzadas, usada na construção civil, e se enquadra na posição 7308.4.

Ademais, com a redação que foi dada no exercício de 2016, a NCM 7308.4 foi subdividida em dois itens: o Item 8.48, cuja redação excepcionou “treliças de aço”; e o item 8.49, que destacou “treliças de aço”, NCM 73.08.4.

Dessa separação, justificada pelo fato de que surgiram dúvidas por parte dos contribuintes, concluo que só se excepciona aquilo que já está contido na norma. Portanto, o destaque concedido pelo legislador ao Anexo 1, somente ratifica que o produto já estava incluso nesse Anexo, não deixando mais qualquer margem de dúvida quanto à sua inclusão, na Substituição Tributária, por meio dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10.

É correta a afirmação do autuado de que para a inclusão no regime de substituição é necessária a identificação do código NCM e a descrição do produto no texto legal. Entretanto, não é possível se abarcar todas as denominações existentes para um determinado grupo de produtos num texto legal. Os termos usados no Anexo 1 do RICMS seguem as denominações generalizantes aplicadas na tabela da NCM, visando alcançar todos os produtos a que refere as respectivas posições da NCM.

Constato, ainda, que a matéria já foi objeto de julgamento nesse mesmo sentido neste Conselho de Fazenda, a exemplo dos Acórdãos JIF Nº 0113-01/17 e Nº 0159-03/17, sendo que este último foi fundamentado com base nas consultas de nºs 020912/2015-2, 059501/2015-8 e 111847/2015-8, onde a Diretoria de Tributação manifestou o entendimento de que o produto treliça já estava sujeito à antecipação tributária (NCM/SH 7308.9090, item 24.53 do Anexo I do RICMS/2012, bem como item 59, do Anexo único do Protocolo ICMS 104/09, e item 54 do Protocolo ICMS 26/2010).

Portanto, no exercício de 2015, já estava previsto o regime de substituição tributária para “treliça de aço”. Para espantar as dúvidas que motivaram os contribuintes a formular Consultas à Administração Tributária desta SEFAZ, o legislador baiano repartiu e destacou o item “treliça de aço”, no item 8.49, do Anexo 1 do RICMS/2012, excepcionando-a do item 8.48.

Dessa forma, encontra-se correto o procedimento fiscal, uma vez que o autuado efetuou o recolhimento a menos do imposto, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, conforme disposições previstas no art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96, e Anexo I do RICMS/12.

Vale ainda assinalar, que o autuado solicitou que as intimações referentes ao presente processo administrativo, fossem encaminhadas ao Jurídico da Empresa, na Av. Carandaí, 1115 - 25º andar, 30130-915 - Belo Horizonte - MG, sob pena de nulidade. Registro que 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 e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao estabelecimento autuado neste Estado.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281508.0006/18-3**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.245,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR